

**INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO  
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW**

**ISSN 0039 2138**

**UDK 34**

# **STRANI PRAVNI ŽIVOT**

**3/2013**

**Beograd, 2013.**

---

**Redakcija**  
**Editorial board**

**Prof. dr Miodrag Orlić**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu u penziji

**Prof. dr Olga Cvejić-Jančić**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu u penziji

**Prof. dr Spiridon Vrelis**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Atini i direktor Helenskog  
instituta za međunarodno i strano pravo u Atini

**Prof. dr Mikele Papa**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci i Prorektor  
Univerziteta u Firenci

**Prof. dr Vid Jakulin**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani

**Dr Stefanos Kareklas**

advokat iz Soluna

**Prof. dr Alesandro Simoni**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci

**Prof. dr Đorđe Ignjatović**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

**Prof. dr Đorđe Đorđević**

redovni profesor Kriminalističko-policijske Akademije u Beogradu

**Prof.dr Dušan Vranjanac**

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

**Ratomir Slijepčević**

sekretar Komisije za izradu građanskog zakonika Republike Srbije

**Doc. dr Goran Dajović**

docent Pravnog fakulteta u Beogradu

**Dr Branislava Knežić**

naučni savetnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja

**Dr Jovan Ćirić**

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

**Prof. dr Vladimir Čolović**

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

**Dr Aleksandra Rabrenović**

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

---

**Dr Jelena Čeranić**  
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo  
**Dr Katarina Jovičić**  
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo  
**Dr Ana Knežević Bojović**  
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo  
**Prof. dr Vladimir Đurić**  
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

**GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK**

*Editor in chief*

**Prof.dr Vladimir Čolović**

**SEKRETARI REDAKCIJE**

*Secretaries of editorial board*

**Mr Jelena Vukadinović**

**Mr Milica Matijević**

**IZDAVAČ**

*Publisher*

**INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO**

**Institute of Comparative Law**

Beograd, Terazije 41

e-mail: [institut@icl.org.rs](mailto:institut@icl.org.rs), [www.comparativelaw.info](http://www.comparativelaw.info)

tel. (011) 32 33 213

Štampa : **GORAGRAF**

Tiraž : 300 primeraka

---

## SADRŽAJ

### ČLANCI:

IN MEMORIAM PROF. DR JELENA VILUS 1930-2013 .....11

Излагања на промоцији књиге  
„Уставни развој Југославије“  
аутора проф .др Јанка Ницовића .....15

*Rodoljub Etinski*

NEPOSREDNA PRIMENA ČLANA 9, STAVA 3  
ARHUSKE KONVENCIJE U PRAVNOM PORETKU  
REPUBLIKE SRBIJE .....23

*Boris Krivokapić*

PRIMAT MEĐUNARODNOG PRAVA .....45

*Ana Knežević Bojović*

KAKO SRPSKO PRAVOSUĐE ULAZI U  
SKRINING ZA POGLAVLJE 23:KRITIČKI OSVRT  
NA NACIONALNU STRATEGIJU REFORME  
PRAVOSUĐA 2013 - 2018. GODINE I AKCIONI PLAN  
ZA NJENO SPROVOĐENJE .....63

*Владимир Ђурић*

ХЕГЕМОНИЈА ДРЖАВНОГ И АУТОНОМИЈА  
ЦРКВЕНОГ ПРАВА У СР НЕМАЧКОЈ И  
РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ .....79

*Mirjana Glintić*

SPORAZUM O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU  
PRED EVROPSKIM SUDOM PRAVDE .....105

*Jelena Čeranić*

JEDINSTVENI PATENTNI SUD –  
NOVI PRAVOSUDNI ORGAN ZA REŠAVANJE  
SPOROVA U VEZI ZA EVROPSKIM I  
UNITARNIM PATENTOM .....121

---

***Monika Milošević***

PRAVNI LEKOVI U SJEDINJENIM  
AMERIČKIM DRŽAVAMA I UJEDINJENOM  
KRALJEVSTVU VELIKE BRITANIJE I  
SEVERNE IRSKE-DRUGI DEO .....137

***Милица В. Матијевић***

СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ  
И НАСИЛНО ЗАУЗЕЋЕ НЕПОКРЕТНЕ  
ИМОВИНЕ ЛИЦА РАСЕЉЕНИХ СА КОСОВА  
И МЕТОХИЈЕ НАКОН СУКОБА 1999. ГОДИНЕ .....171

***Горан Д. Матић***

КРИВИЧНА ДЕЛА ОРУЖАНЕ ПОБУНЕ  
И АГРЕСИВНОГ РАТА .....189

***Slobodan Jovanović***

УТИСАЈ ПОВЕЋАЊА ОСИГУРАНОГ РИЗИКА  
НА ПРАВА И ОБАВЕЗЕ ИЗ УГОВОРА О  
ОСИГУРАЊУ У НЕМАЃКОМ, FRANCUSКОМ,  
ЇЕШКОМ I SRPSКОМ PRAVU .....211

***Mujam Jožović***

ИНСТИТУТ ИНСАЈДЕРСКЕ ТРГОВИНЕ У ПРАВУ  
СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА .....225

***Jovan Ćirić***

HRVATSKA REGULATIVA U OBLASTI NAUČNO  
ISTRAŽIVAČKOG RADA .....247

***Nataša Mrvić-Petrović, Vladimir Čolović***

ПОЛОЖАЈ НАЦИОНАЛНИХ МАНЈИНА, ГРУПА I  
ЗАЈЕДНИЦА У ОБЛАСТИ ВИСОКОГ ОБРАЗОВАЊА .....259

***Ана Човић***

ЗНАЧАЈ РАТИФИКАЦИЈЕ КОНВЕНЦИЈЕ  
САВЕТА ЕВРОПЕ О СПРЕЧАВАЊУ И БОРБИ  
ПРОТИВ НАСИЉА НАД ЖЕНАМА  
И НАСИЉА У ПОРОДИЦИ .....279

---

***Miroslav Đorđević***

ISTORIЈАТ ИЗБОРА У КРАЉЕВИНИ SHS  
I КРАЉЕВИНИ ЈУГОСЛАВИЈИ .....293

***Милош Станић***

РАСПОДЕЛА МАНДАТА У ЕВРОПСКИМ  
ПОСТКОМУНИСТИЧКИМ ЗЕМЉАМА НА ПРИМЕРИМА  
ПОЉСКЕ, БУГАРСКЕ, ХРВАТСКЕ И МАКЕДОНИЈЕ .....311

***Рада Мирић***

БАНГАЉОРСКИ ПРИНЦИПИ-  
ДОПРИНОСИ РАЗБОЈУ СУДИЈСКЕ ЕТИКЕ .....327

***Владимир Ђукановић***

РЕГУЛИСАЊЕ ИНТЕРНЕТ ИГАРА НА СРЕЋУ У МАЉТИ .....343

***Вања Петровић***

НАСТАНАК УГОВОРА  
О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ .....363

---

## TABLE OF CONTENTS:

### ARTICLES

<b>IN MEMORIAM PROF. DR JELENA VILUS 1930-2013</b> .....	11
<b>Speeches at the launch of the book “Constitutional Development of Yugoslavia” by author prof. dr Janko Nicović</b> .....	15
<i>Rodoljub Etinski</i> DIRECT EFFECT OF ARTICLE 9(3) OF THE AARHUS CONVENTION IN LEGAL ORDER OF THE REPUBLIC OF SERBIA.....	23
<i>Boris Krivokapić</i> PRIMACY OF INTERNATIONAL LAW.....	45
<i>Ana Knežević Bojović</i> HOW DOES THE SERBIAN JUDICIARY BEGIN THE SCREENING PROCESS FOR CHAPTER 23: A CRITICAL OUTLOOK ON THE NATIONAL JUDICIAL REFORM STRATEGY 2013-2018 AND THE ACTION PLAN FOR ITS IMPLEMENTATION .....	63
<i>Vladimir Đurić</i> HEGEMONY OF STATE AND AUTONOMY OF CHURCH LAW IN FR GERMANY AND REPUBLIC OF SERBIA .....	79
<i>Mirjana Glintić</i> STABILIZATION AND ASSOCIATION AGREEMENTS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE .....	105

---

***Jelena Čeranić***

UNIFIED PATENT COURT – NEW JUDICIARY  
BODY ESTABLISHED FOR THE SETTLEMENT  
OF DISPUTES RELATING TO THE EUROPEAN  
AND UNITARY PATENTS .....121

***Monika Milošević***

LEGAL REMEDIES IN THE UNITED STATES  
AND IN THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN  
AND NORTHERN IRELAND-PART TWO .....137

***Milica V. Matijević***

ACQUISITION OF PROPERTY THROUGH  
PRESCRIPTION AND ILLEGAL OCCUPATION  
OF IMMOVABLE PROPERTY OF IDPs FROM  
KOSOVO AFTER THE 1999 CONFLICT .....171

***Goran D. Matić***

CRIMINAL OFFENCES OF ARMED REBELLION  
AND WAR OF AGRESSION .....189

***Slobodan Jovanović***

IMPACT OF THE RISK INSURED INCREASE  
ON THE RIGHTS AND DUTIES FROM INSURANCE  
CONTRACT IN GERMAN, FRENCH,  
CZECH AND SERBIAN LAWS .....211

***Mijat Jocović***

INSIDER TRADING INSTITUTE IN THE  
UNITED STATES LAW .....225

***Jovan Ćirić***

CROATIAN REGULATION IN THE FIELD  
OF SCIENTIFIC WORK .....247

***Nataša Mrvić-Petrović, Vladimir Čolović***

STATUS OF NATIONAL MINORITIES,  
GROUPS AND COMMUNITIES IN AREA  
OF HIGHER EDUCATION .....259

---

**Ana Čović**

IMPORTANCE OF THE RATIFICATION OF  
COUNCIL OF EUROPE CONVENTION ON  
PREVENTING AND COMBATING VIOLENCE  
AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE .....279

**Miroslav Đorđević**

HISTORY OF ELECTIONS IN THE KINGDOM OF  
SERBS, CROATS AND SLOVENS  
AND THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA .....293

**Miloš Stanić**

THE MANDATE'S DISTRIBUTION IN  
POST-COMMUNIST COUNTRIES OF EUROPE  
ON EXAMPLES OF POLAND, BULGARIA,  
CROATIA AND MACEDONIA .....311

**Rada Mirić**

BANGALORE PRINCIPLES ON JUDICIAL INTEGRITY-  
CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT  
OF JUDICIAL ETHICS .....327

**Vladimir Đukanović**

REGULATION OF REMOTE GAMING IN MALTA .....343

**Vanja Petrović**

BEGINNING THE LIFE BENEFICIARY CONTRACT .....363



---

**IN MEMORIAM**  
**PROF. DR JELENA VILUS**  
**1930-2013**

*Prof.dr Stevan Šogorov*

*Reč na sahrani prof. dr J. Vilus*

Poštovana porodico, rođaci i prijatelji, kolegice i kolege, danas odajemo poslednju poštu dr Jeleni Vilus, velikom imenu naše pravne nauke, priznatoj i uvaženoj profesorki univerziteta, dragoj kolegici i pouzdanom prijatelju.

Svi smo mi svesni prolaznosti ovog života i njegove kratkotrajnosti. Znamo da u neprekinutom nizu jedni druge s radošću na svet dočekujemo i s tugom ispraćamo. Tako je bilo odvajkada, tako će biti i ubuduće, do u nedogled. Pa ipak, celim svojim bićem osećamo da je život dragocen, da ima smisla, da zavređuje našu posvećenost. Razloge tome smislu svako od nas traži i nalazi za sebe. Profesorka Vilus je smisao našla u stalnom i plodnom radu, u vedrom i podsticajnom druženju s knjigama i ljudima, u doslednoj borbi za dostizanje svojih ideala. Bila je oličenje posvećene ličnosti, ličnosti koja je neprekidno ostvarivala životne vrednosti u koje veruje, ličnosti koja nije nikada posustajala na takvom svom životnom putu. Tako je bilo u ličnom i porodičnom životu, tako je bilo u nauci i struci, tako je bilo i u svim drugim oblastima života.

Bila je draga, neposredna i nekako životno bliska svakome ko je imao sreće da je upozna i sa njom saraduje. Vedra duha, puna životnog elana, najčešće nasmejana, služila je kao primer mlađima sve do kraja života. Ponekad smo joj na tome zavideli a potajno se nadali da i sami budemo takvi u njenim godinama. Njen zvonki glas imao je posebnu boju i plemenitu sofisticiranost. Verujem da će svima trajno odzvanjati u sećanju.

Kažu da je jedna od odlika dobrog čoveka da ima vremena. Ona je uvek imala vremena. Imala je vremena za svoju porodicu, za kolege i prijatelje, ali i za studente i mlade istraživače. Interesovala se za živote sebi bliskih, brinula i njihove brige, radovala se njihovim uspesima. Rad, neprestani i puni životni angažman, bili su za nju najvažnija potvrda čoveku da je živ, ali i da ne živi životom uzaludnika, već da neprekidno

stvara za sebe i druge. Verovala je i da je rad lekovit, da je melem za sve rane i životne nedaće.

Oni koji su imali sreću da joj budu životno bliski, znali su i kakva je emotivna ličnost bila, s kakvom ljubavlju je govorila o svojoj porodici, ali i s kakvom toplinom o svojim prijateljima, kolegama, studentima.

Kakav je životni put imala? Rođena je u Travniku 1931. godine. 1953. god. je diplomirala je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu a na tom fakultetu je 1962. i doktorirala sa disertacijom „Standardizovani ugovori u međunarodnoj prodaji robe“. Disertacija je to koja i danas privlači pažnju stručne javnosti. Akademsku 1958–59. provela na Institutu za uporedno pravo Pravnog fakulteta Univerziteta Njujork, a u 1966–67. je bila gostujući profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Kolumbija, u Njujorku.

Godine 1956. izabrana je za naučnog savetnika u Institutu za uporedno pravo u Beogradu, a od 1967. je bila pravni savetnik u Pravnom odeljenju Ujedinjenih nacija – Sekretarijatu Komisije UN za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL-a), u Njujorku, u čijem radu je redovno učestvovala više decenija. 1975. izabrana za redovnog profesora na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu za predmet Međunarodno privredno pravo, gde je radila sve do 1992. godine. 1986. je izabrana (u ličnom svojstvu) u Upravni odbor Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (UNDROIT) u Rimu, a 1988. reizabrana na još pet godina.

Profesorka Vilus je posebnu pažnju pridavala naučnoj i stručnoj saradnji sa svetom, verujući da se samo uzajamnim uticajima različitih pravnih škola i tradicija mogu negovati univerzalne pravne vrednosti i oplemenjivati svet prava. Učestvovala – kao šef ili član – jugoslovenskih delegacija na mnogim međunarodnim i domaćim konferencijama i kongresima među kojima su najvažniji bili: Diplomatska konferencija za usvajanje Uniformnih zakona o međunarodnoj trgovini robom, u Hagu 1966; Kongres međunarodne arbitraže u Moskvi 1972; Konferencija za usvajanje Konvencije o propisima o međunarodnoj trgovini robom, Njujork 1974; II Kongres Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT), Rim 1979; Diplomatska konferencija na kojoj je bila usvojena Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, Beč 1980; Diplomatska konferencija na kojoj je bila usvojena Konvencija UN o međunarodnim menicama, Njujork 1988; Diplomatska konferencija na kojoj je bila usvojena Konvencija UN o odgovornosti operatora saobraćajnih terminala u međunarodnoj trgovini, Beč 1991; Konferencija u organizaciji Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava posvećena unifikaciji međunarodnog trgovinskog prava, Đenova 1992

i brojne druge. Bila je član redakcija nekoliko pravnih časopisa bivše Jugoslavije, kao i Srbije i Crne Gore.

Kao arbitar Spoljnotrgovinske arbitraže Privredne komore Jugoslavije, bila je angažovana u mnogim slučajevima procesuiranim pred tom Arbitražom. Bila je arbitar i Suda za arbitražu u Londonu, kao i Regionalnog centra za međunarodnu trgovinsku arbitražu u Kairu.

Posle penzionisanja na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, ponovo se vraća u Institut za uporedno pravo, Beograd, gde nastavlja sa radom do 1996. Januara 1997. imenovana za specijalnog savetnika u Evropskom centru za mir i razvoj (ECPD) Univerziteta za mir Ujedinjenih nacija, Beograd. Bila utemeljivač i direktor Pravnih studija ovog centra, a poseban doprinos je dala Odseku za pravo Evropske unije i međunarodno poslovno pravo. Učestvovala u više ekspertskih grupa za izradu različitih zakona u našoj zemlji.

Prof. Vilus je u punoj meri davala doprinos radu naših naučnih i stručnih udruženja, Uz članstva u domaćim pravničkim organizacijama, bila je član i Jugoslovenskog ogranka Udruženja za međunarodno pravo, a posebno je bila aktivna kao član Komiteta za pravo kulturnog nasleđa tog međunarodnog udruženja.

Stvaralački opus prof. Vilus je izuzetno bogat. Objavila je 16 knjiga i preko 150 članaka, prvenstveno iz oblasti međunarodnog trgovinskog prava i privatnog prava. Među objavljenim knjigama sledeće zaslužuju posebnu pažnju:

- *Komentar Konvencije o međunarodnoj prodaji robe, Zagreb, 1981.*
- *Međunarodno privredno pravo, Novi Sad, 1989. sa nizom kasnijih izdanja.*
- *Ugovori o inspekciji u međunarodnoj trgovini robom – na engleskom i francuskom jeziku, Rim, 1992.*
- *Pravna zaštita potrošača – Studija uporednog prava sa posebnim naglaskom na zaštitu potrošača u Evropskoj uniji, deo I, Beograd, 1996.*
- *Komentar Zakona o elektronskoj trgovini, Beograd, 2000.*

Pored toga učestvovala je kao rukovodilac ili saradnik u brojnim naučnoistraživačkim projektima, a podnosila je zapažene referate na mnogim domaćim i međunarodnim naučnim skupovima.

Kao uspešnog pedagoga pamte je desetine generacija studenata. Držala se visokih kriterijuma struke, ali je studentima uvek bila spremna da na najrazličitije načine pruži potrebnu pomoć, da ih posavetuje i podstakne na rad i osvajanje novih znanja.

Profesorka Vilus je uvek govorila *da* životu, volela je ljude i imala razumevanja za njihove želje i potrebe, ali i za njihove slabosti. Mnoge je zadužila najrazličitijim oblicima pomoći, blagonaklonim stavom, rečima podrške. Zbog svega što je učinila ponaosob za mnoge od nas, kao i zbog doprinosa koji je svojim ukupnim životnim delom dala opštem dobru, ostaće u trajnoj uspomeni svih koji su je poznavali i voleli.

Hvala joj, i neka joj je večna slava!

---

## ИЗЛАГАЊА на промоцији књиге

### „Уставни развој Југославије“<sup>1</sup>

аутора проф .др Јанка Ницовића одржане 11. новембра  
2013. год. на Коларчевом народном универзитету

#### 1. Излагање проф.др Павла Николића Dr h.c

Објављивањем своје треће тротомне, књиге у којој је обрадио уставни развој Југославије, кажем треће, јер је у току претходних година објавио две посебне књиге о уставном развоју Црне Горе и о уставном развоју Србије, професор Јанко Ницовић је заокружио свој, у нашој уставноправној литератури јединствени подухват, дарујући нашој научној и најширој јавности једну својеврсну трилогију. Трилогију посвећену уставном развоју и уставности уопште Србије, Црне Горе и заједничке државе са осталим народима на овим просторима. То је, несумњиво, јединствени пример у нашој науци и литератури уставног права.

Посебно завређује пажњу и признање чињеница да овај трећи део трилогије даје целовит приказ и анализу уставног развоја Југославије од настанка прве југословенске државе, па све до њеног ишчезавања са историјске сцене у лику Државне заједнице Србије и Црне Горе. То је, колико ја знам, једини пример целовите, комплетне обраде југословенског уставног развоја.

Подухват аутора да обради уставни развој Југославије нашао се пред врло тешким и сложеним задатком. То кажем због тога што предмет обраде није била држава која је имала један континуирани развој. Напротив, реч је, као што знамо, о држави која је доживљавала врло крупне, радикалне, па и револуционарне промене свог политичког и економског уређења, мењала свој државни статус, национални састав и територијални опсег. Тежину задатка је условила и недовољна научна литература за поједине уставе, догађаје и периоде развоја, а с друге стране – обимност документационе грађе. Све је то аутор успешно пребродио и путем једне прикладне

---

<sup>1</sup> Јанко Ницовић – Уставни развој Југославије (књига I - 262 стр, књига II - 481 стр. и књига III - 204 стр.), Београд 2013, Ирва инвестиције, Штампарија Српске православне цркве

систематике, логичне и рационалне, пружио читаоцу јасан преглед уставног развоја Југославије.

\*

\* \*

Изврсне анализе аутора у овом трећем делу трилогије заокупљају пуну пажњу читаоца, али неки делови су посебно интересантни и значајни, било да подсећају на одређене чињенице које аутор на сврсисходан начин додатно или потпуније аргументује, било да осветљавају и критички анализирају чињенице које су биле, ако не прикриване оно бар запостављане.

Тако, у својој анализи настанка „прве“ југословенске државе аутор подсећа да се Србија зарад стварања заједничке државе јужних Словена добровољно лишила своје уставотворне власти, одрекла сопствене уставности и, у крајњој линији, своје државотворности. Остали народи будуће заједничке државе, осим Црне Горе, су били под туђинском власти, без своје државе. Понекад се то заборавља, као и чињеница да је српски народ поднео огромне жртве у Првом светском рату за сопствено ослобођење, али и за ослобођење других југословенских народа.

Аутор је велику пажњу посветио и свему ономе што је претходило доношењу првог Устава „друге“ Југославије од 1946 године. Реч је о народноослободилачкој борби коју је водила Комунистичка партија Југославије, а која је врло брзо стекла значење и борбе за стварање нове, у суштини, другачије власти, а то значи нове државе, па је та борба неминовно носила печат социјалистичке револуције, али и грађанског рата. У том контексту, привлачи пажњу ауторова закључивања о установном значењу Другог заседања АВНОЈ-а, затим о такозваном прикључењу Војводине и Косова и Метохије Србији, итд.

Аутор се са посебном пажњом и критичношћу бавио Уставом ФНРЈ од 1946 и новоуспостављеним режимом. Указивање на руководећу улогу државе и на срастање државног са партијским апаратом, с правом је закључено да је ново државно и друштвено устројство искључивало сваки облик политичког, својинског и идеолошког плурализма. Нова држава је све више постајала средство остваривања апсолутног монопола власти водеће и једине партије, а то се прожимало са све видљивијом персонализацијом власти.

Истине ради, ја бих додао, све је то било, у то прво време, нажалост, праћено и крвавим обрачуном са неистомишљеницима и другима поглавито у Србији, као и разноврсним актима присиле и насиља - нпр., приликом обавезног откупа, итд.

Посебну пажњу привлачи ауторов критички осврт на Устав СФРЈ од 1974 године. Нарочито је значајна критичка анализа, како каже аутор, идеје „федерације са врло јаким и јасно израженим конфедералним елементима“, али и претварања покрајина у „конститутивни елемент федерације“. Критички приступ професора Ницовића питању тадашњег југословенског федерализма је потпуно оправдан, јер овакав модел пракса и наука уставног права никада нису упознали. Пототово је оправдан ако се имају у виду последице успостављања и функционисања овог уређења. Зато је колега Ницовић с правом закључио да је Устав од 1974 у пракси постао један од главних узрока распада Југославије. Наравно, реч је колико о апсурдном моделу уређења које није могло да функционише, толико и о погубним последицама распада државе – рат, жртве, итд. Са становишта Србије реч је и о чињеници да су распадом Југославије и образовањем независних држава поједини делови српског народа протерани из својих завичаја. Неки су остали ван граница Србије, што је последица арбитрарно скројених граница бивших југословенских република, а то је било дело ондашњих управљача у време стварања „друге“ Југославије.

У контексту анализе Устава од 1974, професор Ницовић није заобишао ни питање аутономних покрајина. Начин њиховог образовања још давне 1945 године и то само у Србији, иако су истоветни, званично објављени, разлози за то њихово образовање постојали и у неким другим тадашњим републикама, а што се никада није помињало, па ни у скорашњој прошлости, сем часних изузетака, представљао је корен историјског промашаја касније успостављеног модела аутономних покрајина. Реч је о „моделу“ из 1974., моделу једне апсолутно измишљене у ствари, лажне аутономије. Инкорпорирање такве квази аутономије у поменуто хибридно, потпуно извитоперено федеративно уређење значило је драстично нарушавање уставног статуса Србије као државе и федералне јединице. То је допринело и бујању аутономаштва у Војводини и све снажнијем разбуцтавању сепаратизма Албанаца на Косову и у Метохији, том средишту српске средњовековне државности и српске духовности. Данашња трагична ситуација у овој јужној српској покрајини је исход свега тога. Међутим, жалосно је (и опасно) да се у неким круговима у Војводини стално обнавља аутономаштво са захтевима чак и за успостављање републике, за доношење Устава и слично.

Приводећи крају анализу уставног развоја Југославије, професор Ницовић је обрадио и државну творевину која је носила назив Савезна Република Југославија. Његову пажњу је нарочито привукао Устав те нове државе, неко би рекао „крње“ Југославије. Критички анализирајући овај Устав, донет 1992 године, аутор је дошао до сасвим исправног закључка о његовој правној ништавности. Завређује пажњу и ауторова анализа ове двочлане федерације, у суштини, државе конфедералног типа, чиме је и настављен процес раздвајања Србије и Црне Горе започет још авнојевском поделом.

\*

\* \*

И, на крају, шта још рећи о овој изванредној књизи?

Књига објављена под називом Уставни развој Југославије спада, уосталом као и предходне две посебне књиге, ове обимне трилогије у дела уставног права. Ницовић обрађује уставе, нацрте појединих устава, елементе уставног уређења, а затим и текстове релевантних правних и политичких докумената. При томе, предмет његове анализе су, у мери у којој је то било потребно, и политичке прилике и историјске околности, као и деловање политичких странака, утицај спољних фактора, утицај политичких идеја и идеолошких ставова, и слично.

Према томе, приступ аутора је превасходно уставноправни, али није запостављен ни политиколошки, па ни историјски приступ.

Оно што је, такође значајно допринело квалитетној обради читаве проблематике је и то што се Ницовић није устручавао да износи своје ставове али, при томе, и да коректно износи и туђа мишљења и ставове. То је несумњиво допринело да његове анализе имају и потребну меру објективности, али као што је поменуто, и критичности.

Имајући у виду све што је поменуто у овом скромном излагању, остаје нам да изразимо задовољство што нам је аутор подарио ово дело, писано иначе допадљивим стилем, дело које ће сасвим сигурно остати запамћено (и коришћено и читано) као изузетно значајан допринос нашој науци уставног права.

---

## 2. Излагање Академика Проф. Др Рајка Кузмановића

Данас смо се овдје окупили на једној изузетној културној манифестацији – промоцији књиге „Уставни развој Југославије“ настале из ума и пера врсног и талентованог аутора проф. др Јанка Ницковића.

Свједоци смо постојања и одржавања многих различитих манифестација – промоција, трибина и говора о најразличитијим стварима, појавама, процесима и односима на овим нашим просторима, па и овдје у прелијепом Коларцу. Али промоције књига, научних, књижевних и умјетничких дјела битно се разликују од свих других. Оне се организују у част науке, културе, образовања, остваривања нових идеја, племенитости и дарова људског ума. Такве манифестације његоване су још у античкој цивилизацији. Оне су назначавале да су раније постојали учени и мудри људи, да постоје такви и данас, и да долазе нови писци, научници и истраживачи са новим идејама и схватањима, са оригиналним објашњењима књиге која осветљава једну битну димензију уставно-правног и државно-правног развоја све три Југославије.

Свака промоција, па и ова, свечаност је за себе. Књига било којег књижевног жанра има своју вриједност, јер свака на свој начин уводи нас у један сегмент свијета стварности, идеја и духа.

Судбина дјела професора Ницковића, као и бројне књиге других аутора, могу се поредити са судбином и животном улогом човјека. Човјек и књига су блиски, јер им је животни пут скоро исти. Човјек се роди, добије име, одрасте, оде у живот и постане вриједан члан друштва. Слично је и са књигом: рођена је када је написана, насловом добија име, промовисањем креће у живот и служи на корист друштву.

Тако књига постаје опште добро. Иако је аутор њен првенствени титулар, књига ипак, припада свима нама. Идеје и мисли њеног аутора постају и наше. Зато с правом можемо рећи да је од данас и ова књига – наша књига. Данашња промоција је много више од обичног представљања књиге и њеног стављања у оптицај. Ријеч је о изузетној књизи, једном фином производу, културно-цивилизацијског карактера. Ова књига је за ранг виша од других, јер је научна и државотворна – уставна.

Пред нама су три велике вриједности: прва је аутор који нам је подарио књигу, друга вриједност је књига у три тома, која је пред нама и трећа вриједност то смо сви ми који представљамо суд јавности и дајемо књизи легитимитет.

Књига аутора проф. Ницовића представља плод његовог дугогодишњег непосредног и преданог рада и брижљивог праћења и проучавања теоријских радова о уставу, уставним и државним уређењима, те властитог промишљања и класификације и одабирања теоријских и практичних питања, везаних за функционисање држава које су носиле назив Југославија.

Студија „Уставни развој Југославије“ написана је у три књиге. Заједно са раније објављеним књигама „Уставни развој Црне Горе“ и „Уставни развој Србије“ представља, како рече професор Павле Николић, својеврсну трилогију која је, и које ће бити, незаобилазна уставно-правна и државно-правна литература.

Била је велика храброст, али и велико самопоуздање аутора да уђе у овакав пројекат који захвата безмало цијели двадесети вијек. С друге стране, требало је на објективан, а то значи научан, начин обрадити и ући у меритум три различита система које је једино повезивала ријеч Југославија.

Међутим, проф. Ницовић маниром врсног, виспреног и искусног истраживача – конституционалисте, није се предомишљао, већ је систематски, упорно и зналачки радио и створио оригинално дјело. Он је дошао до резултата слојевитом анализом, повезивањем истих и сличних елементата, тумачењем недоречених и контроверзних питања, упоређивањем и синтезом свео ту огромну материју на 1000 страница. При томе је, поред историјске, претежно користио компаративну методу – синхрони и дијахрони аспект.

Аутор је утврдио да су све три Југославије биле вишеструко сложене државе: по облику државног уређења, по облику владавине, по саставу и својствима становништва, по њиховој историји, вјери и култури. Огроман је број различитости, наспрам малог броја идентичности или сличности.

Прва Југославија је по облику владавине краљевина. У првом уставном периоду звала се Краљевина СХС, а у другом Краљевина Југославија. Конститутивни народи били су Срби, Хрвати и Словенци, а касније и остали народи. Та Југославија заснована је на идеји славенства, по којој је на овим просторима све један народ „Један народ са три имена“, тј. „троимени народ“, што се убрзо

показало нетачним. Правни основ уједињеног краљевства заснива се на Прводецембарском уставном акту, на Видовданском уставу и на Октроисаном уставу.

Аутор је студиозно разматрао не само уставне акте, већ и политичке прилике, историјске услове и међународни утицај у вријеме настанка и током функционисања прве Југославије. У данашњим друштвеним условима аутор није имао потешкоћа да објективно прикаже функционисање, предности и мане прве Југославије.

Друга Југославија није више краљевина, већ Социјалистичка Република, прво као ФНРЈ, а потом као СФРЈ, у којој су конститутивни шест народа са шест република. У том и таквој Југославији идејна основа није бише била „троимени народ“, већ идеолошка синтагма „братство и јединство свих народа“. Вјешто је та идеолошка основа уграђена у бројне политичке акте (резолуције, декларације и споразуме) и у уставне акте, почев од Авнојевских одлука, преко Устава од 1946, Уставног закона 1953, Устава 1963, Устава 1974. и бројних амандмана.

Тешко је било аутору обрадити уставни и друштвено-политички период друге Југославије, иако се с правом могло очекивати да ће то бити лакше посао, с обзиром на богате правно-политичке изворе и недавну прошлост. Међутим, тешкоће су настале у томе што је последњих 10-15 година дошло до праве поплаве и утрке ко ће више дати „нових чињеница“ о уставном и државном уређењу Социјалистичке Југославије. У мноштву литературе којом се „поправља“ историја и политизирају важни догађаји и чињенице има сјајних раправа и дјела. Управо они су били путоказ за рад проф. Ницовићу. Он је у својој анализи уставно-правног и политичког система друге Југославије био врло критичан, али изразито на научно-објективној основи, што на тај период баца право научно свјетло. Не може се рећи да је проф. Ницовић носталгичан на овај период, иако носталгичност није мана, већ врлина, већ се може рећи да је објективан са чињеницама сигурне провенијенције.

Трећа Југославија није више ни Краљевина ни Социјалистичка Република, већ грађанска Република названа Савезна Република Југославија, састављена од Србије и Црне Горе, што је уствари остатак велике Југославије. И ова Југославија, као и прве двије имала је свој идејни ослонац националну блискост, па чак и неке једнакости, што је такође српски промашај, као и у раније двије Југославије. Тешко је било очувати такву државу под дејством дезинтеграције која је захватила балканске земље и унутрашњег сепаратизма. И Устав СРЈ

дао је повода сепаратизму и тенденцији распада СРЈ, нарочито тиме што је СРЈ била само формално Федерација Србије и Црне Горе, а по свим уставним параметрима била је конфедерација. Све је то давало повода расправама и бројним другим контоверзама и политичким кризама. Тако је 2002. године дошло до стварања Државне заједнице Србије и Црне Горе, умјесто СРЈ, доношењем Уставне повеље умјесто устава. Дезинтеграција је видно напредовала, па је 2006. дошло до дефинитивног раздвајања Србије и Црне Горе у двије државе, чиме је завршена ера Југославија.

Није било лако одржати се на научној и објективној равни, јер се свијет у вријеме све три Југославије, а поготово данас, нашао у бројним противријечностима и парадоксима. Свијет потресају економске и политичке кризе, његову социјалну кохезију разарају експлоатација, дискриминација, самовоља и неправда.

У таквим околностима проф. Јанко Ницовић се виртуозно сналазио у овом југословенском уставно-правном и политичком вртлогу. Што је за правну науку и струку најважније, он је у свему имао мјеру, па је сав рад заснован на релевантним изворима и документима сигурне провенијенције. Мало је истраживача или их и нема који би на овако бриљантан начин завршили постављени задатак.

Он је у научној и општој јавности предао научни рад уставно-правног карактера у три књиге на око 1.000 страница. У томе оквиру уобличена су и обрађена три различита система у три Југославије. Анализирано је седам устава, двије декларације, једна повеља, један акт уједињења, уставни закони и више резолуција и амандмана.

Данас нам је важније него икада до сада да се држимо објективне истине, јер се јављају квази научници, квази политичари и идеолози који злонамјерно фалсификују историју, пишу књиге и продукују разне информације којима се негира објективна истина. Зато се не смије дозволити да фалсификати постану истина и да се на њима пише историја.

Књига проф. Ницовића је вриједно научно дјело и сигурна брана свим негативностима и импровизацијама, зато са задовољством дајем књизи друштвени *imprimatur*, а аутору упућујем срдачне честитке.

## NEPOSREDNA PRIMENA ČLANA 9, STAVA 3 ARHUSKE KONVENCIJE U PRAVNOM PORETKU REPUBLIKE SRBIJE<sup>2</sup>

### *Apstrakt*

*Rad je posvećen ispitivanju mogućnosti neposredne primene člana 9, stava 3 Arhuske konvencije u pravnom poretku Republike Srbije. Pomenuta odredba Arhuske konvencije odnosi se na pravo javnosti na administrativnu ili sudsku kontrolu poštovanja nacionalnog prava, koje se odnosi na životnu sredinu i ona ne priznaje klasičnu koncepciju pravnog interesa u smislu lične pogođenosti tužioca osporavanim aktom, kao uslova koji treba da ispuni pojedinac da bi vodio upravni ili sudski postupak. Njom ugovornice priznaju da čovek ima ne samo egzistencijalnu potrebu da živi u odgovarajućoj životnoj sredini, već i da se ozbiljno angažuje radi njene zaštite. Ova odredba Arhuske konvencije u sadejstvu sa pravom Republike Srbije o zaštiti životne sredine i procesnim propisima priznaje pravo pojedincu da vodi upravni ili sudski postupak o usaglašenosti činjenja ili propuštanja privatnog lica ili javne vlasti sa nacionalnim pravom koje se odnosi na životnu sredinu i kada pojedinac nije lično pogođen osporavanim aktom.*

**Ključne reči:** Arhuska konvencija, javnost, sudski postupak.

---

<sup>1</sup> Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu

<sup>2</sup> Rad je pripremljen u okviru projekta „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

## 1. Uvod

Narodna skupština Republike Srbije potvrdila je Zakonom 12. maja 2009. godine<sup>3</sup> Konvenciju o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine, koja je usvojena u Arhusu 25. juna 1998. godine (u daljem tekstu: Arhuska konvencija ili Konvencija). Vlada Republike Srbije usvojila je Strategiju za njenu primenu 2011. godine<sup>4</sup>. Strategija pokazuje značajne neusklađenosti pravnih propisa Republike Srbije sa Konvencijom. U takvoj situaciji neposredna primena Konvencije može da bude veoma značajna. Strategija se dotiče tog pitanja i kaže: „*Prema članu 16 Ustava Republike Srbije ... potvrđeni međunarodni ugovori su sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju... Zakonom o potvrđivanju Arhuske konvencije ... konvencija je inkorporirana u pravni sistem Republike Srbije*“<sup>5</sup>. Nažalost, Strategija ostaje na toj konstataciji i ne ispituje mogućnost neposredne primene Konvencije ili pojedinih njenih odredbi.

Tekst koji sledi posvećen je ispitivanju mogućnosti neposredne primene člana 9, stava 3 Arhuske konvencije, koji je naročito značajan, jer se njime priznaje pravo „javnosti“ da učestvuje u sudskoj ili administrativnoj kontroli poštovanja nacionalnih pravnih propisa koji su značajni za zaštitu životne sredine. Jedan komentator Konvencije kaže da je to pravo javnosti na primenu ekološkog prava<sup>6</sup>. Kontrola nad izvršavanjem ekološkog prava prestaje da bude isključiva kompetencija javne vlasti. Drugi autor naglašava da član 9, stav 3 Konvencije rešava problem nepostojanja pravnog interesa pojedinca za odbranu životne sredine<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 38/09.

<sup>4</sup> Strategija za primenu Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine – Arhuska konvencija, Ministarstvo za životnu sredinu, rudarstvo i prostorno planiranje, Beograd 2011. Dostupno na: <http://www.osce.org/sr/serbia/89087?download=true>, 16. 08. 2013.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 20.

<sup>6</sup> J.E. Bonine, The Public's Right to Enforce the Environmental Law, in *Handbook on Access to Justice under the Aarhus Convention*, The Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, ed. Stephen Stec, Szentendre 2003, 31-37.

<sup>7</sup> B. Dette, Access to Justice in Environmental Matters; A Fundamental Democratic Right, u: M. Onida (ed.), *Europe and the Environment. Legal Essays in Honour of Ludwig Krämer*, Groningen: Europa Law Publishing, 2004., 7. Navedeno prema Gertjan J. Harryvan, Jan H. Jans, Internal Review of EU Environmental Measures, *Review of European Administrative Law*, vol. 3, 2/2010, 64.

Evropska konvencija o ljudskim pravima ne štiti pravo na odgovarajuću životnu srednu, kao posebno ljudsko pravo. Međutim, Evropski sud za ljudska prava je našao u nizu predmeta da je povredom nacionalnih propisa o zaštiti životne sredine učinjena povreda nekog prava zaštićenog Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, kao što su pravo na zaštitu privatnosti i porodičnog doma ili pravo na život<sup>8</sup>. Međutim, Arhuska konvencija ide dalje u promociji uloge pojedinaca i nevladinih organizacija u zaštiti životne sredine. Dok je težište Evropske konvencije o ljudskim pravima na ličnoj povređenosti ili ugroženosti pojedinca, Arhuska konvencija stavlja težište na javni i opšti interes za očuvanje životne sredine<sup>9</sup>.

Tekst počinje kratkim osvrtom na Arhusku konvenciju, njen sadržaj i prirodu. Stav 3 člana 9 je posebno elaboriran. Tekst se nastavlja prikazom i analizom presude Evropskog suda pravde o neposrednoj primeni člana 9, stava 3 Arhuske konvencije. Izložena su, zatim, opšta razmatranja o ustavnim propisima Republike Srbije, koji su relevantni za neposrednu primenu međunarodnih ugovora. Konačno, u svetlu ovih izlaganja ispitana je mogućnost neposredne primene člana 9, stava 3 Konvencije u pravnom poretku Republike Srbije.

## 2. Kratak osvrt na Arhusku konvenciju

Arhuska konvencija povezuje ljudska prava sa zaštitom životne sredine. Konvencijom se priznaje i izražava interes javnosti za stanje i zaštitu životne sredine. Ona se ne zasniva na uzajamnosti međusobnih činjenja strana ugovornica, na načelu *do ut des*. Zasniva se na solidarnosti ugovornica u unapređivanju zajedničkih vrednosti, kao što su ljudska prava, zaštita životne sredine, demokratsko odlučivanje i vladavina prava. Napredak svake strane ugovornice u ostvarivanju ciljeva Konvencije donosi korist prvo toj strani a, zatim, i svim drugim stranama i čovečanstvu u celini, sadašnjim i budućim generacijama. Po svojoj prirodi Arhuska konvencija pripada dvema oblastima – ljudskim pravima i životnoj sredini. Član 1 Konvencije definiše njen cilj na sledeći način: “*Radi davanja doprinosa zaštiti prava svakog pojedinca sadašnjih i budućih generacija na život u životnoj sredini adekvatnoj njegovom*

<sup>8</sup> Vidi S. Đajić, Pravo na zdravu životnu sredinu i Evropski sud za ljudska prava, *Pravni život*, br.12, IV/2012, 277-290. I. Krstić, Zaštita životne sredine u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava, *Pravni život*, br. 9, I/2012, 645-661.

<sup>9</sup> Ch. Schall, Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters before Human Rights Courts: A Promising Future Concept? *Journal of Environmental Law*, vol. 20, 3/2008, 417-453.

*zdravlju i blagostanju, svaka Strana će garantovati pravo na dostupnost informacija, učešće javnosti u donošenju odluka i pravo na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine, u skladu sa odredbama ove konvencije*<sup>10</sup>. Konvencijom se jemče tri osnovna prava u oblasti zaštite životne sredine - pravo na informacije, pravo na učešće u donošenju odluka i pravo na pravnu zaštitu<sup>11</sup>. Sva tri prava priznata su međunarodnim i nacionalnim propisima kao osnovna ljudska prava. Pravo na informisanje priznato je kao elemenat prava na slobodno izražavanje ili kao posebno pravo. Pravo na učešće u odlučivanju priznato je kao pravo na učešće u vođenju javnih poslova. Pravo na pravnu zaštitu priznato je kao pravo na pravično suđenje, odnosno, kao pravo na delotvoran pravni lek. Međutim, prava priznata Arhuskom konvencijom razlikuju se od opštih ljudskih prava po svom cilju. Ona ne služe isključivo zadovoljavanju individualnih potreba i očekivanja, kao druga ljudska prava, već doprinose zaštiti prava svake ličnosti sadašnjih i budućih generacija da žive u životnoj sredini koja odgovara njenom zdravlju i blagostanju. Ona nisu fokusirana na ličnu dobrobit pojedinca, već izražavaju potrebu pojedinca da se angažuje radi dobiti zajednice, odnosno, celog čovečanstva. Arhuskom konvencijom ustanovljeni su minimalni standardi tih prava. Članom 3, stavom 5 Konvencije dozvoljeno je svakoj strani da obzbedi više od tih minimalnih standarda.

Konvencijom je zahtevano da njen sadržaj bude implementiran u nacionalno pravo. Članom 3, stavom 1 svaka strana je obavezana da preduzme zakonodavne, upravne i druge mere radi uspostavljanja pravnog okvira za sprovođenje Konvencije. Ovo ne znači, međutim, da su ugovornice želele da Konvenciju liše neposredne primene. Naprotiv, neki propisi Konvencije impliciraju neposrednu primenu. Saglasno članu 9, stavu 1 Konvencije, svako lice koje smatra da prema njegovom zahtevu za informaciju nije postupljeno saglasno članu 4 Konvencije, kojim se jemči pravo na informaciju, ima pravo na sudski ili administrativni postupak preispitivanja. Ta odredba implicira da pojedinac može da se pozove na član 4 Konvencije u postupku sudskog ili administrativnog preispitivanja (revizije) te da sudsko ili administrativno telo ispita osnovanost obraćanja, dakle da li je prema zahtevu za informaciju postupljeno u skladu sa članom 4.

Članom 10 Konvencije predviđeno je održavanje redovnih sastanaka ugovornica, jednom u dve godine, na kome one prate

<sup>10</sup> Zakon o potvrđivanju Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 38/09, 23.

<sup>11</sup> Termin korišćen u originalu u autentičnim verzijama – *access to justice, d'accès à la justice i доступ к правосудию* preveden je u službenom prevodu na srpski jezik kao *pravna zaštita*.

primenu Konvencije na osnovu podnetih izveštaja ugovornica. Članom 15 Konvencije Sastanak ugovornica ovlašćen je da ustanovi opcione nekonfrontirajuće, nesudske<sup>12</sup> i konsultativne aranžmane radi razmatranja poštovanja odredbi Konvencije, koji će uključiti javnost i omogućiti razmatranje individualnih podnesaka pripadnika javnosti. Odlukom I/7 na prvom Sastanku ugovornica, održanom u Luki (Lucca) od 21. do 23. oktobra 2002. godine osnovan je Komitet za pitanja poštovanja (eng. the Compliance Committee)<sup>13</sup>. Istom Odlukom Komitet je ovlašćen da razmatra predstavke (komunikacije) pripadnika javnosti u vezi sa tim da li ugovornica poštuje Konvenciju i da sačini svoje mišljenje o tom pitanju<sup>14</sup>. Komitet je objavio sumarni pregled svoje prakse - *Case Law of the Aarhus Convention*<sup>15</sup>. Pored toga, na osnovu pomenute Odluke jedna ugovornica može da podnese predstavku Komitetu protiv druge<sup>16</sup>. Takođe, Sekretarijat može da podnese predstavku Komitetu, kada uoči da se ugovornica ne drži Konvencije i kada Sekretarijat ne dobije zadovoljavajući odgovor od nje. Konačno, ugovornica, kada uvidi da ne može da se povinuje Konvenciji zbog nekog razloga, može o tome da obavesti Komitet<sup>17</sup>.

## 2.1. Član 9, stav 3 Arhuske konvencije – pravo javnosti na kontrolu poštovanja nacionalnog prava o životnoj sredini

Član 9 Arhuske konvencije sastoji se od pet stavova i njime su predviđene tri vrste postupaka pravnog preispitivanja. Prvim stavom člana 9 zajemčeno je pravo svakoj ličnosti, koja smatra da se prema njenom zahtevu za informaciju nije postupalo saglasno članu 4 Konvencije, na postupke presipitivanja usaglašenosti relevantnih akata, koji se odnose na pristup informacijama, sa odredbama člana 4 Konvencije pred sudom i/ili nekim drugim nezavisnim i nepristrasnim telom, koje je ustanovljeno

<sup>12</sup> U zvaničnom prevodu Konvencije na srpski jezik stoji „nepravne“ aranžmane. U autentičnim verzijama na engleskom jeziku stoji „non-judicial“, na francuskom „non judiciaire“, i na ruskom „несудебного“.

<sup>13</sup> <http://www.unece.org/env/pp/cc.html>, 16. 08. 2013.

<sup>14</sup> Vidi podnete predstavke na <http://www.unece.org/env/pp/pubcom.html>. 16. 08. 2013.

<sup>15</sup> *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee* (2004-2011), second ed. A. Andrusovych, T. Alge, C. Konrad (eds), RACSE, Lviv, 2011.

<sup>16</sup> Vidi predstavku Rumunije protiv Ukrajine na <http://www.unece.org/env/pp/Submissions.html#SubmissionsOther>. 16. 08. 2013.

<sup>17</sup> Vidi dalje o Konvencije B. Tubić, Polje priemene Arhuske konvencije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 45, 2/2011, 383-393.

zakonom. Drugim stavom člana 9 Konvencije zajemčeno je pravo pripadnika zainteresovane javnosti na postupke preispitivanja pred sudom i/ili drugim nezavisnim i nepristrasnim telom ustanovljenim zakonom u cilju pobijanja procesne ili materijalne zakonitosti odluke, činjenja ili propuštanja prema odredbama člana 6 Konvencije, koje se odnose na učešće javnosti u donošenju odluka o posebnim aktivnostima. Prva dva stava člana 9 Konvencije jemče pravo na postupke preispitivanja radi zaštite prva dva osnovna prava definisana Konvencijom – prava na informacije i prava na učešće u odlučivanju. Trećim stavom zajemčeno je pravo pripadnika javnosti na postupke preispitivanja u upravnim ili sudskim postupcima usaglašenosti akata privatnih lica i javnih vlasti sa nacionalnim propisima koji se odnose na zaštitu životne sredine. Četvrti i peti stav odnose se na prva tri stava. Četvrtim stavom člana 9 traži se da se u navedenim postupcima preispitivanja obezbede adekvatni i efikasni pravni lekovi, uključujući i privremene mere. Traži se, zatim, da ti postupci budu poštenu, pravični, blagovremeni i da ne budu praćeni previsokim troškovima koji bi otežali njihovo korišćenje. Odluke treba da budu u pisanom obliku i dostupne javnosti. Petim stavom ugovornice su obavezane da javnosti budu dostupne informacije o mogućnostima pokretanja postupaka pravnog preispitivanja, te su se ugovornice obavezale da razmotre mogućnost pružanja pomoći radi uklanjanja finansijskih ili drugih prepreka vođenju tih postupaka.

Važno je naglasiti da se tri vrste postupaka preispitivanja, predviđenih članom 9 Konvencije, razlikuju, između ostalog, po krugu subjekata koji su ovlašćeni za njihovo započinjanje. Postupke preispitivanja u vezi sa aktima koji se odnose na pružanje informacija može da pokrene lice koje je tražilo informaciju i koje smatra da se vlast u pružanju ili uskraćivanju informacije ogrešila o član 4 Konvencije. Svako lice može da traži informaciju, ali postupak preispitivanja može da započne samo lice koje je već tražilo informaciju. Postupke preispitivanja zakonitosti akata u vezi sa učešćem javnosti u odlučivanju mogu da započnu pripadnici zainteresovane javnosti, dok postupke preispitivanja usaglašenosti akata privatnih subjekata i javnih vlasti sa domaćim zakonima, koji se odnose na zaštitu životne sredine mogu da pokrenu pripadnici javnosti. Stav 2 i stav 3 člana 9 razlikuju, dakle, pripadnike zainteresovane javnosti od pripadnika javnosti.

U stavu 5 člana 2 Konvencije zainteresovana javnost određena je kao *“javnost koja je ugrožena ili će verovatno biti ugrožena ili ima interesa u donošenju odluke u oblasti životne sredine”*. Istim stavom je predviđeno da se nevladine organizacije, koje promovišu zaštitu životne sredine i koje ispunjavaju uslove propisane nacionalnim pravom, smatraju

zainteresovanom javnošću. Stavom 2 člana 9 Konvencije, traženo je da pripadnici zainteresovane javnosti: a) imaju dovoljno interesa ili b) tvrde da je došlo do kršenja prava, u slučaju kada propisi o upravnom postupku to zahtevaju kao preduslov. Istim stavom predviđeno je da će se smatrati da nevladine organizacije, koje promovišu zaštitu životne sredine, imaju dovoljno interesa saglasno alineji a), odnosno da njihova prava mogu da budu prekršena, saglasno sa zahtevom iz alineje b). Javnost je definisana u stavu 4 člana 2 Konvencije kao jedno ili više fizičkih i pravnih lica i, saglasno nacionalnom pravu ili praksi, njihova udruženja, organizacije ili grupe. Dakle, krug subjekata koji mogu da pokrenu postupke preispitivanja usaglašenosti akata privatnih subjekata i javnih vlasti sa domaćim propisima, koji se odnose na životnu sredinu, znatno je širi od kruga subjekata koji mogu da pokrenu postupke za prespitivanje zakonitosti akata u vezi sa učešćem javnosti u odlučivanju. Komitet za pitanja poštovanja ukazao je na tu razliku<sup>18</sup>.

Član 9, stav 3 Konvencije glasi:

*...”svaka Strana će obezbediti da pripadnici javnosti, kada ispunjavaju eventualne uslove koje postavlja nacionalno zakonodavstvo, imaju dostupnost upravnim i sudskim postupcima kojima se osporava činjenje ili propusti koje su učinila fizička lica ili organi javne vlasti, a koja su u suprotnosti njihovog nacionalnog zakonodavstva koje se odnosi na životnu sredinu”*<sup>19</sup>.

Sa stanovišta neposredne primene važno je primetiti da ovaj propis ostavlja mogućnost ugovornici da svojim nacionalnim zakonodavstvom postavi neke uslove koje pripadnici javnosti treba da ispune da bi imali pristup upravnim ili sudskim postupcima. Konvencija ne određuje bliže te uslove. Komitet za pitanja poštovanja smatra da Konvencija dozvoljava uslove poput zainteresovanosti ili ugroženosti pripadnika javnosti<sup>20</sup>. Pored toga, prema mišljenju tog Komiteta propisi stavova 2 i 3 člana 9 Konvencije

<sup>18</sup> Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28 July 2006, para. 28.

<sup>19</sup> Zakon o potvrđivanju, *op. cit.*, str. 32. U originalu engleski tekst glasi: *each Party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment.* Autentični engleski, franuski i ruski tekst i službeni prevod na srpski jezik se razlikuju. U engleskom originalu stoji - *members of the public have access to administrative or judicial procedures* – dok u zvaničnom srpskom prevodu stoji - *da pripadnici javnosti ... imaju dostupnost upravnim i sudskim postupcima.* I u druga dva autentična testa koristi se veznik “ili”. Službeni prevod na srpski jezik zahtevniji je od autentičnih tekstova. Autentični tekstovi ostavljaju mogućnost da se obezbedi pristup administrativnim ili sudskim postupcima, a prevod zahteva obezbeđenje pristupa administrativnim i sudskim postupcima.

<sup>20</sup> Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28 July 2006, para. 36. Denmark ACCC/C/2006/18, ECE/MP.PP/2008/5/Add.4, 29 April 2008, para. 31.

ne zahtevaju iste uslove za pristup postupcima preispitivanja<sup>21</sup>. U stvari, stavovi 2 i 3 člana 9, čineći razliku između zainteresovane javnosti i javnosti ne dozvoljavaju postavljanje istih uslova koji bi izbrisali tu razliku. Pored toga, stav 2 određuje uslove, koje zainteresovana javnost mora da ispuni, dok stav 3 ostavlja članicama da postave eventualne uslove. U svakom slučaju Komitet za pitanja poštovanja je istakao da ugovornice ne smeju da koriste tu ostavljenu mogućnost da postave tako stroge uslove kojim bi sprečili sve ili gotovo sve organizacije, koje se bave zaštitom životne sredine, ili druge pripadnike javnosti da u upravnim ili sudskim postupcima osporavaju usklađenost akata privatnih subjekata ili javnih vlasti sa domaćim propisima koji se odnose na životnu sredinu<sup>22</sup>.

Član 9, stav 3 Konvencije predvideo je postupke preispitivanja usklađenosti akata sa nacionalnim zakonodavstvom koje se odnosi na životnu sredinu. Dakle, to je nacionalno zakonodavstvo koje obuhvata nacionalne propise o životnoj sredini, ali i druge propise koji se odnose na životnu sredinu. U predmetu koji se odnosio na Veliku Britaniju, Komitet za pitanja poštovanja je našao da propisi o smetanju poseda čine pravo koje se odnosi na životnu sredinu i zato dolaze pod član 9, stav 3<sup>23</sup>. U službenom prevodu na srpski jezik korišćen termin je “nacionalno zakonodavstvo”. U autentičnim tekstovima na engleskom, francuskom i ruskom stoji *national law, droit national* i *национально законодательство*. Imajući u vidu navedene jezičke razlike, kao i cilj člana 9, stava 3 Konvencije, izraz nacionalno zakonodavstvo treba tumačiti u širem smislu tako da obuhvati sve nacionalne propise, a ne samo zakone. To uključuje materijalne i procesne propise<sup>24</sup>.

U službenom prevodu na srpski jezik stoji *da pripadnici javnosti ... imaju dostupnost upravnim i sudskim postupcima*. Međutim, u autentičnim verzijama na engleskom, francuskom i ruskom jeziku koristi se veznik “ili”, dakle ugovornica je dužna da obezbedi pristup upravnim ili sudskim postupcima. Bez obzira da li će ugovornica obezbediti pristup samo upravnim ili sudskim postupcima ili će obezbediti pristup i upravnim i sudskim postupcima, važno je u vezi sa tim postupcima ono što je predviđeno stavom 4 člana 9, a to je da pripadnici javnosti raspolažu u tim postupcima efikasnim pravnim lekovima, te da postupci budu poštenu, pravični i blagovremeni. Ako je ugovornica obzbedila više

<sup>21</sup> Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28 July 2006, para. 44.

<sup>22</sup> European Union ACCC/C/2008/32 (Part I), ECE/MP.PP/C.1/2011/4/Add.1, May 2011, para. 77.

<sup>23</sup> United Kingdom ACCC/C/2008/23, ECE/MP.PP/C.1/2010/6/Add.1, October 2010, para. 45.

<sup>24</sup> United Kingdom ACCC/C/2008/33, ECE/MP.PP/C.1/2010/6/Add.3, December 2010, para. 124.

različitim unutrašnjih postupaka pravnog preispitivanja, bar jedan od njih treba da zadovoljava zahteve člana 9, stava 3<sup>25</sup>. Sama Konvencija ne određuje značenje efikasnih pravnih lekova, ali prema opštim pravnim standardima efikasni pravni lekovi treba da zaustave kršenje prava i da otklone posledice kršenja.

Kada Komitet za pitanja poštovanja procenjuje da li ugovornica poštuje član 9, stav 3 Konvencije, on ispituje ne samo da li su nacionalni propisi saglasni zahtevima stava 3 već i da li dejstvo primene tih nacionalnih propisa odgovara rezultatima koji su traženi stavom 3<sup>26</sup>.

## **2.2. Stav Evropskog suda pravde o neposrednoj primeni člana 9, stava 3 Arhuske konvencije u predmetu Lesoochranárske zoskupenie**

Pošto je Ministarstvo za zaštitu životne sredine Slovačke Republike, na zahtev nekih lovačkih udruženja, počelo postupak za derogaciju nekih zabrana ustanovljenih za zaštitu mrkih medveda, a u skladu sa Direktivom Saveta 92/43/EEZ od 21. maja 1992. o čuvanju prirodnih staništa divlje faune i flore<sup>27</sup>, i pošto je odbilo zahtev nevladine organizacije *Lesoochranárske zoskupenie VLK* da učestvuje u tom postupku, došlo je do spora koji je stigao do Vrhovnog suda Slovačke<sup>28</sup>. Vrhovni sud je uputio više pitanja Evropskom sudu pravde, među kojima je prvo i najvažnije bilo, da li se propisima člana 9 i naročito propisima stava 3 člana 9 može priznati neposredno (direktno) dejstvo propisa međunarodnog ugovora kome je pristupila Evropska unija, imajući u vidu da je glavni cilj tog ugovora da promeni klasičnu odredbu *locus standi* dajući status strane u postupku javnosti, odnosno, zainteresovanoj javnosti<sup>29</sup>. Evropski sud pravde odgovorio je negativno na postavljeno pitanje. On je konstatovao da odredbe stava 3 člana 9 Arhuske konvencije „ne sadrže nikakvu jasnu i preciznu obavezu sposobnu da direktno uredi pravnu poziciju pojedinaca“<sup>30</sup>. Evropski sud pravde je uputio na deo

<sup>25</sup> Denmark ACCC/C/2006/18, ECE/MP.PP/2008/5/Add.4, 29 April 2008, para. 32.

<sup>26</sup> Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28 July 2006, para 40.

<sup>27</sup> Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, OJ 1992 L 206, str. 7.

<sup>28</sup> Case C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK v. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, Judgment of 8. 3. 2011, para 20 – 22.

<sup>29</sup> *Ibid.*, para 23.

<sup>30</sup> *Ibid.*, para 45.

propisa iz stava 3 člana 9, prema kome su pripadnici javnosti koji ispune uslove, ako su ovi postavljeni nacionalnim pravom, ovlašćeni na vršenje prava predviđenih u tom stavu i zaključio na osnovu toga da propis podleže u svojoj implementaciji ili dejstvu usvajanju naknadnih mera<sup>31</sup>. Evropski sud pravde nije smatrao relevantnim za odgovor o direktnom dejstvu člana 9, stava 3 činjenicu da je cilj tog propisa da promeni klasičnu odrebu o *locus standi*. Iza pitanja koje je upitio Vrhovni sud Slovačke krila se izvesna nada da bi Evropski sud pravde mogao da modifikuje standarde procene direktnog dejstva međunarodnog ugovora, imajući i vidu posebnu prirodu Arhuske konvencije. To se nije desilo.

Međutim, Evropski sud pravde rekao je u ovoj presudi dve važne stvari. Prva je da je Evropski sud pravde odlučio da odgovori na postavljeno pitanje pošto je pitanje postavljeno u kontekstu primene člana 9, stava 3 na situaciju koja je bila pretežno uređena pravom Unije, odnosno, pomenutom Direktivom Saveta. Da to nije bio slučaj, primena člana 9, stava 3 ostala bi pod režimom nacionalnog prava države članice. U tom slučaju bi nacionalni sudovi države članice odlučili, primenom nacionalnih standarda o direktnom dejstvu, da li pojedinac može da se pozove na član 9, stav 3 pred nacionalnim sudom, odnosno, da li je nacionalni sud dužan da primeni taj stav<sup>32</sup>. Druga stvar koju je rekao Evropski sud pravde, jeste, da je nacionalni sud dužan, da bi obezbedio efikasnu sudsku zaštitu u oblasti prava EU o životnoj sredini, da domaće pravo tumači u najvećoj mogućoj meri u skladu sa stavom 3 člana 9 Arhuske konvencije<sup>33</sup>. Dakle, nacionalni sud treba da tumači u najvećoj mogućoj meri uslove za vođenje administrativnih ili sudskih postupaka u saglasnosti sa stavom 3 člana 9<sup>34</sup>.

Suština stava Evropskog suda pravde povodom postavljenog pitanja direktnog dejstva člana 9, stava 3 Arhuske konvencije jeste, dakle, da taj stav ne proizvodi direktno dejstvo jer nije dovoljno precizan i jasan da bi mogao da uredi pravnu poziciju pojedinca. Međutim, nacionalni propisi treba da budu tumačeni u najvećoj mogućoj meri saglasno stavu 3 člana 9. Drugim rečima, stav 3 člana 9 ne može da direktnim dejstvom zameni nepostojeći domaći prostor, niti može da derogira i zameni suprotan nacionalni propis, ali može da, putem tumačenja nacionalnog propisa, dopuni taj nacionalni propis kako bi se rezultat zahtevan stavom 3 člana 9 postigao.

---

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, para 32.

<sup>33</sup> *Ibid.*, para 50.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para 51.

### 3. Opšta razmatranja o neposrednoj primeni međunarodnih ugovora u pravnom poretku Republike Srbije

Opšta ustavna odredba o neposrednoj primeni međunarodnih ugovora sadržana je u stavu 2 člana 16 Ustava Republike Srbije iz 2006. godine i glasi: „... potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju...“ Zanimljivo je da je načelo neposredne primene međunarodnih ugovora proklamovano i Zakonom o prirodi. U stavu 7 člana 5 Zakona o prirodi<sup>35</sup> stoji: „državni organi i organi autonomne pokrajne i organi jedinica lokalne samouprave, organizacije i institucije, kao i druga pravna lica, preduzetnici i fizička lica, pri vršenju svojih poslova neposredno primenjuju ... potvrđene međunarodne ugovore kao deo pravnog sistema.“

Sa obzirom da Arhuska konvencija pripada po svom predmetu kako zaštiti životne sredine, tako i ljudskim pravima, na nju se primenjuje i član 18 Ustava o neposrednoj primeni zajemčenih prava. Stav 2 člana 18 glasi: „Ustavom se jemče, i kao takva, neposredno se primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena ... potvrđenim međunarodnim ugovorima...“ Stav 3 istog člana 18 glasi: „Odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače se u korist unapređivanja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.“ Praksa koju je stvorio Komitet za pitanja poštovanja i standardi koji proizlaze iz te prakse relevantni su, dakle, sa stanovišta Ustava, za tumačenje ljudskih prava zaštićenih Arhuskom konvencijom.

Stav 2 člana 16 Ustava nalaže neposrednu primenu potvrđenih međunarodnih ugovora, ne praveći bilo kakvu razliku među ugovorima i ne stavljaajući bilo kakve uslove u pogledu neposredne primene. Saglasno tom ustavnom propisu, sve međunarodne ugovore treba primenjivati neposredno. Član 18 Ustava je *lex specialis* u odnosu na član 16 i obezbeđuje neposrednu primenu ugovora iz oblasti ljudskih prava. Ustav ne određuje šta razume pod neposrednom primenom. Ako pođemo od uobičajenih značenja termina, neposredna primena ugovora označava primenu ugovora bez posredstva nacionalnog prava. To znači da se pojedinac, fizičko ili pravno lice, može pozvati na propis međunarodnog ugovora pred nekim državnim organom radi nekog svog prava ili da državni organ neposredno primeni odredbu međunarodnog ugovora radi uređenja neke pravne situacije od značaja za pojedinca. Opšte je prihvaćeno da

<sup>35</sup> Sl. glasnik RS, br. 36/2009, 88/2010.

neposredna primena ugovora označava primenu ugovora u unutrašnjem pravnom poretku, a ne na međunarodnom planu.

Neposredna primena međunarodnog ugovora otvara pitanje odnosa propisa tog ugovora i domaćeg prava. U tom pogledu moguće je zamisliti više situacija. Moguće je da ne postoji primenjivo pravilo unutrašnjeg prava, odnosno, da se na tu pravnu situaciju može primeniti jedino odredba međunarodnog ugovora. Ako postoji primenjivo pravilo unutrašnjeg prava, mogu da se pojave tri situacije u pogledu njegovog odnosa prema pravilu međunarodnog ugovora. Može se desiti, mada se to ne dešava često u praksi, da dva pravila budu potpuno identična. Druga mogućnost jeste da dva pravila budu potpuno suprotna, tako da ih nikakvo razumno tumačenje ne može pomiriti i uskladiti. U tom slučaju se postavlja pitanje koje pravilo primeniti – domaći propis ili propis međunarodnog ugovora? Treća mogućnost jeste da se domaći propis i propis međunarodnog ugovora razlikuju, ali ne isključuju, i da tumačenjem njihovo sadejstvo daje odgovarajući pravni rezultat.

U različitim situacijama nije svaki međunarodni ugovor jednako neposredno primenjiv. Ukoliko ne postoji domaći propis, odredba međunarodnog ugovora će moći da se primeni ako ispunjava određene uslove, dakle da je jasna, precizna, bezuslovna i sposobna da direktno uredi pravnu poziciju pojedinca. Ukoliko odredba međunarodnog ugovora ne ispunjava te uslove, njena neposredna primena bi bila pravno sporna sa stanovišta načela podele vlasti. Nacionalni sud ili drugi organ koji bi neposredno primenjivao takvu odredbu međunarodnog ugovora morao bi nužno da je dogradi, da u nju unese neke elemente koje ona ne poseduje i time bi sud ili drugi organ uzurpirao nadležnost zakonodavnog tela. Kada su u pitanju odredbe međunarodnih ugovora iz oblasti ljudskih prava, one su najčešće opšte i nedovoljno precizne da bi mogle da uredi konkretnu poziciju pojedinca. Saglasno stavu 3 člana 18 Ustava, takvi propisi primenjuju se neposredno u svetlu sudske ili druge prakse međunarodnog suda ili drugog tela koje nadzire njihovu primenu. Dakle, ta praksa im daje preciznost i jasnost u konkretnim situacijama.

U situaciji nepomirljive suprotnosti između domaćeg propisa i odredbe međunarodnog ugovora, odredba međunarodnog ugovora treba da ispunjava one iste uslove u pogledu potpunosti, jasnosti, preciznosti i bezuslovnosti da bi mogla da dezavuiše propis domaćeg prava i neposredno uredi pravnu situaciju pojedinca. Međutim, tu postoji još jedno pitanje, koje je implicirano stavom 1 člana 167 Ustava, a prema kome Ustavni sud odlučuje o saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa potvrđenim međunarodnim ugovorima. Pitanje je, dakle, ako neki sud koji nije Ustavni sud konstatuje nesaglasnost između zakona ili

drugog opšteg akta i međunarodnog ugovora, koja se ne može prevazići razumnim tumačenjem, da li je on ovlašćen da suspednuje domaće pravno pravilo i primeni odredbu međunarodnog ugovora, ako je ova pogodna za neposrednu primenu? Sudska i ustavna praksa nije dala definitivni odgovor na to pitanje. Treba dodati da je postavljeno pitanje aktuelno jedino ako domaći i međunarodni propisi imaju istu oblast primene, dakle ako se primenjuju na iste subjekte i iste situacije. Ako to nije tako, ako se međunarodni ugovor primenjuje samo na neke subjekte ili situacije važi načelo *lex specialis derogat legi generali*, dakle posebna odredba međunarodnog ugovora derogira opšti domaći propis.

U situaciji sadejstva domaćeg propisa i odredbe međunarodnog ugovora, po prirodi stvari nije nužno da odredba međunarodnog ugovora bude takva da sama može da uredi u celosti pravnu poziciju pojedinca. Odredba međunarodnog ugovora javlja se u takvoj situaciji, obično, kao dopuna domaćeg propisa. Ova situacija javlja se najčešće u sudskoj praksi u Srbiji u oblasti ljudskih prava. Međutim, i u takvim situacijama, pošto su ustavne odredbe i odredbe međunarodnih ugovora o ljudskim pravima opšte i često ne sadrže ništa u vezi sa konkretnom situacijom koju treba urediti, sudovi se pozivaju na praksu Evropskog suda za ljudska prava u čijim presudama nalaze konkretne stavove relevantne za konkretne situacije.

Sudska praksa u Srbiji u pogledu neposredne primene međunarodnih ugovora uopšte, i posebno u oblasti ljudskih prava, još nije ujednačena. Preovlađujući trend je da se odredbe međunarodnih ugovora o ljudskim pravima primenjuju kao dopuna ustavnim odredbama o ljudskim pravima. Ilustracija tog trenda može da bude i stav Ustavnog suda Srbije u predmetu *H*.

U predmetu *H* Ustavni Sud našao je da je Opštinska uprava opštine *Z*, „*donošenjem zaključka o stvarnoj nenadležnosti, propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu i time povredila njegovo pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23. Ustava Republike Srbije, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*“<sup>36</sup>. Ustavni sud konstatuje da Ustav ne sadrži odredbe o poštovanju prava na privatnost ali da *ovo pravo predstavlja sastavni deo ustavnog prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti*. On, dalje, konstatuje da stav 1 člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima sadrži odredbu o pravu svakog lica na poštovanje privatnog života, a zatim upućuje na neke presude Evropskog suda za

<sup>36</sup> UŽ-3238-2011, Odluka Ustavnog suda Srbije od 8. marta 2012.

ljudska prava da bi pokazao da privatni život uključuje i fizički i moralni integritet osobe, i pravo na prilagođavanje pola svom rodnom identitetu<sup>37</sup>. Iako je mogao, saglasno stavu 2 člana 18 Ustava, da se pozove samo na stav 1 člana 8 Evropske konvencije i praksu Evropskog suda za ljudska prava da bi konstatovao povredu prava na privatnost, Ustavni sud se poziva i na član 23 Ustava i sve povezuje sa pravom na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti. Dakle, u situaciji kada je nedostajala eksplicitna domaća ustavna odredba, Ustavni sud se ne zadovoljava samo neposrednom primenom odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima u svetlu relevantne prakse Evropskog suda za ljudska prava, već se poziva i na odredbu Ustava, koja pruža implicitnu i generičku zaštitu tom i svakom drugom ljudskom pravu. Pored toga, i sam dispozitiv presude Ustavnog suda ukazuje na pomenuti trend. Opštinska uprava opštine Z je pogrešila što propise o stvarnoj nadležnosti nije tumačila u sadejstvu sa članom 23 Ustava i članom 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Neposredna primena međunarodnih ugovora može da zavisi i od drugih činilaca<sup>38</sup>. Neposredna primena međunarodnih ugovora vrednost je po sebi jer doprinosi vladavini međunarodnog prava<sup>39</sup>. Ipak, to nije, naravno, najviša vrednost i, ponekad, neki razlozi mogu da prevagnu protiv neposredne primene. Imajući izloženo u vidu, stav 2 člana 16, kao i stav 2 člana 18 Ustava treba razumeti kao ustavnu pretpostavku u korist neposredne primene međunarodnih ugovora, a ne kao imperativnu ustavnu naredbu u pogledu neposredne primene. Međunarodni ugovor treba primeniti neposredno uvek kada je to moguće i kada ne postoji neki ozbiljan razlog protiv neposredne primene.

### **3.1. Neposredna primena člana 9, stava 3 Arhuske konvencije u pravnom poretku Republike Srbije**

U Strategiji za primenu Arhuske konvencije, koju je Vlada Republike Srbije usvojila 2011. godine, u pogledu usklađenosti zakona Republike Srbije sa stavom 3 člana 9 Konvencije stoji da je usklađenost

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, para. 6.

<sup>38</sup> Vidi R. Etinski, Neposredna primena međunarodnih ugovora u pravnom poretku Republike Srbije, u *Monism&Dualism, Basic Concepts of Public International Law*, ed. M. Novaković, Beograd 2013, 729-756.

<sup>39</sup> *H.G. Schermers*, The Direct Application of the Treaties with Third States: Note concerning the Polydor and Pabst Cases, *Common Market Law Review*, vol. 19, 1982, 564.

delimična, ali da ona ne postoji što se tiče zakona iz oblasti životne sredine. U mnogim slučajevima ne postoje odgovarajući postupci ili oni nisu dovoljno uređeni<sup>40</sup>. Postoje, takođe, zakonski propisi o opštem upravnom postupku, o upravnim sporovima, o parničnom postupku, kao i o drugim postupcima koji nisu, takođe, usklađeni sa zahtevima stava 3 člana 9 Konvencije.

U takvoj situaciji moguća su dva pravca razmišljanja u pogledu neposredne primene člana 9, stava 3 Arhuske konvencije u pravnom poretku Srbije. Moguće je razmišljati o tome da stav 3 člana 9 zameni nedostajuće ili nesaglasne domaće propise. Drugi mogući pravac razmišljanja jeste da se sadejstvom stava 3 člana 9 i domaćih nesaglasnih propisa dođe do rezultata zahtevanih stavom 3 člana 9 Konvencije.

Sam tekst stava 3 člana 9 Konvencije je takav da prema standardima prava Evropske unije nije pogodan za neporednu primenu. Kako je to već konstatovao Evropski sud pravde u predmetu *Lesoochranárske zoskupenie VLK* stav 3 člana 9 Konvencije nije dovoljno jasan i precizan da bi mogao sam neposredno da uredi pravnu situaciju pojedinca. Stav 3 člana 9 ostavlja ugovornicama značajno diskreciono ovlašćenje da odrede uslove, pod kojima bi pripadnici javnosti imali pristup pravnim postupcima preispitivanja usaglašenosti akata privatnih lica i javnih vlasti sa domaćim pravom koje se odnosi na životnu sredinu. Međutim, sam Evropski sud pravde rekao je u pomentom predmetu da su to njegovi standardi neposredne primene, ali da svaka članica može da ima svoje autonomne standarde neposredne primene. Imajući u vidu relevantne ustavne propise i neujednačenu sudsku praksu u Srbiji, ne treba isključiti mogućnost da stav 3 člana 9 Konvencije zauzme mesto nepostojećih domaćih propisa, odnosno, derogira i zameni nesaglasne domaće propise. Što se tiče diskrecionog ovlašćenja ugovornice da odredi eventualne uslove u nacionalnom zakonodavstvu za pristup pripadnika javnosti upravnim i sudskim postupcima, ono ne mora nužno da bude prepreka neposrednoj primeni u pravnom poretku Srbije. Ako ugovornica ne iskoristi ovo diskreciono ovlašćenje, to ne bi trebalo da bude na štetu prava pripadnika javnosti da ostvare pravo na osporavanje legalnosti akata u pravnim postupcima. Evropski sud pravde je naveo, kao jedan od razloga za stav da direktive, koje, saglasno osnivačkim ugovorima, treba da budu implementirane u unutrašnje pravo članica, mogu, ipak, da proizvode direktno dejstvo, upravo potrebu da pojedinci ne trpe štetu zbog propusta država ugovornica da ih implementiraju. Isto tako, činjenica da Arhuska konvencija zahteva implementaciju u nacionalno pravo, kao i da

<sup>40</sup> *Strategija*, 45, 120, 123.

član 9 stav 3 Konvencije implicira implementaciju nije, po sebi, prepreka za neposrednu primenu u pravnom poretku Srbije. Ugovori o ljudskim pravima zahtevaju, takođe, implementaciju, ali se njihova neposredna primena ne dovodi u pitanje, i sudovi u Srbiji se pozivaju na odredebe tih ugovora prilikom odlučivanja o ljudskim pravima.

Imajući u vidu dosadašnju sudsku praksu neposredne primene međunarodnih ugovora u pravnom poretku Srbije, verovatno je da bi bio izabran drugi put da se kroz sadejstvo stava 3 člana 9 Konvencije i domaćih procesnih propisa stigne do rezultata zahtevanih stavom 3 člana 9. Domaći procesni propisi i stav 3 člana 9 Konvencije razilaze se u pogledu određivanja pravnog interesa kao uslova dopuštenosti tužbi, odnosno, pokretanja odgovarajućeg postupka. Procesni propisi Srbije, kao i procesni propisi drugih zemalja, razumeju pravni interes kao lični, individualni interes koji je provociran ličnom, individualnom pogođenošću spornim aktom, a Arhuska konvencija polazi od interesa sadašnjih i budućih generacija čovečanstva, i priznaje ličnu zainteresovanost pojedinca da učini nešto za taj opšti javni interes. Međutim, pravo zaštite sredine u Srbiji čini pravni kontekst u kome se ovo razilaženje može prevazići.

U ovoj oblasti legalnost akata javnih vlasti može da bude osporavana u upravnom sporu i u postupku po ustavnoj žalbi pred Ustavnim sudom, dok legalnost akata privatnih subjekata može da se osporava u parničnom postupku.

Članom 11 Zakona o upravnim sporovima<sup>41</sup> određeno je ko može da bude tužilac u upravnom sporu. Saglasno stavu 1 tog člana, tužilac može da bude fizičko, pravno ili drugo lice, ako smatra da mu je upravnim aktom povređeno neko pravo ili na zakonu zasnovani interes. Prema stavu 2 tog člana grupa lica i drugi koji nemaju svojstvo pravnog lica mogu pokrenuti upravni spor, ako mogu da budu nosioci prava i obaveza o kojima se rešavalo u upravnom postupku. Ako je upravnim aktom povređen zakon na štetu javnog interesa, stavom 3 tog člana predviđeno je da upravni spor može da pokrene nadležni javni tužilac.

Saglasno članu 170 Ustava, ustavna žalba može da bude podneta protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima je povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu.

Saglasno stavu 1 člana 194 Zakona o parničnom postupku, tužilac može u tužbi da traži da sud utvrdi povredu prava ličnosti. Stav 6 člana 294

<sup>41</sup> *Sl. glasnik RS* br. 111/2009.

navodi pravni interes tužioca za podnošenje tužbe kao uslov dopuštenosti tužbe.

I opšta ustavna odredba o pravu na pravno sredstvo, sadržana u stavu 2 člana 36 Ustava, zahteva postojanje pravnog interesa kao uslova za dopuštenost pravnog sredstva i glasi: „*Svako ima pravo žalbe ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu*“.

Dva su, dakle, uslova potrebna za vođenje navedenih postupaka – povreda nekog ličnog prava i pravni interes u smislu lične povređenosti.

Da bi se pripadnicima javnosti učinili dostupnim navedeni sudski postupci radi osporavanja usaglašenosti činjenja ili propuštanja privatnih subjekata ili javnih vlasti sa zakonima koji se odnose na životnu sredinu, dakle, da bi se postigao rezultat zahtevan stavom 3 člana 9 Arhuske konvencije, treba naći vezu između osporavanih akata i prava na zdravu životnu sredinu, kao osnovnog ljudskog prava, zaštićenog Ustavom Srbije i treba pokazati da pripadnici javnosti imaju pravni interes na osnovu tog prava da ospore usaglašenost akata privatnih lica i javnih vlasti sa zakonima koji se odnose na životnu sredinu.

Javnost, odnosno pripadnici javnosti priznati su u pravu Republike Srbije kao subjekti zaštite životne sredine. Saglasno stavu 1 članu 74 Ustava *svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju*. Saglasno stavovima 2 i 3 istog člana svako je odgovoran za zaštitu životne sredine i dužan da je čuva i poboljšava. Ovde je važno podvući značaj odredbe iz stavova 2 i 3 prema kojima je svako odgovoran za zaštitu životne sredine i dužan da je čuva i poboljšava. Dakle, odgovornost za zaštitu, čuvanje i unapređivanje životne sredine nije isključiva kompetencija javne vlasti. To je upravo poenta Arhuske konvencije.

Pravo na zdravu životnu sredinu formulisano je u Ustavu Republike Srbije drugačije od drugih ljudskih prava. Klasična pravna struktura ljudskih prava sastoji se od subjektivnog prava pojedinca i obaveze države koja odgovara tom pravu. Iako se ustavna odredba prava na zdravu životnu sredinu razlikuje od drugih ustavnih odredbi o ljudskim pravima, jer navodi odgovornost za zaštitu i dužnost čuvanja i poboljšavanja životne sredine, ona ne odstupa od klasične strukture ljudskih prava. Jer, i odgovornost za zaštitu i dužnost čuvanja i poboljšavanja životne sredine je u stvari pravo pojedinca da štiti, čuva i unapređuje životnu sredinu i država je dužna da mu stvori uslove za ostvarivanje tog prava. Ukoliko mu ne stvori te uslove, ona krši njegovo pravo na zdravu životnu

sredinu. Država ne može, naravno, da pozove pojedinca na odgovornost, ako ovaj ne ispunjava navedenu ustavnu odgovornost i dužnost, izuzev ako krši konkretne propise za šta je predviđena kazna, naknada štete i sl. Međutim, pojedinac može da pozove državu na odgovornost zbog kršenja prava na zdravu životnu sredinu, ako država nije stvorila potrebne pravne uslove u kojima pojedinac može da ostvari svoju odgovornost i dužnost, odnosno pravo na zaštitu, čuvanje i poboljšavanje životne sredine. Dakle, pravo na zaštitu, čuvanje i poboljšavanje životne sredine je elemenat prava na zdravu životnu sredinu, kako je ono definisano u Ustavu Srbije, i to implicira obavezu države da svakom stavi na raspolaganje pravna sredstva za zaštitu, čuvanje i poboljšavanje životne sredine. To, takođe, implicira drugačiju koncepciju pravnog interesa za ostvarivanje tog prava. Član 74 Ustava i Arhuska konvencija priznaju pravni interes pojedinca da učini nešto u korist životne sredine. Pravno se priznaje altruistička potreba čoveka da dela u opštem i javnom interesu zaštite životne sredine. Njegova lična povređenost rađa se iz uskraćivanja te mogućnosti. Prema tome, pojedinac je u kontekstu člana 74 Ustava i člana 9, stava 3 Arhuske konvencije lično povređen ne nužno aktom koji namerava da osporava u pravnom postupku, već uskraćivanjem mogućnosti da to čini.

I ustavi nekih drugih zemalja formulišu pravo na odgovarajuću životnu sredinu na sličan način. Na primer, stav 3 člana 23 Ustava Crne Gore propisuje da je svako, a naročito država, obavezan da čuva i unapređuje životnu sredinu. Stavom 1 člana 24 Ustava Grčke predviđeno je da je zaštita prirodne i kulturne sredine dužnost države i pravo svakog građanina. Članom 43 Ustava Makedonije predviđeno je da svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i da je svako obavezan da je unapređuje i štiti.

Stavom 11 člana 9 sistemskog Zakona o zaštiti životne sredine iz 2004 godine<sup>42</sup> priznato je načelo zaštite prava na zdravu životnu sredinu i pristupa pravosuđu koje glasi: *građanin ili grupe građana, njihova udruženja, profesionalne ili druge organizacije, pravo na zdravu životnu sredinu ostvaruju pred nadležnim organom, odnosno sudom, u skladu sa zakonom*. Međutim, ovaj stav nije dalje razvijen i konkretizovan u posebnim zakonima koji su doneti zajedno sa Zakonom o zaštiti životne sredine ili posle tog Zakona. Stavom 16 člana 2 Zakona o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine, stavom 5 člana 3 Zakona o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu i stavom 1 člana 2 Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu<sup>43</sup> javnost je definisana tako da obuhvata *jedno ili više fizičkih ili pravnih lica, njihova udruženja, organizacije ili grupe*. Međutim, ovi zakoni priznaju izvesna prava toj

<sup>42</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 135/2004.

<sup>43</sup> Sva tri zakona doneta su 2004 godine i objavljena u *Sl. glasniku RS*, br. 135/2004.

opštoj javnosti u pogledu informisanja. Stavom 17 člana 2 Zakona o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine, stavom 6 člana 3 Zakona o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu i stavom 7 člana 2 Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu definisana je zainteresovana javnost kao javnost koja trpi uticaj ili je verovatno da će trpeti uticaj od postrojenja, aktivnosti, plana i programa ili projekta, već kako je to kojim zakonom određeno. Ove tri definicije zainteresovane javnosti uključuju i *nevladine organizacije koje se bave zaštitom životne sredine i evidentirane su kod nadležnog organa*. Članom 6 Zakona o prirodi kao subjekti zaštite prirode priznati su građanin, grupe građana, njihova udruženja, profesionalne i druge organizacije.

Samo član 26 Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu ovlašćuje zainteresovanu javnost da pokrene upravni spor protiv odluke o davanju ili odbijanju saglasnosti na studiju o proceni uticaja. Drugi navedeni zakoni predviđaju, takođe, mogućnost vođenja upravnog spora protiv konačnih upravnih rešenja, ali ne određuju ko može da ga vodi. U toj situaciji primenjuje se opšti propis, dakle član 11 Zakona o upravnim sporovima.

Sa druge strane, svaki nacionalni propis koji se odnosi na životnu sredinu je u funkciji ostvarivanja prava na zdravu životnu sredinu. Zaista, u članu 1 sistemskog Zakona o zaštiti životne sredine stoji: „*Ovim zakonom uređuje se integralni sistem zaštite životne sredine kojim se obezbeđuje ostvarivanje prava čoveka na život i razvoj u zdravoj životnoj sredini...*” Sa ovim Zakonom povezani su svi drugi zakoni iz oblasti životne sredine. Svim zakonima iz oblasti životne sredine obezbeđuje se, dakle, pravo na zdravu životnu sredinu. Kršenjem nekog od tih zakona to pravo se narušava.

Sadejstvo navedenih procesnih propisa, člana 74 Ustava Srbije i stava 3 člana 9 Arhuske konvencije treba da rezultira u razumevanju da se pravni interes za pokretanje sudskog postupka za kontrolu da li je akt privatnog subjekta ili javne vlasti u saglasnosti sa zakonima koji se odnose na životnu sredinu ne svodi na ličnu neposrednu povređenost ili ugroženost osporavanim aktom, već uskraćivanjem mogućnosti da se akt osporava.

#### 4. Zaključna razmatranja

Arhuska konvencija uređuje tri osnovna prava – prava na informisanje, prava na učestvovanje u odlučivanju i prava na pravnu

zaštitu – u oblasti zaštite životne sredine. Ona je specifična i razlikuje se od drugih ugovora po tome što obezbeđuje izvesnu demokratiju u oblasti životne sredine, odnosno što priznaje određena prava javnosti u toj oblasti i što priznaje i štiti altruističku potrebu čoveka da se stara o svojoj životnoj sredini. Ta posebnost Konvencije izražena je naročito u članu 9, koji je posvećen postupcima pravne zaštite. Stavom 3 člana 9 priznato je pravo pripadnika javnosti, dakle fizičkih i pravnih lica, njihovih udruženja i nevladinih organizacija da vode upravne ili sudske postupke protiv privatnih lica i javnih vlasti, a kako bi obezbedili da se poštuje pravo koje je važno za životnu sredinu. Vršenje javnog interesa za poštovanje prava od značaja za životnu sredinu se demokratizuje i ukida se monopol države nad njim. Neposredna individualna pogiđenost osporavanim aktom nije nužno uslov za pristup pojedinaca i nevladinih organizacija pomenutim postupcima.

Srbija je pristupila Arhuskoj konvenciji 2009. godine i dužna je da učini dopune i izmene svog unutrašnjeg prava kako bi obezbedila pravna dejstva koja su zahtevana Konvencijom. Konvencija izrično i neke njene odredbe implicitno zahtevaju implementaciju u unutrašnje pravo, dakle donošenje nacionalnih propisa. Ustav Republike Srbije predviđa neposrednu primenu međunarodnih ugovora, što čini značajnu pravnu pogodnost i olakšava postizanje željenog dejstva ugovora u unutrašnjem pravu. Sam Ustav ne sadrži definiciju neposredne primene ugovora niti određuje bilo kakve uslove, izuzev da je ugovor potvrđen. Sudska praksa neposredne primene ugovora u Srbiji nije još uvek dovoljno ujednačena da bi bilo moguće apstrahovati pouzdane i sigurne standarde za neposrednu primenu.

Neposredna primena međunarodnog ugovora otvara pitanje odnosa odredbi ugovora i domaćih propisa, te je u vezi sa tim moguće zamisliti više situacija, kao što su nepostojanje domaćeg propisa, postojanje domaćeg propisa koji je nespojiv sa odredbom ugovora ili postojanje domaćeg propisa koji se razlikuje od odredbe ugovora ali nije nespojiv sa njom. Kada su u pitanju prve dve situacije – nepostojanje domaćeg propisa, pa se neposredno primenjuje odredba ugovora ili postojanje domaćeg propisa koji je nespojiv sa odredbom ugovora te ga ona derogira i primenjuje se umesto njega, jasno je da odredba ugovora mora da bude dovoljno jasna, precizna i potpuna da može sama da uredi situaciju pojedinca. Ako postoji domaći propis koji je spojiv sa odredbom ugovora, ta odredba ugovora služi kao dopuna domaćeg propisa i tada u sadejstvu sa njim uređuje situaciju pojedinca. U tom slučaju ona ne mora da uspunjava one uslove koje treba da ispuni kada sama uređuje situaciju pojedinca.

Strategija, koju je usvojila Vlada Republike Srbije u vezi sa Arhuskom konvencijom u 2011. godini, pokazuje značajnu neusklađenost domaćeg prava sa odredbama Konvencije uopšte, i posebno sa odredbama iz člana 9, stava 3 Konvencije. Posebni zakoni koji se odnose na zaštitu životne sredine ne sadrže odredbe koje su usklađene sa odredbama člana 9, stava 3 Konvencije a Ustav i opšti zakoni o upravnim sporovima i parničnom postupku sadrže odredbe koje ne udovoljavaju zahtevima navedenih odredbi Arhuske konvencije. U takvoj situaciji oba načina neposredne primene člana 9, stava 3 Konvencije dolaze u obzir, dakle kao zamena za nepostojeće posebne propise koji bi se primenjivali u oblasti životne sredine, ili kao dopuna opštim procesnim propisima kako bi se njihovo dejstvo usaglasilo sa zahtevima člana 9, stava 3 Konvencije.

Evropski sud pravde našao je u jednom predmetu da član 9, stav 3 Konvencije ne proizvodi direktno dejstvo prema standardima prava Evropske unije, jer ostavlja diskreciono pravo članicama da odrede uslove pod kojim bi upravni ili sudski postupci bili dostupni pripadnicima javnosti. Ovaj nalaz Evropskog suda pravde ne mora, nužno, da isključi neposrednu primenu člana 9, stava 3 Konvencije u pravnom poretku Srbije, kao zamene za nedostajuće posebno procesno pravo u oblasti životne sredine, jer standardi neposredne primene u pravnom poretku Srbije ne moraju da budu jednaki onima u Evropskoj uniji. Ipak, ovaj način neposredne primene manje je verovatan. Sudovi u Republici Srbiji odlučili bi se, verovatno, da tumačenjem sadejstva opštih procesnih propisa i odredebe člana 9, stava 3 Konvencije u kontekstu člana 74 Ustava kojim se jemči pravo na zdravu životnu sredinu dođu do rezultata koji zahteva ta međunarodna odredba. Pri tome najveći problem bi bio da se utvrdi postojanje pravnog interesa tužioca u konkretnom sporu. Tumačenjem sadejstva navedenih propisa moglo bi se doći do rešenja da se pravni interes u takvom postupku ne može svesti na ličnu pogođenost tužioca osporavanim aktom, već na njegovu ličnu povređenost uskraćivanjem prava da ospori konkretni akt.

**Prof. Rodoljub Etinski Ph.D**  
Full Professor, Faculty of Law  
University of Novi Sad

## **DIRECT EFFECT OF ARTICLE 9(3) OF THE AARHUS CONVENTION IN LEGAL ORDER OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### Summary

The text explores a possibility of direct effect (direct application) of Article 9(3) of the Aarhus Convention in legal order of the Republic of Serbia. The Article guarantees access of the public to administrative or judicial procedures to challenge compatibility of acts of private persons or public authorities with national law relating to environment. In *Lesoochranárske zoskupenie* the European Court of Justice finds that, according the EU standards on direct effect of international treaties, the Article is not capable to produce direct effect, since contracting parties enjoy a broad discretion to formulate criteria for the public's access to review procedures. However, the European Court of Justice remained that each member state might have its own standards on direct effect of international treaties and that Slovak courts were obliged to take into account Article 9(3) of the Aarhus Convention when interpreting Slovak procedural law to provide the EU environmental law with best effectiveness.

The 2006 Constitution of Serbia foresees direct application of international treaties without limitations and conditions. Still, judicial practice is not fully consistent and it would be premature to derive reliable standards on direct application of international treaties in Serbia. In Serbian legal system there are no particular procedural provisions in environmental law that meet requirements of Article 9(3) of the Aarhus Convention and general procedural provisions depart from these requirements in respect of legal standing. Direct application of Article 9(3) would be possible in such situation as a replacement for missing particular domestic provisions or as supplement of general procedural provisions. The first possibility is less probable. More probable is that a court would search for new interpretation of legal standing in co-effect of domestic general procedural provisions and Article 9(3) of the Aarhus Convention.

**Key words:** Aarhus Convention, public, judicial proceedings.

## PRIMAT MEĐUNARODNOG PRAVA<sup>2</sup>

### *Apstrakt*

*Autor obrazlaže zašto u naše vreme postoji primat međunarodnog prava. On odgovara na najčešće argumente kojima se taj primat osporava, dokazujući da su ti prigovori mahom preterani ali bar prevaziđeni. Istovremeno on sam primećuje postojanje jednog drugog, veoma važnog problema koji se sastoji u tome da stvarni primat međunarodnog prava pretpostavlja ispunjenje određenih pretpostavki. Najvažnija od njih svodi se na zahtev da, da bi njegov primat bio legitiman, to pravo mora biti demokratsko, takvo koje odgovara interesima svih članova međunarodne zajednice, a ne neko pravo koje bi se pretvorilo u instrument političke i druge dominacije najmoćnijih sila.*

**Ključne reči:** međunarodni odnosi, međunarodno pravo, unutrašnje pravo, država, međunarodno sudstvo.

### 1.Uvod

Ako je u prošlosti i bilo drugačije, u naše vreme jasno je da postoji primat međunarodnog prava nad unutrašnjim (domaćim, nacionalnim) pravom država.

Međunarodna zajednica je sve organizovanija, međunarodnopravne veze među državama su sve brojnije i sve snažnije, države odavno vise

---

<sup>1</sup> Redovni profesor, Fakultet za državnu upravu i administraciju, Megatrend univerzitet, Beograd.

<sup>2</sup> Rad predstavlja drugi deo suštinske celine koja se tiče odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava, a koja je zbog velikog obima podeljena u dva priloga. Prvi deo pod nazivom "Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava" objavljen je u prethodnom broju časopisa.

nisu jedini subjekti međunarodnog prava,<sup>3</sup> sve su razvijeniji integrativni procesi i na nivou čitavog sveta i, tim pre, u regionalnim okvirima itd.

I zaista, današnje međunarodno pravo ne može se porediti sa onim koje je postojalo neposredno posle Drugog svetskog rata, a kamoli se međunarodnopravnim poretkom sa početka XX veka. Među brojnim bitnim momentima, ukazaćemo samo na neke.

Došlo je do drastične promene međunarodnopravnog položaja pojedinca.<sup>4</sup> Nasuprot vekovnoj praksi tokom koje je pojedincima tradicionalno odrican međunarodnopravni subjektivitet, danas se sve veći broj normi međunarodnog prava neposredno primenjuje na pojedince (ljudska prava i slobode, međunarodna krivična dela, prava međunarodnih službenika), pojedinci se pojavljuju pred međunarodnim sudovima (međunarodnim sudovima za ljudska prava, međunarodnim krivičnim sudovima, administrativnim sudovima međunarodnih organizacija, pa i pred Stalnim arbitražnim sudom).

Sve je veći broj međunarodnih organizacija, čija uloga je takođe u porastu. Pri tome javlja se praksa da su odluke određenih međunarodnih organizacija (za sada, naročito izvesne odluke donete u okviru Evropske unije) neposredno izvršne na teritoriji država članica. Takođe, sve je više raznih međunarodnih tela sa pravom da donose odluke iz svoje oblasti (npr. Dunavska i druge rečne komisije).

Od posebnog značaja je nagli razvoj međunarodnih sudova. Ne samo da ih je sve više i da su sve raznovrsniji (sudovi pravde, sudovi za ljudska prava, krivični sudovi, administrativni sudovi, sud za pravo mora, arbitraže itd.),<sup>5</sup> već su države sve češće u situaciji da praktično ne mogu da izbegnu njihovu nadležnost.<sup>6</sup>

Sve je raširenija svekolika unifikacija prava na univerzalnom i regionalnom nivou. Ona se vrši u raznim oblastima - ljudska prava; radno pravo; krivično pravo; drumski, vazdušni, pomorski, rečni, PTT i drugi saobraćaj; intelektualna svojina; finansijske transakcije; materija

<sup>3</sup> O subjektima savremenog međunarodnog prava: B.Krivokapić, *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd 2011, 65-149.

<sup>4</sup> B.Krivokapić (2011), 143-155.

<sup>5</sup> O savremenom međunarodnom sudstvu i, posebno raznim vrstama međunarodnih sudova koje poznaje praksa: B.Krivokapić (2011), 403-563.

<sup>6</sup> Fakultativnost međunarodnog sudstva je sve doskora bila nezaobilazan argument kada god je neko hteo da relativizuje značaj međunarodnog prava. Međutim, u savremenoj praksi države praktično ne mogu da pobegnu od prihvatanja nadležnosti sve većeg broja međunarodnih sudova. Pored ostalog, sve evropske države sem Belorusije su članice Evropske konvencije o ljudskim pravima (1950) što znači da su priznale i obaveznu nadležnost Evropskog suda za ljudska prava.

međunarodnog privatnog prava; itd. To je, pored ostalog, dovelo do pojave mišljenja da se međunarodno privatno pravo iz unutrašnjeg (nacionalnog)<sup>7</sup> sve više pretvara u jednu vrstu podsistema u okviru međunarodnog (javnog) prava.<sup>8</sup>

Konačno, iako je takva praksa poznata od ranije,<sup>9</sup> sve je više primera i da se norme međunarodnog prava (npr. u materiji ekonomskih odnosa, finansijskog prava, saobraćaja itd.) neposredno primenjuju u državama, pa i od strane njihovih (nacionalnih) sudova.<sup>10</sup>

Već ovih nekoliko kratkih podsećanja dovoljno ilustruje da međunarodno pravo na mnogo načina potiskuje nacionalna prava država. Zapravo to uviđaju svi.

Glavni prigovori onih koji još uvek ne priznaju primat međunarodnog prava ili ga bar dovode u pitanje, svode se na nekoliko osnovnih postavki:

- 1) međunarodno pravo nije dovoljno razvijeno;
- 2) država i dalje može da krši međunarodno pravo u smislu da donosi i primenjuje sopstvene norme koje nisu u skladu ili su čak suprotne njenim međunarodnopravnim obavezama;
- 3) da bi se govorilo o primatu međunarodnog prava ono bi moralo da bude u stanju da ništi sebi suprotne norme unutrašnjeg prava, a to na savremenom stepenu razvoja međunarodnog prava još nije slučaj;
- 4) u međunarodnom pravu nema efikasne pravne sankcije, a posebno nije razvijeno međunarodno sudstvo;
- 5) pitanje odgovornosti države se postavlja samo ako je primenom domaćeg, a ne međunarodnog prava nekome naneta šteta;

<sup>7</sup> Jer to je u suštini samo građansko pravo sa elementom inostranosti.

<sup>8</sup> U tom smislu podvlači se da nacionalno zakonodavstvo postepeno gubi glavnu ulogu kod rešavanja tradicionalnih privatnopravnih pitanja i da tu u prvi plan izbijaju međunarodni ugovori. И.П.Блищенко, М.М. Солнцева, *Мировая политика и международное право*, Москва 1991, 86, 89.

<sup>9</sup> Pošto još uvek ne postoji međunarodni sud za pomorski plen, tim pitanjima tradicionalno se bave nadležni nacionalni sudovi država. Oni, međutim, sude sa osloncem na pravila i principe međunarodnog, a ne nacionalnog prava.

<sup>10</sup> Za konkretne primere iz prakse vrhovnih i drugih sudova jednog broja država, vidi (hronološkim redom): А.Фердросс, *Международное право*, Москва 1959, 93-94; B.Conforti, A.Labela, "Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts", *European Journal of International Law* 1/1990, 44-66; И.П.Блищенко, М.М. Солнцева, (1991), 87; И.И.Лукашук, *Международное право в судах государств*, Санкт-Петербург 1993; I.Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 1995, 43-50; M.N.Shaw, *International Law*, Cambridge 2003, 128-173; E.Benvenisti, G.W.Downs, "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law", *European Journal of International Law* 1/2009, 59-72.

6) primat međunarodnog prava nemoguć je već iz načelnih razloga, jer bi značilo potpuno urušavanje suvereniteta država, pri čemu bi međunarodna zajednica prestala da postoji kao međunarodna.

Osvrnućemo se ukratko na ove stavove. Odmah zatim daćemo našu sopstvenu primedbu, koja se ne sastoji u osporavanju primata međunarodnog prava, već u utvrđivanju uslovno rečeno određenih pretpostavki za njegov primat.

## 2.Odgovor na glavne prigovore

### 2.1.Razvijenost međunarodnog prava

Ako je do Drugog svetskog rata i mogao da stoji, u naše vreme prigovor o nedovoljnoj razvijenosti međunarodnog prava više nije prihvatljiv.

Pre svega, neverovatno je porastao broj normi međunarodnog prava, svih nivou (univerzalnog, regionalnog, lokalnog) pri čemu su kodifikovane čitave oblasti (diplomatsko pravo, konzularno pravo, ugovorno pravo, pravo mora, vazduhoplovno pravo, kosmičko pravo, pravo ljudskih prava itd.). To je istovremeno imalo za posledicu da međunarodno pravo uređuje sve veći krug odnosa koji su tokom istorije tradicionalnom bili regulisani samo unutrašnjim propisima država.

Nije u pitanju samo kvantitavan porast međunarodnopravnih normi. Došlo je i do suštinskih promena.

Pre svega, nije u pitanju samo stalan porast broja raznih međunarodnih ugovora. Važno je i to da sve više njih stupa na snagu bez ratifikacije ili se ratifikacija vrši od strane vlade, a ne parlamenta (u svakom slučaju, po mnogo lakšem i bržem postupku). Sve je više međunarodni ugovora koji su neposredno izvršni.

Nastala su i brojna, sasvim nova univerzalna običajna pravna pravila,<sup>11</sup> koja su kao takva obavezna za sve države, i bez njihovog izričitog pristanka. Tome treba dodati da sve veći značaj imaju i neki novi pravni izvori, u prvom redu odluke međunarodnih organizacija.

Jedna od najvažnijih karakteristika savremenog međunarodnog prava ogleda se u bitno drugačijem pristupu međunarodnopravnom

<sup>11</sup> Npr. o zabrani upotrebe sile i pretnje silom u međunarodnim odnosima; o zabrani ropstva, mučenja, rasne diskriminacije, aparthejda, genocida itd.

subjektivitetu. Dok su u prošlosti jedini subjekti međunarodnog prava bile države, u naše vreme taj subjektivitet priznaje se, u većoj ili manjoj meri, i međunarodnim organizacijama, i raznim drugim tvorevinama (kvazidržave, kvazimeđunarodne organizacije, subjekti *sui generis*) pa čak i grupama i pojedincima.<sup>12</sup> S tim u vezi, sa stanovišta odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava, od posebnog značaja je činjenica da međunarodno pravo u sve većoj meri neposredno reguliše pravni položaj pojedinaca.

Sve su razvijeniji i sistem međunarodne kontrole savesnog ispunjenja odnosno sistem međunarodnopravnih sankcija.

Već ovih nekoliko napomena, uz ono što je rečeno na prethodnim stranama, trebalo bi da bude dovoljno da se razvijenost međunarodnog prava više ne dovodi u pitanje. Međunarodno pravo će se i dalje razvijati i to u svim pravcima, ali ono je već sada dovoljno razvijen i zaokružen pravni poredak.

## 2.2. Država može da krši međunarodno pravo

Da, zaista, država može da krši međunarodno pravo. Ali u tom slučaju mora da računa sa određenim po nju štetnim posledicama. U zavisnosti od toga da li drastično krši međunarodno pravo ili su ti prekršaji minorni, i štetne posledice mogu biti velike ili male, ali one postoje. One će se, na pravnom terenu, manifestovati u nekoj od međunarodnopravnih sankcija.

Kada je reč o tome da država može da trpi sankcije i nastavlja da tvrdoglavo krši međunarodno pravo, i to je moguće. Ali to ne znači da je time unutrašnje pravo države dobilo primat nad međunarodnim, niti da se država oslobodila obaveze da poštuje međunarodno pravo. Jedino ako bi se sasvim povukla iz međunarodnih odnosa, što je danas praktično nemoguće, država bi mogla da prenebregne međunarodno pravo, pa čak ni tada ne bi sasvim mogla da ga se oslobodi.

Međutim, to što u nekim slučajevima pravna norma ne može do kraja biti primenjena, ne znači i da je pravna norma izgubila pravnu snagu. Konkretno, u takvim slučajevima ne može se iz nekog razloga primeniti *dispozicija* (propisano pravilo ponašanja), ali sve dok se primenjuje drugi sastavni deo norme - *sankcija*, sama norma, opšte uzev, ništa ne gubi od

<sup>12</sup> B. Krivokapić (2011), 65-149.

svoje pravne snage i značaja. Primena sankcije, a ako treba i njena vise puta ponovljena primena, pored ostalog potvrđuje pravnu snagu osnovnog propisa (dispozicije). Ovo čak i onda kada se odnosi subjekt (u ovom slučaju, država) ne može privoleti na određeno željeno, pravom propisano ponašanje.

Ovo će pojasniti jedan jednostavan primer. Postoji propis o tome da za vreme vožnje kolima morate biti vezani, a da je onaj ko nije vezan, dužan da plati kaznu. Da li postoji mehanizam za primenu norme? Naravno da postoji – u licu policajca, a po potrebi i sudije za prekršaje. Dakle, postoje sve pretpostavke za primenu pravne norme: i dispozicija i sankcija i mehanizam za utvrđivanje činjeničnog stanja i izricanje i primenu sankcije. Ali - da li možete *naterati* vozača da se veže? Ne! Čim plati kaznu i produži dalje on će možda već iza prve krivine skinuti pojas. Najviše što možete jeste da ga stalno kažnjavate i eventualno mu na kraju oduzmete vozačku dozvolju. Ali - kako znate da on neće voziti i bez dozvole? Nevezan, razume se.<sup>13</sup>

Navedeni primer jasno ilustruje da je jedno pitanje šta će vozač *stvarno* da uradi (faktičko pitanje, razlikuje se od slučaja do slučaja), a sasvim drugo šta je on *dužan* da uradi (pravno pitanje, u načelu isto rešenje za sve odnosne subjekte, ovde vozače).

Kada je reč o međusobnom odnosu normi međunarodnog i normi unutrašnjeg prava one i jedne i druge propisuju određeno pravilo ponašanja, tj. ono što je subjekt *dužan* da uradi. Međutim, imperativna norma međunarodnog prava sama po sebi podrazumeva i to da je država *dužna* da tu normu primeni, a ne neku drugu, svoju. Države jesu suverene, ali njihov suverenitet nikada nije bio apsolutan, a to je sve manje u XXI veku, kada je čitav svet zaista prerastao u jedno globalno selo.

Uostalom, već iz načela *pacta sunt servanda* sledi da su države dužne da poštuju preuzete međunarodnopravne obaveze tj. da ne smeju da se ponašaju na način koji nije u skladu sa njima. To podrazumeva i da ne smeju da donose norme svog unutrašnjeg prava koje bi bile u suprotnosti sa obavezama utvrđenim ugovorom koji je na snazi. Imajući u vidu da je najveći deo međunarodnog prava danas ugovornog porekla čini se da

<sup>13</sup> U praksi se, i pored svega, događa da iako mnogi vozači nisu vezani, policajac ih zbog toga ne zauzastavlja - zato što nije primetio da nisu vezani; zato što ga mrzi da zauzastavlja vozače zbog pojasa itd.

Poseban problem, predstavlja to što se ponekad pravo krši u korist nekih subjekata. Tako, veliko je pitanje da li će policajac zaista kazniti (zbog pojasa ili nečeg drugog) svog bliskog prijatelja, rođaka, šefa svoje žene, gradonačelnika, centarfora svog omiljenog fudbalskog kluba i sl. Slučaj u kome bi policajac pustio bez kazne vozača zato što ste mu je ovaj dao mito ovde ne pominjemo jer je čitalac van svake sumnje i sam svestan da se, na žalost, i takve stvari događaju.

Nema nikakvog razloga da se slične anomalije ne dešavaju i u međunarodnom pravu. Ali to su samo izuzeci koji potvrđuju pravilo. Jer u protivnom pravila ni nema.

uopšte nema mesta dilemi koje norme - međunarodnopravne ili norme unutrašnjeg prava - imaju jaču pravnu snagu.

Kada je reč o drugom glavnom izvoru međunarodnog prava - međunarodnopravnim običajima, tu su stvari u neku ruku još jasnije.<sup>14</sup> Opšti međunarodnopravni običaji su po definiciji obavezni za sve, pa i države koje nisu učestvovala u njihovom nastanku. A ako su obavezni - nikakvo ponašanje država koje nije u skladu sa ovom obavezom nije prihvatljivo.

To što se međunarodno pravo povremeno krši<sup>15</sup> nije zbog toga što države misle da su njihovi propisi iznad međunarodnog prava ili da ih međunarodno pravo ne obavezuje. Uostalom, čak i u onim slučajevima kada na krše imperativne norme međunarodnog prava, države se ne pozivaju na svoje interne propise (kao na nekakve norme više pravne snage) niti osporavaju načelnu obaveznost međunarodnog prava. Naprotiv, one na razne načine pokušavaju da svoje akcije zaodenu u nekakvu oblandu međunarodnopravno prihvatljivih razloga i makar naoko prikažu ih pravno valjanim. Valjanim sa stanovišta upravo međunarodnog prava! Tako npr. ako neka država (pa bila ona i najmoćnija sila sveta) odluči iz nekih razloga da napadne drugu zemlju, znajući da je upotreba sile zabranjena savremenim međunarodnim pravom, nipošto neće priznati stvarne ciljeve svoje akcije, već će se pozvati na određene argumente koji bi pravno opravdali njen postupak. Štaviše, izbegava se i da se sam rat koji se započinje nazove tako, već se govori o "kampanji", "vojnom angažovanju", "intervenciji", "humanitarnoj intervenciji", "vazдушnim udarima", "preventivnoj akciji", i sl.<sup>16</sup>

Dakle, i kada krše međunarodno pravo, države ne samo što znaju da to čine (svesne su da to pravo postoji), već na svaki način nastoje da svoje postupke prikažu kao akcije u granicama međunarodnog prava. Drugim rečima, one vrlo dobro znaju šta su *dužne* da rade odnosno šta *ne smeju* da rade.

---

<sup>14</sup> Više o međunarodnopravnim običajima: B.Krivokapić, „Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu“, *Megatrend revija – Megatrend Review* 3/2012, 35-81

<sup>15</sup> A zar nije tako i u granicama svake konkretne države u pogledu njenih sopstvenih propisa? I kada su u pitanju unutrašnji pravni poreci, teško da bi se mogla naći neka država u kojoj nema, primera korumpiranih političara, policajaca ili sudija; montiranih sudskih procesa, i uopšte nekažnjenih povreda pravnih normi, pa i onih iz materije ustavnog, upravnog ili krivičnog prava. A ipak nikome ne pada na pamet da ospori da se tu radi o pravu i da ospori njegovu obaveznost. Ono može biti bolje ili gore, može se više ili manje dosledno primenjivati, ali to je pravo. Slično stvari stoje i sa međunarodnim pravom, s tim što je tu sve daleko složenije jer su osnovni njegovi subjekti države i međunarodne organizacije, a područje primene - teritorije više država odnosno, u krajnjoj liniji, čitav svet.

<sup>16</sup> Više: B.Krivokapić (2011), 567-632.

Ne treba gajiti iluzije da države neće ponekad kršiti međunarodno pravo. Toga će uvek biti u većem ili manjem stepenu. Međutim, pravi pristup nije da se zbog toga dovodi u pitanje primat međunarodnog prava, već da se radi na razvoju svesti o tome da se ono ne sme kršiti, da se spreče najteži oblici njegovog kršenja, posebno oni koji su vezani za upotrebi sile i, konačno, da se, ako do ozbiljnog kršenja međunarodnog prava ipak dođe, dosledno i efikasno primene predviđene sankcije. To su, međutim, sasvim druga pitanja.

Istovremeno, ovim je objašnjena i ona dilema koja postoji kada npr. domaće pravo predviđa superiornija (bolja) rešenja od međunarodnog. Konkretno, kada u materiji ljudskih prava i sloboda domaći propisi predviđaju kvalitetnija rešenja od onih koja su utvrđena međunarodnim pravom koje vezuje datu državu. Država će u takvom slučaju, razume se, primeniti svoje pravo, što je samo po sebi logično kada se ima u vidu svrha normiranja ovih pitanja.<sup>17</sup> S druge strane, pošto ni za koga ne nastaje šteta (naprotiv, beneficijari će uživati veći stepen prava) neće se, razume se postaviti pitanje odgovornosti države zbog toga što se ne drži striktno preuzetih međunarodnih obaveza.

Prema izloženom, sve ukazuje da, bar u naše vreme, primat međunarodnog prava nije sporan!

### **2.3. Međunarodnopravna norma ne ništi sebi suprotnu normu unutrašnjeg prava**

Jedan od glavnih argumenata kojim se dokazuje da se ne može govoriti o primatu međunarodnog prava jeste taj da na sadašnjem stepenu razvoja međunarodnog prava njegova norma nema sama po sebi moć da ukine sebi suprotnu normu unutrašnjeg prava. U skladu s tim primećuje se da će se o pravom primatu međunarodnog prava moći govoriti tek onda kada se izgradi sveobuhvatan i u svakoj prilici podjednako efikasan sistem međunarodnih sankcija, a to još uvek nije slučaj.

Dakle, ovde se polazi od toga da država odbija da primeni međunarodno pravo, trpi zbog toga međunarodne sankcije, ali da međunarodno pravo samo po sebi ne može da na čisto pravnom terenu anulira nezakonite propise te države.

<sup>17</sup> Đorđević s pravom primećuje da nekad norme unutrašnjeg prava mogu da idu ispred u odnosu na postojeće opšte međunarodnopravne norme, pa kao primere navodi prava pojedinaca u skandinavskim zemljama ili svojevremeno u SFR Jugoslaviji prava nacionalnih manjina, u odnosu na pravila iz iste oblasti u važećim međunarodnopravnim aktima. S.Đorđević, „Odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4-6/1997, 391.

Ovaj pristup ima svoju logiku, ali mu se isto tako može štošta i prigovoriti.

Pre svega, on sugerise da međunarodno pravo nije dovoljno razvijeno, a da kad se dovoljno razvije, ono će biti u stanju da samo po sebi ništi nezakonite propise država. Ali to jednostavno nije tako. Međunarodno pravo *nikada* neće samo po sebi moći da ništi sebi suprotne propise država! Tu sposobnost ono može da stekne samo ako se uspostavi strogi hijerarhijski odnos između njega i normi unutrašnjeg prava država. Ali – u tom slučaju neće više biti međunarodnog i unutrašnjeg prava! Biće jedan pravni poredak, kao npr. u onim državama koje su federacije i uz to imaju i autonomne pokrajine, tako da postoje propisi na saveznom, pokrajinskom i lokalnom nivou.

Uz to, prilično efikasan sistem međunarodnih sankcija postoji već danas. Drugo je pitanje da li se on uvek i u svakoj prilici dosledno primenjuje. Ali - zar se u državama sistem krivičnih i drugih sankcija uvek zakonito i dosledno primenjuje? Nažalost, određena odstupanja su uvek prisutna, ali ona ne dovode u pitanje postojanje i opštu efikasnost samog sistema.<sup>18</sup>

Dalje, sama činjenica da država koja neće da se povinuje međunarodnopravnoj normi trpi zbog toga sankcije govori o tome da međunarodna norma ima primat! Čak i ako unutrašnja norma ne bude formalno ukinuta, kažnjavanje prekršioca nesumnjivo pokazuje da su norme međunarodnog prava jače pravne snage od domaćih.

Uostalom, da pogledamo šta se realno dešava u praksi. Ako je unutrašnja norma ista kao međunarodna, problema nema. Ako se ona malo razlikuje od međunarodne, pravilo je da se domaća norma (zakon) tumači tako da međunarodnopravna norma važi, a ne da ne važi.<sup>19</sup> Ako su,

---

<sup>18</sup> Ovo u smislu da se u većini ili čak u najvećem broju slučajeva sankcije primenjuju kako je to predviđeno.

<sup>19</sup> To je, uostalom, u skladu sa opštim pravnim načelom *Actus inrpretandus est potius ut valeat quam ut pereat* (akt treba tumačiti tako da on pre važi nego da ne važi). Ovaj stav potvrđen je i u dokumentima raznih međunarodnih tela. Pored ostalog, Evropska komisija za demokratizaciju putem prava (ekspertska telo Saveta Evrope, poznato i kao Venecijanska komisija) istakla je u svom Mišljenju o Ustavu Srbije da bi srpske vlasti trebalo da nastoje da izbegnu bilo kakav sukob između međunarodnog prava i domaćeg ustava, te da druge evropske države, uključujući posebno mnoge poznate demokratije, takođe daju viši značaj domaćem ustavu u odnosu na međunarodne ugovore, ali da to, međutim, ne znači da se ustav tumači bez vođenja računa o međunarodnom pravu. Naprotiv, to znači da domaće vlasti, uključujući ustavni sud, tumače ustav na način da se izbegne sukob između domaćih i međunarodnih pravila. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission): Opinion on the Constitution of Serbia adopted by the Commission at its 70th plenary session (Venice 17-18 March 2007), Opinion No. 405/2006, CDL-AD(2007)004, par. 17, p. 6, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282007%29004-e>, 09.03.2013.

međutim, razlike velike, postoji i mogućnost da nadležni državni organ (npr. vlada) smatra sporni domaći propis nepostojećim.

Međutim, kako ispravno primećuje Ferdros, sve i da ostane na snazi, odnosni sporni zakon obavezan je samo unutar date države i samo *privremeno*. Ovo zato što država kojoj je time naneta šteta ima prema međunarodnom pravu pravo da zahteva ukidanje ili prestanak primene spornog propisa, a država koja je donela taj propis dužna je da udovolji tom zahtevu. Ako se spor rešava pravnim sredstvima na kraju će rezultat uvek bez izuzetka biti jača snaga međunarodnog prava nad unutrašnjim pravom države koje je sa njim u neskladu. Odatle i zaključak da država može van spora dejstvovati samo u granicama utvrđenim međunarodnim pravom.<sup>20</sup>

U vezi sa ovim problemom treba istaći i to da su sve raznovrsniji i efikasniji mehanizmi međunarodne kontrole nad time kako država ispunjava svoje međunarodnopravne obaveze. Zavisno od slučaja oni, pored ostalog, podrazumevaju periodične izveštaje država članica odnosnog ugovora, inspekcije na licu mesta, postupanje po predstavkama drugih država, a u nekim slučajevima čak i po individualnim predstavkama pojedinaca.<sup>21</sup> Ovi mehanizmi omogućavaju da se utvrdi da li država poštuje ili krši svoje međunarodnopravne obaveze, što, kada tome ima mesta, može biti i prvi korak ka uvođenju odgovarajućih međunarodnih sankcija.

## 2.4. Sankcije međunarodnog prava. Međunarodno sudstvo

Sankcije međunarodnog prava se po mnogo čemu razlikuju od pravnih sankcija u unutrašnjim porecima država. Ali one postoje i, kako praksa pokazuje, kada su dosledno primenjene, vrlo su efikasne.

Posebno se neverovatno razvilo međunarodno sudstvo.<sup>22</sup> Nasuprot situaciji početkom XX veka kada su načelno postojale samo *ad hoc* arbitraže i Stalni arbitražni sud, a zatim (od 1921) i Stalni sud međunarodne pravde, danas se srećemo sa čitavim nizom međunarodnih sudova na univerzalnom i regionalnim novou. Tu su i sudovi pravde

---

<sup>20</sup> A.Фердросс, 87-89.

<sup>21</sup> Za postupke međunarodnog nadzora u materiji ljudskih prava, vidi: M.Paunović, B.Krivokapić, I.Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2013, 111-123.

<sup>22</sup> Više o svemu: B. Krivokapić (2011), 401-484.

(Međunarodni sud pravde, ali i sve veći broj regionalnih sudova te vrste),<sup>23</sup> i razni specijalizovani sudovi (npr. Međunarodni sud za pravo mora), i čitav niz krivičnih sudova, uključujući i stalni Međunarodni krivični sud,<sup>24</sup> i sve veći broj sudova za ljudska prava<sup>25</sup> (kojima nezadovoljni pojedinac može da tuži državu, što je doskora bilo nezamislivo) i administrativni sudovi<sup>26</sup> (pred kojima nezadovoljni međunarodni službenik može da tuži međunarodnu organizaciju), i razne institucionalizovane arbitraže itd.

Čak je i Stalni arbitražni sud promenio profil i otvorio se za sporove ne samo između država, već i između drugih subjekata.<sup>27</sup>

Ono što je ne manje važno je činjenica da premda je međunarodno sudstvo u načelu i dalje fakultativno za države (u osnovi, da bi bilo podvrgnute nadležnosti međunarodnog suda, potrebno je da države, kao suverene jedinice, na ovaj ili onaj način daju svoj pristanak) u praksi je manevarski prostor država sve više sužen. U mnogim slučajevima one realno i nemaju izbor. Tako npr. država koja želi da postane članica Saveta Evrope odn. Evropske unije mora kao jedan od uslova da ratifikuje Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, što znači da samim tim prihvata i obaveznu nadležnost Evropskog suda za ljudska prava. Takođe, iako su se neke države (u prvom redu države nastale na prostoru bivše Jugoslavije) u prvo vreme energično suprotstavljale osnivanju Haškog tribunala, na kraju su i one bile prinuđene da priznaju nadležnost tog tela i tesno sarađuju sa njim. Ovi primeri trebalo bi da su dovoljno ilustrativni.

---

<sup>23</sup> Sud pravde Evropske unije, Sud pravde Beneluksa, Sud pravde Evropskog udruženja slobodne trgovine, Istočnoafrički sud pravde, Sud pravde zajedničkog tržišta istočne i južne Afrike, Centralnoamerički sud pravde, Sud pravde Andske zajednice, Karijski sud pravde, itd.

<sup>24</sup> U savremenoj praksi: Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju (Haški tribunal), Međunarodni krivični tribunal za Ruandu, kao i razni mešoviti krivični sudovi: za Istočni Timor, Kambodžu, Sijera Leone, Liban itd. Više: B. Krivokapić (2011), 485-563.

<sup>25</sup> Evropski sud za ljudska prava, Međuamerički sud za ljudska prava, Afrički sud za ljudska prava i prava naroda.

<sup>26</sup> Administrativni sud Ujedinjenih nacija, Administrativni sud Međunarodne organizacije rada, Službenički sud Evropske unije, itd.

<sup>27</sup> Nakon jednog perioda apatije, devedesetih godina XX veka preduzeti su koraci kako bi se unapredilo funkcionisanje Suda i njegova uloga prilagodila novim zahtevima prakse. Stoga je Sud otvoren za arbitražno rešavanje, mirenje i utvrđivanje činjenica ne samo u sporovima između država, već i raznim sporovima u kojima učestvuju međunarodne organizacije, druga pravna lica, pa čak i pojedinci. Više: B. Krivokapić (2011), 464-465.

## 2.5. Pitanje odgovornosti države se postavlja samo ako je primenom domaćeg, a ne međunarodnog prava nekome naneta šteta

Zapravo nema ništa neobično u tome.

Ako država ne primeni međunarodno pravilo odnosno primeni svoje, drugačije pravo, i time nekome bude naneta šteta, jasno je da se ta šteta mora nadonaditi. Ali ako u istoj situaciji niko nije pretrpeo nikakvu štetu, nema razloga da se otvara pitanje odgovornosti države. Tada je takav akt (činjenje ili nečinjenje) realno gledajući nevažan sa stanovišta međunarodnog prava i interesa drugih subjekata međunarodnog prava. Krešenje međunarodnog prava ne predstavlja puko donošenje spornog akta, već njegava primena.<sup>28</sup>

Međutim, stvari čak i tu stoje malo drugačije nego što to izgleda na prvi pogled. Primera radi, ako država donese neki propis (npr. parlament usvoji zakon) čija bi primena značila kršenje međunarodnopravne obaveze odnosne države, ali vlada odnosno drugi nadležni organ *ne primeni* taj propis, nije nikome pričinjena šteta, pa se ne otvara ni pitanje odgovornosti. Propis formalno postoji, ali ne proizvodi konkretna pravna dejstva, pa tako ni štetu bilo kome.<sup>29</sup>

Ali u nekim slučajevima, može se postaviti pitanje odgovornosti države i zbog *samog donošenja* spornog propisa, čak i ako on nije primenjen!<sup>30</sup> Dakle samo zbog nesaglasnosti domaćeg zakona sa međunarodnopravnim obavezama države, a da pri tome nije nikome naneta i stvarna šteta. To ce biti onda kada je domaći propis u suprotnosti sa nekom naročito važnom, imperativnom normom međunarodnog prava. Tako će pitanje odgovornosti države moći da se postavi i zbog samog donošenja propisa kojima se uvodi odnosno dozvoljava: ropstvo, mučenje, genocid, aparthejd i sl. Zaštićene vrednosti su toliko važne, da će se otvoriti problem odgovornosti države i zbog same činjenice da je donela sporne propise. O ovome postoji saglasnost i u doktrini i u praksi

<sup>28</sup> M.Akehurts, *A Modern Introduction to International law*, London 1984., 48.

<sup>29</sup> Ovo je potvrđeno i u praksi međunarodnih sudova. Pored ostalog, u slučaju *LaGrand*, Međunarodni sud pravde naglasio je da samo po sebi sporno pravno pravilo SAD (o tome da nije dozvoljeno pozivanje na proceduralni propust pred saveznim sudom, ako takav prigovor nije istaknut pred sudom savezne države) ne znači kršenje Bečke konvencije o konzularnim odnosima, ali da je u konkretnom slučaju primenom tog pravila prekršen čl. 36/2 Konvencije. International Court of Justice: *LaGrand Case*, Judgement of 27 June 2001, par. 126, 513, <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>, 09.03.2013.

<sup>30</sup> I.Brownlie, 36-37.

međunarodnih sudskih organa.<sup>31</sup>

Tako je npr. u slučaju Furundžija, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju kostatovao: „U principu, održavanje na snazi ili donošenje nacionalnih zakona koji nisu u skladu sa međunarodnim pravilima povlači odgovornost države i shodno tome otvara put zahtevu za prestanak (*cessation*) i odštetu (*lato sensu*) samo kad dođe do konkretne primene takvog zakonodavstva.<sup>32</sup> Naprotiv, u slučaju mučenja, puka činjenica održavanja na snazi ili usvajanja zakona koji su u suprotnosti sa međunarodnom zabranom mučenja, povlači međunarodnu odgovornost države. Sloboda od mučenja je toliko važna vrednost, da je neophodno sprečiti donošenje svakog nacionalnog zakona koji dozvoljava ili odobrava mučenje ili koji na bilo koji način može do toga dovesti.“<sup>33</sup>

## 2.6. Načelni razlozi koji onemogućavaju primat međunarodnog prava

U vezi sa tvrdnjom da je primat međunarodnog prava nemoguć već iz načelnih razloga, jer bi značio potpuno urušavanje suvereniteta država, pri čemu bi međunarodna zajednica prestala da postoji kao međunarodna, može se primetiti da suverenitet država nikada nije bio apsolutan. On je uvek bio u većoj ili manjoj meri ograničen, a svedoci smo da se on sve više kruni u naše vreme zahuktale globalizacije. Pa ipak, i dalje se i u teoriji i, što je, razume se, mnogo važnije, u međunarodnopravnim dokumentima, ali i ustavima država, insistira na tome da su države suverene.

Dakle, iako nikada nije postojao kao apsolutan, suverenitet se u načelu ne spori. Zašto se onda traži da primat međunarodnog prava bude apsolutan? Ako se kaže da u slučaju da postoji primat međunarodnog

---

<sup>31</sup> Ferdos ukazuje na još jedan zanimljiv momenat. Sa pozivom na praksu međunarodni arbitraža on primećuje da ako npr. neki zakon ovlašćuje vladu da bez nadoknade oduzme određene predmete koji spadaju u privatnu svojinu, diplomatska reakcija može uslediti tek kada pomenuti zakon bude primenjen. Ako, međutim, sam zakon propisuje takvu meru, onda diplomatska reakcija može uslediti odmah. А.Фердросс, 90.

<sup>32</sup> „Vidi: Mariposa Development Company and Others, Decision, U.S.-Panama General Claims Commission, 27. juna 1993, U.N. Reports of International Arbitral Awards, sv. VI, 340-341; German Settlers in Upper Silesia, Advisory Opinion of 10 Sept. 1923, PCIJ, serija B, br. 6, 19-20, 35-38; arbitra'no rešenje iz 1922. u Affaire de l'impôt sur les bénéfiques de guerre, U.N. Reports of International Arbitral Awards, Vol. I, 302-305.“ Privedba autora: ovo je fusnota iz citiranog dela presude Tribunala.

<sup>33</sup> *Tužilac protiv Furundžije*, Presuda Međunarodnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine, Predmet br. IT-95-17/1-T od 10. Decembra 1998, par. 150, 51-52, <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/bcs/fur-tj981210b.pdf>, 08.03.2013.

prava, nema država, onda se zapravo misli da nema suvereniteta država. Ali ako se već taj suverenitet priznaje, mada se pouzdano zna da je on relativan (na razne načine ograničen) onda nema razloga da se ne prizna i primat međunarodnog prava, čak i uz rezervu da ni on nije potpun.

U protivnom, ako bismo stvari doveli do apsurdna, sve dok su države suverene nije moguće *nikakvo* međunarodno pravo koje ne bi bilo izraz slobodnog pristanka date države da bude vezana odnosnim međunarodnopravnim normama. Međutim, kako na toj osnovi objasniti npr. da univerzalni međunarodnopravni običaji vezuju i države koje nisu učestvovala u njihovom nastanku?

Kada je već reč o načelnim razlozima, može se, naprotiv, primetiti da primat međunarodnog prava, u slučaju njegovog sukoba sa unutrašnjim pravom, logički proističe već iz činjenice da ono reguliše odnose između država, što samim tim znači i da je iznad volje pojedine države. Pri tome:

“države ga i stvaraju da bi uređivalo njihove odnose, kako sa drugim državama, tako i odnose unutar države.”<sup>34</sup>

Po nama, treba voditi računa o tri važna momenta. Prvo, sve više se širi krug odnosa koji su uređeni međunarodnim pravom. Drugo, već postoje, a sva je prilika da će biti i sve brojnije norme međunarodnog prava koje su neposredno izvršne na teritorijama država. I treće, treba razlikovati domen regulisanja međunarodnog prava od pravne snage njegovih normi. Problem primata se javlja samo u onim oblastima koje su istovremeno uređene i međunarodnim i unutrašnjim pravom. Njega nema u onim materijama koje spadaju u domen isključive nadležnosti država (npr. pitanje oblika vladavine). Čitav niz odnosa je i dalje uređen isključivo unutrašnjim pravom država i tako će po svoj prilici biti još dugo. Države će nastaviti da suvereno (samostalno) odlučuju o nekim pitanjima, ali će krug tih pitanja biti sve uži. Ovo naglašavamo zato što ima mišljenja prema kojima „teško je i pretpostaviti da će međunarodno pravo steći potpuni primat, a da se ne ukine princip suvereniteta države“.<sup>35</sup> Nama se, međutim, čini, da te stvari i nisu tako nespojive. Uostalom, i sam suverenitet država je jedna konstrukcija i dobro se zna da je uvek bio više ili manje ograničen.

Sve ukazuje da će, sem u slučaju nekakve globalne katastrofe, svet sve više da se povezuje i pretvara u planetarno društvo, što bi pre ili kasnije trebalo da dovede do nastanka određenog oblika svetske federacije. Tada će po svoj prilici i međunarodno pravo i unutrašnje pravo doživeti

<sup>34</sup> M.Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2010, 78.

<sup>35</sup> Npr. M.Kreća, 70.

transformaciju. Ali čak i tada će države ili drugi oblici organizovane društvene zajednice (države-gradovi, države-kontinenti i sl.) zadržati izvesnu dozu samostalnosti tj. imaće nekakvo svoje, unutrašnje pravo.

### 3. Pretpostavke za stvarni primat međunarodnog prava

Jedno je šta se utvrđuje pravnim aktima, a drugo šta se stvarno dešava u praksi. S tim u vezi, pojedini autori primećuju da „čak i kada priznaju primat međunarodnog prava, države često traže način da taj primat otklone u pojedinačnim slučajevima.“<sup>36</sup>

Mada na prvi pogled tačno, ovo zapažanje je ipak nepotpuno. Suštinski, čak i kada do toga dođe, države ne nastoje da u pojedinačnim slučajevima otklone *primat međunarodnog prava*, već *primenu norme* koju iz nekog razloga smatraju za sebe štetnom ili neprihvatljivom. Na isti način, one će nastojati da otklone i primenu *sopstvene norme*, dakle norme svog unutrašnjeg prava, ako procene da je ona za njih štetna ili neprihvatljiva. Razume se, to nikako neće značiti da osporavaju važenje sopstvenog prava. To su samo neki od slučajeva u kojima politika pokušava da se stavi iznad prava. Takvi slučajevi su iz mnogo razloga nepoželjni i neprihvatljivi, ali nažalost, deo su života.

Postoje dva mnogo ozbiljnija problema. Jedan se odnosi na to da bi pravila međunarodnog prava (pa i rešenja o njegovom primatu) trebalo da u jednakoj meri važe za sve države. Drugi se tiče toga da li na primat međunarodnog prava treba gledati strogo formalno ili voditi računa i o sadržini normi o kojima je reč i načinu na koji su nastale.

#### 3.1. Ista pravila za sve

U međunarodnim odnosima prisutno je nastojanje najmoćnijih država da, zalažući se za striktno poštovanje međunarodnog prava od strane drugih država, nastoje (a ponekad i uspevaju) da za sebe izdejstvuju privilegovanu poziciju, u smislu da mogu da krše međunarodno pravo i to nekažnjeno.

Ovde je zapravo reč o tome da je problem primata međunarodno prava nad unutrašnjim, neodvojiv od prethodnog pitanja, a to je obaveza da

<sup>36</sup> *Ibid.*, 78.

se savesno ispunjavaju međunarodnopravne obaveze. Međutim, činjenica je da najveće sile povremeno krše međunarodno pravo, pa i drastično, a pri tome najčešće čak ne trpe nikakve sankcije. Najbolji primeri su razni oblici kršenja takvog kogentnog pravila kao što je ono o zabrani upotrebe sile i pretnje silom u međunarodnim odnosima. Najveće svetske sile ga povremeno krše (npr. razni oblici oružanih intervencija u drugim zemljama) pa se ipak ne sučeljavaju sa posledicama koje bi neminovno zadesile male i srednje države, ako bi preduzele iste takve akcije.

Međutim, ovde nije u pitanju negiranje primata međunarodnog prava, već se radi o izuzetnim situacijama koje su veoma izboljbe i složene, ali su samo primeri kršenja, a ne i negiranja normi međunarodnog prava. Uostalom, čak i kada preduzimaju ove protivpravne akcije, velike sile se ne dovode u pitanje međunarodno pravo kao takvo, a još manje tvrde da njihovo unutrašnje pravo ima primat nad međunarodnim. One, napotiv, nastoje da nađu kakva-takva obrazloženja i opravdanja u okvirima međunarodnog prava – pa se pozivaju na tzv. preventivnu samoodbranu, pokušavaju da dokažu da međunarodno pravo dozvoljava tzv. humanitarne intervencije i sl.

### 3.2. Koje međunarodno pravo ima primat?

Kad se kaže da međunarodno pravo ima primat nad unutrašnjim, postavlja se pitanje da li na to treba da se gleda formalistički ili, naprotiv, treba voditi računa o sadržini međunarodnopravnih normi i načinu na koji su nastale.

I ovde se zapravo radi samo o izvedenom problemu. Nije pitanje *da li međunarodno pravo ima primat nad unutrašnjim, već šta sve čini međunarodnopravne obaveze države*. Tako se prema savremenom međunarodnom pravu ne može smatrati da u takve obaveze spadaju one koje su nametnute državama u vreme kolonijalne i druge dominacije velikih sila i kojima je tim silama obezbeđeno kolonijalno gospodstvo ili drugi oblik dominacije. Ovo se naročito odnosi na mnoge tzv. neravnopravne

ugovore.<sup>37</sup> Uostalom, i samo međunarodno pravo, predviđa ništavost međunarodnih ugovora, nametnutih silom i na druge nedozvoljene načine,<sup>38</sup> kao što utvrđuje da država koja je bila zavisna teritorija (tj. bivša kolonija) nije nakon sticanja nezavisnosti obavezna da održava na snazi neki ugovor, niti da postane članica tog ugovora zbog činjenice da je na dan sukcesije država ugovor bio na snazi u pogledu teritorije na koju se sukcesija odnosi.<sup>39</sup>

Prema tome, jedan od najvažnijih problema savremenog međunarodnog prava sastoji se u zahtevu da se obezbedi da norme tog prava uvek budu formulisane na demokratski način, u interesu čitave međunarodne zajednice i njenih članova, a ne nametnute od najmoćnijih međunjima, kao i u tome da tako utvrđene međunarodnopravne norme u jednakoj meri važe za sve države, i velike i male, i razvijene i zemlje u razvoju. To su, krupna, izuzetno važna pitanja, koja, međutim, izlaze iz okvira problema odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava.

---

<sup>37</sup> Takvi su skoro svi ugovori o miru (osim kada je rat završen bez pobednika). Iako formalno postoji ravnopravnost i slobodno izražena volja ugovornica, tu se po pravilu radi o diktatu jače strane, koja poraženome nameće svoje uslove mira. Slična situacija je i sa svim drugim ugovorima u kojima ugovorne strane nisu u ravnopravnoj poziciji, što znači da nisu u prilici da slobodno iskažu svoju stvarnu volju. Ipak, ako se uslovi promene, moguće je da takvi ugovori budu poništeni (npr. Minhenski sporazum iz 1938. koji je nametnut Čehoslovačkoj). Posebnu vrstu neravnopravnih ugovora predstavljaju oni kojima je nekim državama silom nametan tzv. režim kapitulacija. Tu se u prvom redu misli na sporazume koje su u prošlosti zapadne sile nametale državama Azije i Afrike, obezbeđujući tako sebi ogromne povlastice i privilegije.

Više: B. Krivokapić, Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd 2010, odrednice: *Kapitulacije, režim*, 398-399; *Neravnopravni ugovori*, 641-642; *Opijumski ratovi*, 704-705 i odrednice na koje se u njima upućuje.

<sup>38</sup> Imaju se u vidu prevara, korupcija predstavnika države, prinuda nad predstavnikom države, prinuda nad državom izvršena putem pretnje ili upotrebe sile (čl. 49-52. Bečke konvencije o ugovornom pravu, 1969).

<sup>39</sup> Član 16. Bečke konvencije o sukcesiji država u odnosu na ugovore (1978).

**Prof. Boris Krivokapić Ph.D**  
Faculty of State Administration  
Megatrend University, Belgrade

## **PRIMACY OF INTERNATIONAL LAW**

### Summary

The paper has three parts. The first one is introductory, where the author explains why there is a primacy of international law. In the second part of the article he answers the most common arguments that challenge this primacy. In the third, concluding part the author notes the existence of another very important problem, which consists in the request that in order to have legitimate primacy, international law must be democratic, one that suits the interests of all members of the international community and not a law that could be turned into an instrument of political and other domination of the most powerful nations.

**Key words:** international relations, international law, internal law, state, international judiciary.

## KAKO SRPSKO PRAVOSUĐE ULAZI U SKRINING ZA POGLAVLJE 23:

### KRITIČKI OSVRT NA NACIONALNU STRATEGIJU REFORME PRAVOSUĐA 2013 - 2018. GODINE I AKCIONI PLAN ZA NJENO SPROVOĐENJE

#### Apstrakt

*U radu autorka iznosi kritički pogled na pojedina pitanja obuhvaćena Strategijom reforme pravosuđa u Srbiji za period 2013.-2018. godine i Akcionim planom za njeno sprovođenje, imajući u vidu činjenicu da su to ključni dokumenti od čijeg će sprovođenja zavisiti pregovori o pridruživanju Evropskoj uniji u poglavljima 23. i 24. Autorka ukazuje na nedoslednosti i nedorečenosti Strategije i Akcionog plana, ali i na dobrodošle planirane izmene normativnog okvira u Srbiji.*

**Ključne reči:** reforma pravosuđa, strategija, pridruživanje EU.

#### 1. Uvodne napomene

Bez dobrog i nezavisnog pravosuđa ne može biti vladavine prava. Dobro pravosuđe i poverenje građana u pravosuđe od ključnog su značaja za svaku državu, dok je postizanje istinske nezavisnosti pravosuđa izazov sa kojim se podjednako suočavaju stare demokratije i države u tranziciji. Za države koje se nalaze na putu pridruživanja ka Evropskoj uniji, kao što je to slučaj sa Srbijom, dobro pravosuđe ne samo što predstavlja imanentnu vrednost koju valja postići, već i ključno pitanje tokom pregovora o pridruživanju. Iskustvo prilikom takozvanog petog pridruživanja Evropskoj uniji (pridruživanja prvo 10 država Centralne

<sup>1</sup> Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd

i Istočne Evrope 2005. godine, i potom još dve - Rumunije i Bugarske - dve godine kasnije), pokazalo je da promene u oblasti vladavine prava predstavljaju dugotrajan i komplikovan proces, te da problemi u vezi sa reformom pravosuđa i borbom protiv organizovanog kriminala nisu bili u potpunosti prevaziđeni<sup>2</sup> - gotovo bez izuzetka, države Zapadnog Balkana bile neuspešne prilikom unošenja evropskih standarda u svoje pravosudne sisteme. Zbog toga je već tokom pregovora sa Hrvatskom uvedeno novo poglavlje - Poglavlje 23 - Pravosuđe i osnovna prava, koje obuhvata pravosuđe, borbu protiv korupcije, osnovna prava i prava građana EU. Istovremeno su pregovori o pridruživanju počeli da se vode u skladu sa novom metodologijom.<sup>3</sup> Nakon iskustva sa pregovorima sa Hrvatskom, Evropska unija je u svojim strateškim dokumentima u vezi sa pridruživanjem za period 2011-2012<sup>4</sup> kao i za period 2012-2013<sup>5</sup> usvojila takozvani "novi pristup", prema kome se prvo otvaraju pregovori za poglavlja 23 i 24 (Pravda, sloboda i bezbednos), uz detaljan analitički pregled (screening), koji podrazumeva i davanje jasnih ciljeva koje država kandidat mora ispuniti. Ideja je tako bi države kandidati trebalo da imaju dovoljno vremena da ostvare stvarni kvalitativni pomak u ovim oblastima pre pridruživanja.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Nozar W., The 100% Union: The rise of Chapters 23 and 24, <http://www.clingendael.nl/publication/100-union-rise-chapters-23-and-24>, 01.09.2013.

<sup>3</sup> Presidency Conclusions, European Council, Brussels, 15 December 2006.

<sup>4</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2011-2012, COM(2011) 666 final, 12.10.2011, 5.

<sup>5</sup> Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013, European Commission, October 2012, Brussels [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2012/package/strategy\\_paper\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/strategy_paper_2012_en.pdf), 03.09.2013.

<sup>6</sup> C. Hillion, "Enlarging the European Union and deepening its fundamental rights protection, *European Policy Analysis, June issue 2013*, 6. Ova metodologija prvi put je primenjena u pregovorima sa Crnom Gorom - v. General EU position – ministerial meeting opening the Intergovernmental Conference on the Accession of Montenegro to the European Union (AD 23/12, 27 June 2012), kao I Outcome of Screening on Chapter 23 for Montenegro: Judiciary and fundamental rights (doc. 17785/12, 14 December 2012).

Istovremeno, reforma pravosuđa tema aktuelna je tema i u zemljama sa dužom demokratskom tradicijom, s tim što su izazovi sa kojima se ove države susreću nešto drugačiji. O tome svedoči i Izveštaj o reformi pravosuđa u Evropi mreže evropskih pravosudnih saveta<sup>7</sup> kao i Deklaracija iz Viljnusa<sup>8</sup>.

Kako se najavljuje,<sup>9</sup> već 25. septembra 2013. godine za Srbiju počinje eskplanatorni skrining za poglavlja 23, 24 i 32. Sa kakvim stanjem, zakonodavstvom i planiranim merama u oblasti pravosuđa Srbija ulazi u ovaj deo procesa pridruživanja?

U ovom radu autorka će se baviti Strategijom reforme pravosuđa, kao ključnim dokumentom kojim se određuje dalji put pravosudnog sistema Srbije i pratećim normativnim aktima.

## 2. Ukratko o strategijama reforme pravosuđa u Srbiji

Prva strategija reforme pravosuđa u Srbiji usvojena je 2006. godine.<sup>10</sup> Strategija je počivala na četiri sledeća ključna načela: nezavisnost, transparentnost, odgovornost i efikasnost, a kao cilj koji je njom postavljen bio je da se uspostavljanjem vladavine prava i pravne sigurnosti vrati poverenje građana u pravosudni sistem Republike Srbije.

Čini se sasvim očiglednim da cilj ove Strategije nije ostvaren. Prema Izveštaju o reformi pravosuđa, koji je objavio Savet za borbu protiv korupcije u aprilu 2012. godine,<sup>11</sup> u Izveštaju o globalnoj konkurentnosti Svetskog ekonomskog foruma za 2001-2012. godinu, Srbija je od ukupno 142 zemlje svrstana na 128. mesto, dok se prema njihovom istraživanju za 2008. i 2009. godinu Srbija nalazila na 106. mestu. Daklje, percepcija nezavisnosti pravosuđa, ključni cilj Strategije iz 2008. godine, pogoršana

<sup>7</sup> European Network of Councils for the Judiciary, "Judicial Reform in Europe 2011-2012", dostupan na [http://www.ency.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/ency\\_report\\_judicial\\_reform\\_def.pdf](http://www.ency.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/ency_report_judicial_reform_def.pdf)

<sup>8</sup> Vilnius Declaration on Challenges and Opportunities for the Judiciary in the Current Economic Climate, usvojena na generalnoj skupštini Evropske mreže pravosudnih saveta održanoj od 8. do 10. juna 2011. godine u Vilnjusu, dostupna na [http://www.ency.eu/images/stories/pdf/GA/Vilnius/ency\\_vilnius\\_declaration.pdf](http://www.ency.eu/images/stories/pdf/GA/Vilnius/ency_vilnius_declaration.pdf)

<sup>9</sup> Tanjug, 12. 9. 2013. godine, "Ružić: Eksplanatorni skrining počinje 25. septembra", <http://www.blic.rs/Vesti/Politika/405013/Ruzic-Eksplanatorni-skrining-pocinje-25-septembra>, 16.09.2013.

<sup>10</sup> Nacionalna strategija reforme pravosuđa Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 44/2006)

<sup>11</sup> Dostupan na <http://www.antikorupcija-savet.gov.rs/izvestaji/cid1028-1965/izvestaj-o-reformi-pravosuua>, 16.04.2013.

je nakon sprovođenja mera za ostvarenje cilja strategije - usvajanja i sprovođenja seta pravosudno-organizacionih zakona.<sup>12</sup> Ni druge mere predviđene strategijom nisu uspešno sprovedene, ili je se uspeh u njihovoj realizaciji može u najbolju ruku oceniti kao delimičan. Svakako da je najveći neuspeh u sprovođenju ove Strategije predstavljao opšti izbor sudija i tužilaca iz 2009. godine - proces koji je samo prividno okončan odlukama Ustavnog suda Srbije iz jula 2012. godine i januara 2013. godine.<sup>13</sup>

U izradu nove strategije reforme pravosuđa Srbija je ušla sa temeljno uzdrmanim pravosudnim sistemom, opterećenim procesom preispitivanja odluka o neizboru sudija i tužilaca, narušenom nezavisnošću najviših predstavnika pravosudne vlasti (Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca)<sup>14</sup> i bitno izmenjenom, ali manje funkcionalnom, mrežom sudova i tužilaštava.<sup>15</sup>

Stoga je nesumnjivo, da se u izradi nove Nacionalne strategije reforme pravosuđa radna grupa koju je imenovalo nadležno ministarstvo našla pred velikim izazovom - trebalo je napisati strateški dokument u kome će biti izloženi izvodljivi, održivi i stvarni pomaci u pravcu jačanja nezavisnosti pravosudnih institucija i poboljšanja kvaliteta propisa i pravosudne prakse u Srbiji, i u tome postići što širi konsenzus svih aktera - Ministarstva, predstavnika pravosuđa i civilnog sektora. Nažalost, to nije bio slučaj, i pokazalo se da je već prilikom izrade Strategije došlo do problema koji do samog njenog usvajanja nisu prevaziđeni, a što je istovremeno nesumnjivo uticalo i na kvalitet konačnog dokumenta.

<sup>12</sup> Ovde se prevashodno misli na sledeće zakone - Zakon o Visokom savetu sudstva (*Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 101/2010 i 88/2011), Zakon o sudijama (*Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 58/2009 - odluka US, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - odluka US i 121/2012), Zakon o uređenju sudova (*Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - dr. zakon, 78/2011 - dr. zakon i 101/2011), Zakon o Državnom veću tužilaca (*Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 101/2010 i 88/2011), Zakon o javnom tužilaštvu (*Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 - dr. zakon, 101/2011, 38/2012 - odluka US i 121/2012), Zakon o sedištim i područjima sudova i javnih tužilaštava (*Službeni glasnik RS*, br. 116/2008)

<sup>13</sup> Odluka VIIIY-413/2012 (objavljena 9. oktobra 2012. godine); Odluka VIIIY-420/2012 (objavljena 24. oktobra 2012); Odluka VIIIY-486/2012 (objavljena 22. novembra 2012. godine); Odluka VIIIY-880/2012 (objavljena 31. januara 2013); i Odluka VIIIY-961/2012 (objavljena 13. februara 2013). Za detaljnu kritiku procesa reforme pravosuđa u Srbiji u periodu od 2008. do 2012. godine v. V. Rakić-Vodinelić, A. Knežević Bojović, M. Reljanović, *Reforma pravosuđa u Srbiji 2008-2012*, Pravni Fakultet Univerziteta Union i JP "Službeni glasnik", Beograd, 2012 godine, dostupno na <http://cups.rs/wp-content/uploads/2013/03/Reforma-pravosuđa-u-Srbiji-prelom.pdf>

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> O ovom pitanju i problemima u vezi sa efikasnošću sudova i pristupom pravdi v. A. Knežević Bojović i M. Reljanović, "Reforma pravosuđa u Srbiji", *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU: prioriteti, problemi, perspektive*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012. 89-118.

### 3. Problemi u izradi Strategije

Izradi nacrtu nove Strategije reforme pravosuđa prethodila je izrada seta nacrtu zakona o izmenama i dopunama uglavnom pravosudnih organizacionih zakona - zakona o sudijama i zakona o uređenju sudova, ali drugih zakona od značaja za pravosuđe, kao što je Krivični zakonik. Ovi nacrti pisani su u izuzetno kratkim rokovima, a oni od njih koji su zadirali u najosetljivija pitanja - zakoni o uređenju sudova, o sudijama i o javnom tužilaštvu - prosleđeni su na mišljenje Venecijanskog komisiji,<sup>16</sup> a potom su unekoliko izmenjeni, ušli u skupštinsku proceduru u junu 2013. godine,<sup>17</sup> ali, do trenutka pisanja ovog rada oni nisu usvojeni.<sup>18</sup>

Sa radom na izradi nove strategije reforme pravosuđa se započelo u januaru 2013. godine, a za to je bila zadužena radna grupa sačinjena od predstavnika Ministarstva, strukovnih udruženja, sudija, tužilaca i advokata, kao i jedan predstavnik civilnog sektora.<sup>19</sup> Rad Radne grupe je bio praćen kontroverzama - 25. februara 2013. godine Udruženje tužilaca Srbije i Društvo sudija Srbije dostavili su pismo ministru pravde kojim ga obaveštavaju o metodološkim nedostacima u izradi strategije kao i o razlozima zbog kojih su se povukli iz daljeg rada na izradi Strategije. Uz pismo je dostavljen i dokument u kome se detaljno navode stavovi Udruženja tužilaca i Društva sudija, pri čemu se jedna od glavnih zamerki odnosi na neodlučnost Ministarstva pravde da se pozabavi pitanjem odgovornosti trenutnih sastava Visokog saveta sudstva i Državnog veća

<sup>16</sup> Opinion no. 709 / 2012 CDL-AD(2013)005 EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) OPINION ON DRAFT AMENDMENTS TO LAWS ON THE JUDICIARY OF SERBIA Adopted by the Venice Commission at its 94th Plenary Session (Venice, 8-9 March 2013), dostupno na [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2013\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2013)005-e)

<sup>17</sup> V. <http://www.parlament.gov.rs/%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B8/%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%B8-%D1%83-%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D0%B4%D1%83%D1%80%D0%B8/%D0%B7%D0%B0%D0%BA-%D0%BE%D0%BD%D0%B8-%D1%83-%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D0%B4%D1%83%D1%80%D0%B8.46.html>, 16.09.2013.

<sup>18</sup> Istovremeno, u Akcionom planu za sprovođenje Nacionalne Strategije reforme pravosuđa (Akcioni plan za sprovođenje Nacionalne strategije reforme pravosuđa, usvojen Zaključkom br. 700-6579/2013. *Službeni glasnik RS* 71/2013, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20za%20sprovodjenje%20Nacionalne%20strategije%20reforme%20pravosudja.pdf>) ističe se da su neke od mera predviđenih planom već ostvarene tokom izrade Akcionog plana, pri čemu se misli na predložene izmene i dopune Zakona o sudijama i Zakona o javnom tužilaštvu.

<sup>19</sup> Radna grupa osnovana je Rešenjem broj 337-00-77/2001-06 od 3. januara 2013. godine. Grupa broji 24 člana. Još i pre formiranja radne grupe, najava da će ulogu koordinatora imati pomoćnik ministra pravde Čedomir Backović izazvala je negativne reakcije civilnog sektora - <http://pescanik.net/2012/10/ko-je-cedomir-backovic>, 16.09.2013.

tužilaca - štaviše, neki od njih su članovi Radne grupe. Ovim je svakako doveden u pitanje legitimitet Strategije. Ipak, ovo pitanje se obrađuje u konačnoj verziji Strategije, što je nesumnjivo pozitivan iskorak. Nadalje, javna rasprava u vezi sa Strategijom organizovana je na veoma neobičan način, sličan onome koji je prethodno sproveden u vezi sa setom izmena pravosudnih zakona.<sup>20</sup> Naime, Strategija je objavljena na internet stranici Ministarstva pravde i javnost je pozvana da svoje komentare i sugestije u vezi sa Strategijom dostavi Ministarstvu.<sup>21</sup> Iako se načelno može pohvaliti otvorenost Ministarstva u pogledu prikupljanja sugestija i predloga, ovakva praksa ipak ima određene nedostatke. Javna rasprava o nekom nacrtu ili predloga podrazumeva višestranu razmenu mišljenja i ideja - sama ideja javne rasprave sastoji se upravo u tome da sve zainteresovane strane saznaju i potencijalno uvažavaju argumente druge strane. Nasuprot tome, dostavljanje komentara i sugestija samo jednom akteru, koji potom donosi jednostranu odluku o tome koje će komentare i sugestije uvažiti, a da pri tom ostali akteri nemaju saznanja o mišljenjima drugih niti imaju priliku da čuju argumente protiv svojih ideja - nije javna rasprava.

#### **4. Nacionalna strategije reforme pravosuđa i Akcioni plan za njeno sprovođenje**

Prve dve radne verzije Strategije reforme pravosuđa, koje su javnosti bile dostupne na internet stranici Ministarstva pravde, i usvojena Nacionalna strategija reforme pravosuđa<sup>22</sup> (u daljem tekstu: Strategija) se međusobno razlikuju, i primetna su određena poboljšanja između druge radne verzije i konačno usvojene Strategije. Ipak, utisak je da se pojedinim merama planiranim Strategijom i Akcionim planom zadire u neka osetljiva pitanja koja nisu bila predmet prethodne javne rasprave i u vezi sa kojima će sigurno biti kontroverzi (kao što je pohađanje Pravosudne akademije kao obavezan uslov za prvi izbor na sudijsku funkciju ili formiranje Komisije za ujednačavanje sudske prakse, o kojima će biti više reči dalje u tekstu). Takođe se čini da je vremenski okvir Akcionog plana postavljen izuzetno ambiciozno, upravo imajući u vidu skrining za Poglavlja 23 i 24 u okviru pregovora o pridruživanju Evropskoj uniji, kako bi se pokazalo postojanje jasnih i konkretnih rezultata u reformi pravosuđa i uopšte u

---

<sup>20</sup> Čiji su nacrti napisani u izuzetno kratkim rokovima, potom je omogućeno davanje komentara na njih a potom i dostavljeni Venecijanskoj komisiji na mišljenje.

<sup>21</sup> <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/703/reforma.php>, 16.09.2013.

<sup>22</sup> Nacionalna strategija reforme pravosuđa, usvojena 1. jula 2013. godine

poboljšanju stanja u pravosuđu, koji su u potpunosti izostali u proteklih 15 meseci.<sup>23</sup> Nažalost, čini se da su istovremeno zanemarene opasnosti koje nosi takav vremenski okvir - nedovoljno promišljanje novih zakonskih rešenja i ograničeno vreme za javnu raspravu i sa njom vezana ograničena podrška stručne javnosti za nova zakonska rešenja - koje su se i prilikom sprovođenja Strategije reforme pravosuđa iz 2006. godine pokazale kao značajan faktor neuspeha reforme.

U daljem tekstu autorka će analizirati odabrana pitanjima u vezi sa ciljevima i merama predviđenim Strategijom i Akcionim planom.

#### 4.1. Ciljevi strategije i Komisija za njeno sprovođenje

Kao cilj Strategije određeno je: “Poboljšanje kvaliteta i efikasnosti pravde, uz jačanje nezavisnosti i odgovornosti pravosuđa, čime se postiže i jačanje vladavine prava, demokratije, pravne sigurnosti, približavanja pravde građanima i vraćanje poverenja u pravosudni sistem”. Veoma sličnu formulaciju sadrži i Strategija razvoja pravosuđa Republike Hrvatske za razdoblje 2013-2018,<sup>24</sup> koja je po strukturi veoma slična srpskoj Strategiji.

Nadalje, Strategija počiva na pet ključnih načela:

- nezavisnost
- nepristrasnost i kvalitet pravde
- stručnost
- odgovornost
- efikasnost.

Transparentnost nije izdvojena kao posebno načelo, već “u vidu strateških smernica prožima sva načela”. Ujedno, Strategijom su identifikovani i prioriteti<sup>25</sup> - hitne mere koje se moraju preduzeti kako bi

---

<sup>23</sup> Pažljiva analiza Akcionog plana pokazuje da je u trećem i četvrtom kvartalu 2013. godine planirano formiranje radnih grupa i izrada čak 22 normativna akta (izrada nacрта zakona o izmenama i dopunama nekih zakona i izrada novih tekstova zakona) kao i sprovođenje drugih važnih aktivnosti, kao što je izrada predloga programa stalne obuke sudija i tužilaca ali i usvajanje pravilnika o vrednovanju rada sudija i javnih tužilaca.

<sup>24</sup> Narodne novine, broj 144/12 - “To su prvenstveno najviši europski standardi u pogledu neovisnosti, nepristrasnosti, stručnosti i učinkovitosti te pravosuđe koje u potpunosti opravdava poverenje građana i cijelog društva čijem napretku služi, koje je dostupno svima bez razlike, utemeljeno na načelima transparentnosti i vladavine prava te potpuno osposobljeno za djelovanje unutar Europske Unije.”

<sup>25</sup> Strategija, str. 3-4

se otklonili utvrđeni problemi, a to su:

- *reintegracija u pravosudni sistem sudija i javnih tužilaca koji su vraćeni na funkciju na osnovu odluke Ustavnog suda i preispitivanje pravosudne mreže*
- *rešavanje zaostalih predmeta*
- *rešavanje predmeta u razumnim rokovima*
- *unapređenje statusa Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca i normativno regulisanje odgovornosti ova dva tela*
- *ujednačavanje sudske prakse*
- *uspostavljanje jedinstvenog sistema e-pravosuđa.*

Odista, neke od mera za koje je Akcionim planom predviđeno da se imaju preduzeti tokom 2013. godine usmerene su na rešavanje problema koji su prepoznati kao prioritetni - na primer, izrada Nacrta zakona o izmenama i dopunama Zakona o visokom savetu sudstva i Zakona o državnom veću tužilaca<sup>26</sup> i Izrada zakona o izmenama o dopunama Zakona o sedištim i područjima sudova i javnih tužilaštava<sup>27</sup>. Ipak, ostaje nejasno kako će se tačno rešiti pitanje reintegrisanja sudija i tužilaca koji su vraćeni na funkciju nakon odluka Ustavnog suda, kao i zbog čega su Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca odabrali da sve sudije “automatski” vrate na funkciju, umesto da primeni mehanizme na koje je u svojim odlukama ukazao Ustavni sud.<sup>28</sup> Što se tiče drugih prioriteta, kao što su rešavanje predmeta u razumnim rokovima i uspostavljanje jedinstvenog sistema e-pravosuđa, jasno je da njihovo postizanje podrazumeva opsežne izmene normativnog okvira kao i značajne tehnološke investicije, te da stoga, iako prioritetni, ovi ciljevi ne mogu biti ostvareni u kratkom roku.

Od izuzetnog je značaja što je u strateško planiranje reforme pravosuđa uvršten i pregled dosadašnjih rezultata reforme pravosuđa.<sup>29</sup> Ipak, analizi nedostaje jedan od ključnih podataka, a to je - tačan broj

---

<sup>26</sup> Mera 1.1.1.1. i mera 1.1.1.2. u Akcionom planu

<sup>27</sup> Mera 2.6.1.8. u Akcionom planu

<sup>28</sup> V. fusnotu 10. Za lakonsku ali suštinsku kritiku ovakvog postupanja VSS i DVT v. T. Spaić, “Vesna Rakić Vodinelić: Vlast nam bacila kosku i mi je sad glodemo”, internet stranica dnevnog lista Blic, 15. 9. 2013. godine, <http://www.blic.rs/Vesti/Politika/405426/Vesna-Rakic-Vodinelic-Vlast-nam-bacila-kosku-i-mi-je-sada-glodjemo>, 17.09.2013.

<sup>29</sup> V. strane 8-16 Strategije

sudija, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca u Srbiji danas.<sup>30</sup> Iako se sasvim logičnim čini da bi se u daljem strateškom planiranju moralo poći od preciznog pregleda postojećeg stanja - a strategiji je, na primer, kao jedan od zaključaka u vezi sa preopterećenošću nosilaca pravosudnih funkcija administrativnim poslovima izneta i potreba da svaki sudija, javni tužilac i zamenik javnog tužioca imaju svog sudijskog, odnosno tužilačkog pomoćnika.<sup>31</sup> Ali, ukoliko je aktuelan broj sudija, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca nepoznat, budžetsko planiranje u vezi sa povećanjem broja sudijskih i tužilačkih pomoćnika je bitno otežano.

Strategijom se predviđa postojanje i rad Komisije za sprovođenje Strategije kao stalnog radnog tela Vlade. Ovo telo je naročito važno ako se ima u vidu učinak koji je postignut sa prethodnom Strategijom reforme pravosuđa. Takođe je pohvalno što je predviđeno da u sastav Komisije ulaze i predstavnici strukovnih udruženja, advokature, profesora pravnih fakulteta, ali je primetno je odsustvo predstavnika civilnog društva, koje bi nesumnjivo bilo korisno. Činjenica da je kao jedan od članova Komisije predviđen i predstavnik Kancelarije vlade za saradnju sa civilnim društvom,<sup>32</sup> koji treba da predstavlja sponu sa civilnim društvom nipošto se ne sme izjednačiti sa učešćem predstavnika civilnog sektora u ovoj Komisiji.

## 4.2. Planirane normativne intervencije

Strategijom reforme pravosuđa i Akcionim planom za njeno sprovođenje planiraju se opsežne normativne intervencije, ali nije uvek jasno šta se tačno želi njima postići.

Ukupan broj zakona u vezi sa kojima su planirane legislativne intervencije iznosi trideset osam<sup>33</sup> - pri tom se izmene određenih akata planiraju u kratkom roku (treći ili četvrti kvartal 2013. godine), dok se istovremeno predviđa izrada novih nacрта istih zakona ili dodatne izmene

---

<sup>30</sup> Što se tiče tačnog broja sudija, on je dostupan u Statistici o radu svih sudova u Republici Srbiji za period 01.01 - 31. 12. 2012. godine, dostupan na [http://www.vk.sud.rs/assets/files/izvestaji/statistika\\_2012.pdf](http://www.vk.sud.rs/assets/files/izvestaji/statistika_2012.pdf), i iznosi 2380.

<sup>31</sup> Strategija, strana 12. Neobično je što se ova ideja ne spominje izričito u Akcionom planu, osim posredno, u strateškoj smernicama 1.2.1. i 5.3.3., kao i u meri 1.5.1.3. - Definisanje statusa sudijskih i javnotužilačkih pomoćnika u cilju zaštite njihovih stečenih prava, s obzirom na promene uslova koji su predviđeni za izbor nosilaca pravosudnih funkcija

<sup>32</sup> Strategija, str. 7

<sup>33</sup> Akcioni plan za sprovođenje Nacionalne strategije reforme pravosuđa

ovih propisa u srednjem roku - na primer, u srednjem roku se planiraju izrade novih nacrti zakona o izmenama i dopunama Zakona o javnom tužilaštvu, zakona o sudijama, Zakonika o krivičnom postupku i slično - što je, čini se, u suprotnosti sa Strateškom smernicom 2.6.1. koja, donekle kontradiktorno, glasi "Kontinuirano usklađivanje zakonodavnog okvira sa razvojem društva, na način koji bi podrazumevao prethodno sprovođenje temeljnih analiza a u cilju izbegavanja učestalih izmena ključnih zakona." Nadalje, Akcionim planom se istovremeno predviđa izrada Nacrta zakona o izmenama i dopunama Zakona o visokom savetu sudstva i Zakona o državnom veću tužilaca u četvrtom kvartalu 2013. godine<sup>34</sup> i izrada Nacrta Zakona o Visokom savetu sudstva i Zakona o Državnom veću tužilaca<sup>35</sup>. Opravdano se može postaviti pitanje zbog čega se dupliraju intervencije u dva zakona kojima se regulišu najviši organi pravosudne vlasti, naročito ako se ima u vidu činjenica da su Akcionim planom već predviđene prelazne mere koje su planirane za treći kvartal 2013. godine<sup>36</sup> a i planira se predlaganje izmena ustavnopravnog okvira koji se odnosi na Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca<sup>37</sup> u dobrodošlom pravcu isključivanja predstavnika zakonodavne i izvršne vlasti iz članstva u ovim telima.<sup>38</sup> Akcionim planom predviđene su izmene procesnih zakona - zakona o parničnom postupku, zakonika o krivičnom postupku, zakona o vanparničnom postupku, zakona o upravnom postupku, zakona o medijaciji - s tim što obim i pravac planiranih intervencija nije uvek jasan.

Osim izmena zakona, Akcionim planom se predviđaju i izmene Sudskog poslovnika, kao i konačno usvajanje pravilnika o vrednovanju rada sudija i javnih tužilaca, uz istovremeni rad na usvajanju pravilnika o tzv. ponderisanju sudskih i tužilačkih predmeta.<sup>39</sup> U tom smislu valjalo bi očekivati da se i postojeća radna verzija Pravilnika o kriterijumima, merilima i postupku za vrednovanje rada sudija i predsednika sudova<sup>40</sup> i Nacrt Pravilnika o merilima za vrednovanje rada javnih tužilaca i

<sup>34</sup> Mere 1.1.1.1. i 1.1.1.2. u Akcionom planu

<sup>35</sup> Mere 2.6.1.23. i 2.6.1.24. u Akcionom planu

<sup>36</sup> Mera 1.1.1.4. u Akcionom planu

<sup>37</sup> Mera 1.1.1.3. u Akcionom planu

<sup>38</sup> S tim što je jasno da izmena ustavnog okvira ne predstavlja jednostavan zadatak i opravdano se može postaviti pitanje hoće li to takve izmene Ustava uopšte doći u petogodišnjem periodu koji Strategija obuhvata.

<sup>39</sup> Strateška smernica 5.1.7.

<sup>40</sup> Dostupna na <http://www.vss.sud.rs/doc/Radna-verzija-pravilnika-o-kriterijumima-merilima-i-postupku-za-vrednovanje-rada-sudija-i-predsednika-sudova.pdf>

zamenika javnih tužilaca izmene.<sup>41</sup> Opravdano očekujemo da će radne grupe kojima je već poverena ili kojima će biti poverena izrada nacrtu zakonskih i podzakonskih akata imati na umu ne samo svoj neposredni cilj, već i šire ciljeve strategije, te da će strateške smernice kao što su je Strateška smernica 5.3.1., kojom se predviđa šira primena uprošćenih procesnih formi i instituta (sporazum o priznanju krivice, preusmeravanje stranaka ka metodama alternativnog rešavanja sporova) biti valjano prepoznate i prilikom izrade podzakonskih akata koji se odnose na vrednovanje rada sudija i tužilaca. Obimne i brojne intervencije, kao što se pokazalo u primeni prethodne Strategije, često za rezultat imaju neusaglašenost normativnih rešenja u različitim propisima, što se može nepovoljno odraziti i na građane i na nosioce pravosudnih funkcija.

Od izuzetnog je značaja to što je Strategijom predviđena izrada nacrtu zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći, kao i institucionalna podrška za pravnu pomoć, te analiza rezultata primene i troškova sistema koji će biti uveden.<sup>42</sup> Ipak, čini se da je zanemarena činjenica da se već od 1. oktobra 2013. godine počinje sa punom primenom Zakonika o krivičnom postupku i njime predviđene tužilačke istrage, u kojoj je za puno poštovanje okrivljenog takođe značajna uloga kvalitetne i stručne odbrane, a da je Zakonikom<sup>43</sup> propisano da branilac u postupku može biti samo advokat, dok je, slično, Zakonom o parničnom postupku propisano da besplatni punomoćnici stranke u postupku mogu biti samo advokati.<sup>44</sup> Dakle, zanemarena je činjenica da je za veliki broj stranaka u parničnim postupcima i okrivljenih u krivičnim postupcima pitanje toga ko im pruža besplatnu pravnu pomoć itekako akutno.

Nadalje, Strategijom i Akcionim planom obuhvaćene su i dve nove pravosudne profesije - javni beležnici i sudski izvršitelji. Kao što je poznato, još Strategijom reforme pravosuđa iz 2006. godine planirano je uvođenje javnih beležnika u pravni sistem Srbije (tom Strategijom je bilo planirano da beležnici rade kao nezavisna pravosudna profesija već u toku 2011. godine), ali je Zakon o javnom beležništvu usvojen tek 2011. godine, dok komora javnih beležnika još uvek nije konstituisana, zbog malog broja kandidata koji su uspeli da polože javnobeležnički ispit.

---

<sup>41</sup> Dostupan na <http://www.dvt.jt.rs/doc/Nacrt%20Pravilnika%20o%20merilima%20za%20vrednovanje%20rada%20javnih%20tužilaca%20i%20zamenika%20javnih%20tužilaca%20-%20jun%202013.pdf>

<sup>42</sup> Mere za primenu Strateške smernice 2.5.1.

<sup>43</sup> Član 73. Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013

<sup>44</sup> Član 170. Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 i 74/2013

Akcionim planom<sup>45</sup> se planira i analiza potrebe izmene Zakona o javnom beležništvu, koji još uvek nije počeo da se primenjuje, u pravcu promene pravne prirode akata javnih beležnika – iz teksta Akcionog plana nije jasno da li je planirani cilj ovih potencijalnih izmena i dopuna ukidanje svojstva izvršnosti javnobeležničkih zapisa ili ne.<sup>46</sup>

Jedna od svakako najinteresantnijih ideja u novoj Strategiji reforme pravosuđa jeste ona koja se odnosi na ujednačavanje metodologije izrade sudske presuda i ujednačavanje sudske prakse.

Merom 2.7.4.1 Akcionog plana predviđa se uspostavljanje jasne metodologije izrade presuda i sažetaka presuda, i to posebno po ugledu na persude Evropskog suda za ljudska prava. Uz sve pohvale ideji da je potrebno poboljšati kvalitet sudskih odluka (pri čemu je, čini se, zanemaren kvalitet tužilačkih akata) na prvi pogled je nejasno zbog čega su kao primarni uzor uzete presude Evropskog suda za ljudska prava. Ipak, pažljivo čitanje ostalih mera u Akcionom planu daje odgovor na ovo pitanje - zbog toga što je već sledeća planirana mera usmerena na to da se sudovi bave ujednačavanjem sudske prakse u trenutku kada donose svoju odluku, “a ne kasnije, pošto je sudska odluka već doneta, uzimajući u obzir stavove koji su zauzeti u ranijim sudskim odlukama u istoj činjeničnopravnoj situaciji”.<sup>47</sup> U tom slučaju jasno zbog čega se kao uzor uzimaju presude Evropskog suda za ljudska prava - u njima se detaljno iznosi kako činjenično stanje, tako i izvori prava (međunarodni i nacionalni) koji su od značaja za donošenje konkretne odluke, a presude se sistematizuju prema članu ili članovima Konvencije zbog čijeg je navodnog kršenja predstava podneta, čime se olakšava praćenje sudske prakse i utvrđivanje činjeničnog i pravnog stanja, te sličnosti sa drugim predmetima. Ako bi sudije u Srbiji valjalo da pre donošenja svoje odluke u nekom predmetu ispitaju celokupnu sudsku praksu u Srbiji, onda bi im ovakva sistematizacija, kao i postojanje sažetaka sudskih odluka taj posao nesumnjivo olakšala. U neposrednoj vezi sa planiranim zadatkom ujednačavanja sudske prakse jeste i planirano osnivanje Sertifikacione komisije, tela za koje je planirano da se osnuje pri Vrhovnom kasacionom sudu i da se bavi<sup>48</sup> sertifikovanjem sudskih odluka. Članovi ovog tela trebalo bi da budu predstavnici odeljenja sudske prakse apelacionih sudova i Vrhovnog kasacionog suda, a kroz proces sertifikacije bi se

---

<sup>45</sup> Mera 5.4.3.1.

<sup>46</sup> Up. član 85 Zakona o javnom beležništvu, *Sl. glasnik RS* br. 31/2011, 85/2012, 19/2013

<sup>47</sup> Aktivnost za Meru 2.7.4.2. u Akcionom planu

<sup>48</sup> Mere 2.7.1.1. - 2.7.1.3. u Akcionom planu

ujednačavala sudska praksa. Istovremeno se planira ukidanje instituta načelnog stava Vrhovnog kasacionog suda - štaviše, predlogom Zakona o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova koji je trenutno u skupštinskoj proceduri<sup>49</sup> u članu 13. predviđa se da se briše nadležnost Vrhovnog kasacionog suda da utvrđuje načelne pravne stavove radi jedinstvene sudske primene prava, jer, kako se navodi u obrazloženju “Ustav Republike Srbije ne poznaje načelne pravne stavove Vrhovnog kasacionog suda kao izvor prava na osnovu kojeg se donose sudske odluke”. Umesto toga, članom 13. ovog Predloga propisuje se da Vrhovni kasacioni sud obezbeđuje jedinstvenu sudska primenu prava i jednakost stranaka u sudskim postupcima”.

Ideja da bi sudije valjalo da prate kako njihove kolege sude u istim ili sličnim predmetima i da ujednačavanje sudske prakse vodi većoj pravnoj sigurnosti, te boljem položaju stranaka u postupcima pred sudom je ideja kojom se takođe bave i druge države u regionu.<sup>50</sup> Međutim, čini se da je ideja formiranja Sertifikacione komisije kao posebnog mehanizma putem kojeg se obezbeđuje ujednačena sudska praksa za sada jedinstvena za Srbiju. Iz tekstova Strategije i Akcionog plana nije jasno tačno kakva bi normativna ovlašćenja imala ova komisija (na primer, da koristi neko pravno sredstvo u postupku pred Vrhovnim sudom u slučaju nejednake sudske prakse kada je činjenično i pravno stanje isto) i da li bi se članovi Komisije mogli menjati u zavisnosti od materije o kojoj se radi i rada specijalizovanih sudova (privredni i upravni sudovi). Nesumnjivo je da ideja izložena u Akcionom planu ima uporište i u stavovima sudija iskazanim u vezi sa ovim pitanjem – konkretno, sa analizom sudije Vujičića u vezi sa ujednačavanjem sudske prakse u građanskopravnoj materiji, objavljenoj u Biltenu Vrhovnog kasacionog suda. Nažalost, rešenje ponuđeno Akcionim planom ne nudi mnogo razrađeniji opšti model od prilično načelnih predloga autora u konkretnoj oblasti. Ostaj da autori tekstova Strategije i Akcionog plana iznesu svoj predlog na otvoreniju i široku javnu raspravu.

Akcionim planom takođe se planiraju izmene procesnih zakona – iako se iz samog Akcionog plana, ponovo, ne vidi tačno u kom pravcu su te izmene usmerene. Jasno je da česte promene ključnih procesnih zakona

<sup>49</sup> [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2411-13.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2411-13.pdf)

<sup>50</sup> E. Durutović, referat “Ujednačavanje sudske prakse”, dostupan na <http://sudovi.me/cenp/zakoni-i-drugi-propisi/>, 17.09.2013. A. Jaganjac, “Ujednačavanje sudske prakse”, uvodno izlaganje sa 6. konferencije predsjednika sudova u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 12. i 13. maj 2010. godine. U vezi sa uporednom evropskom praksom osiguravanja ujednačenog tumačenja prava v. naročito D. Aviani, D. Đerđa, “Uniformno tumačenje i primjena prava te jedinstvenost sudske prakse u upravnom sudovanju”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49, 2/2012., 369.-394

predstavljaju problem i za nosioce pravosudnih funkcija, koji moraju da se valjano pripreme za primenu novih normativnih rešenja, i za građane, jer česte izmene zakona nesumnjivo ne vode pravnoj sigurnosti. Sa druge strane, pokazalo se da su brojna rešenja ključnih procesnih pretrpela ozbiljne kritike naučne javnosti i pravnih praktičara<sup>51</sup> i da su promene odista neophodne. Ipak bi pre ponovnih značajnih promena ovih propisa valjalo sprovesti ozbiljnu i sveobuhvatnu javnu raspravu.

Još jedan bitna novina koja se planira jeste uspešno okončanje početne obuke na Pravosudnoj akademiji kao obavezan uslov na prvi izbor na sudijsku funkciju. U ovom trenutku se planira samo da se kandidatima koji su uspešno okončali ovu obuku pruži “prednost” – tačnije, Visoki savet sudstva će, kada se usvoje Izmene i dopune zakona o Sudijama, biti dužan da na izbor za sudijsku funkciju predloži kandidata koji je okončao ovu obuku,<sup>52</sup> dok se planira i izmena ustavnog i zakonskog okvira kako bi se pohađanje i uspešno okončanje početne obuke na Pravosudnoj akademiji bude obavezan uslov za prvi izbor nosilaca pravosudnih funkcija.<sup>53</sup> Istovremeno se planiraju i značajna poboljšanja u pogledu načina rada i funkcionisanja Pravosudne akademije<sup>54</sup>, ali ono što nedostaje jeste ozbiljna analiza programa početne obuke na Pravosudnoj akademiji i njegovih eventualnih nedostataka, a još uvek nije moguća analiza rezultata rada onih kandidata koji su uspešno okončali početnu obuku na Pravosudnoj akademiji i imenovani su na pravosudne funkcije, budući da je prva generacija polaznika okončala obuku u februaru 2013. godine. Uz to, Strategijom i Akcionim planom planira se uvođenje obavezne stalne obuke za nosioce pravosudnih funkcija, administrativno osoblje u sudu, sudijske i tužilačke pomoćnike, kao i za izvršitelje i javne beležnike. Nesumnjivo je da trenutni kapaciteti Pravosudne akademije nisu takvi da bi ona mogla uspešno da odgovori na ovakve zahteve i da tako velikom broju korisnika pruži kvalitetnu obuku.

---

<sup>51</sup> Za pregledan prikaz kritike Zakonika o krivičnom postupku i Zakona o parničnom postupku v. A. Knežević Bojović i M. Reljanović, “Reforma pravosuđa”, *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU: Prioriteti, problemi, perspektive*, Institut za uporedno pravo, 2012, 89-118

<sup>52</sup> Član 17. Predloga zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama, dostupnog na [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2412-13.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2412-13.pdf)

<sup>53</sup> Strateška smernica 1.4.2.

<sup>54</sup> V. mere predviđene za sprovođenje strateškog cilja 3.2 – Unapređenje početne obuke na Pravosudnoj akademiji i povećanje njenog značaja prilikom prvog izbora za nosioce pravosudnih funkcija do uspostavljanja Pravosudne akademije kao obaveznog uslova za prvi izbor nosilaca pravosudnih funkcija.

## 5. Preporuke

Strategija reforme pravosuđa i Akcioni plan za njeno sprovođenje napisani su prilično ambiciozno, ali povremeno i neprecizno. Konačna verzija Strategije se razlikuje od njenih radnih verzija – što svedoči o tome da su prilikom izrade Strategije ipak uzimane u obzir preporuke i sugestije stručne i naučne javnosti, kao i da je rad na pisanju Strategije odista bio proces sagledavanja potreba pravosuđa u Srbiji. Sa druge strane, veliki deo javne rasprave bio je zapravo “jednosmerna ulica”, i razlozi zbog kojih su neka rešenja usvojena nisu do kraja objašnjeni javnosti. Istovremeno, usvojeni Akcioni plan sadrži mere koje su prilično neodređene prirode – naročito one koje su usmerene na izmenu ključnih procesnih zakona. Ovakva nedorečenost Akcionog plana može značiti da će konkretne izmene zavisiti od temeljne analize prakse i biti rezultat javne rasprave dok, sa druge strane, obeshrabruje činjenica da je propuštena prilika da se identifikuju kao prioritetni oni problemi na koje je već ukazala nauka i praksa.

Istovremeno, očekuje se usvajanje novog Zakona o sedištimama i područjima sudova i javnih tužilaštava, koji bi trebalo da, uz izmene stvarne nadležnosti viših i osnovnih sudova planirane Izmenom zakona o sudovima kao i izmene Zakona o sudijama, kojima će se omogućiti raspoređivanje sudija u nove sudove,<sup>55</sup> olakša pristup pravdi građanima i omogućiti ravnomernu opterećenost sudova i sudija. Povećanje broja osnovnih sudova nesumnjivo predstavlja pozitivan iskorak, ali ostaje da se vidi da li će se i ovom revidiranom pravosudnom mrežom postići željeni rezultati u punoj meri.<sup>56</sup>

Kako bi se izbegle neke od velikih grešaka prethodne reforme i uspešno izgradilo nezavisno i dobro pravosuđe, neophodno je u sprovođenje mera planiranih Akcionim planom uključiti sve ključne aktere, uključujući naročito predstavnike sudija, tužilaca ali i civilni sektor i naučnu javnost, i uložiti neophodan oprez prilikom planiranja konkretnih zakonodavnih intervencija. Izgradnja stabilnog i valjanog pravosudnog sistema nije sprint, već maraton, za koji je potrebna što šira podrška, odlučnost i racionalno planiranje.

---

<sup>55</sup> V. član 6. Predloga zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama, dostupnog na [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2412-13.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2412-13.pdf)

<sup>56</sup> Kako se ističe u preporukama u vezi sa pravosudnim reformama u EU (v. [http://www.ency.eu/index.php?option=com\\_content&view=article&id=136%3Ajudicialreform&catid=31%3Ajudicialreform&Itemid=245&lang=en](http://www.ency.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=136%3Ajudicialreform&catid=31%3Ajudicialreform&Itemid=245&lang=en), 16.09.2013.), uštede koje se mogu postići racionalizacijom pravosudne mreže mogu biti vidljive tek nakon većeg broja godina – utoliko je veći značaj.

**Ana Knežević Bojović, Ph.D.**

Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

## **HOW DOES THE SERBIAN JUDICIARY BEGIN THE SCREENING PROCESS FOR CHAPTER 23:**

### **A CRITICAL OUTLOOK ON THE NATIONAL JUDICIAL REFORM STRATEGY 2013-2018 AND THE ACTION PLAN FOR ITS IMPLEMENTATION**

#### Summary

The author presents her brief critical account of selected issues covered by the Serbian National Judicial Reform Strategy 2013-2018 and the Action Plan for its Implementation, having in mind the fact that these are the two documents the implementation of which will be a key issue in the EU accession negotiations for the Chapters 23 and 24. The author identifies some of the deficiencies and drawbacks of both the Strategy and the Action plan, but also comments on planned welcome changes to the Serbian regulatory framework.

***Key words:*** judicial reform, strategy, EU accession

## ХЕГЕМОНИЈА ДРЖАВНОГ И АУТОНОМИЈА ЦРКВЕНОГ ПРАВА У СР НЕМАЧКОЈ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

### Апстракт

*Овај рад анализира границе и прожимање државног и аутономног права цркава и верских заједница у СР Немачкој и Републици Србији у којима је однос између државе и цркава и верских заједница заснован на начелу кооперативне одвојености. Државно и аутономно право цркава и верских заједница чине различити скупови правних норми. Иако однос између државног и аутономног права цркава и верских заједница не може унапред и у свему бити одређен једном општом формулом, тенденција је да су пресеци ових скупова ужи на пољу верског идентитета цркава и верских заједница, када је аутономно право независно од државног, и шири у питањима вршења јавних служби од стране цркава и верских заједница, у ком случају је аутономно право зависно од државног права.*

**Кључне речи:** државно право, аутономно право, цркве и верске заједнице.

\*

\* \*

Аутономија представља облик организовања у коме одређене територије или социјалне групе, због своје особености, имају посебан статус и аутономна права. Скуп тих аутономних права, средстава за њихово остваривање и посебна организација, сачињавају аутономни статус тих територија и социјалних група у оквиру једне државе која

<sup>1</sup> Научни сарадник, Институт за упоредно право Београд

својом вољом гарантује такав статус.<sup>2</sup> Такав, аутономни статус, имају и цркве и верске заједнице, нарочито у уставним системима у којима не постоји државна црква, већ је однос између цркве и државе уређен на начелу стриктне, или кооперативне одвојености. Будући да цркве и верске заједнице уживају аутономију спрам државе и стварају и примењују аутономно право, поставља се питање односа између државног и аутономног црквеног права. Та два правна система могу да буду дубоко повезана и прожета, не само у свом настанку и дубљем филозофско – идејном значењу, већ и у практичном нормирању и остваривању. Због тога, једно од основних питања њиховог сагледавања, како теоријског карактера, тако и практичног значаја, постаје управо питање утврђивања граница хегемоније државног и аутономије црквеног права. У овом раду биће сагледан однос између државног и аутономног црквеног права у СР Немачкој и Републици Србији. Први корак у таквој анализи је утврђивање појма и карактера аутономног права цркава и верских заједница које зависи од обима аутономије цркава верских заједница.

## 1. Аутономија и аутономно право цркава и верских заједница

Аутономија цркава и верских заједница може да буде, у ширем смислу, сагледана као троструки концепт – као скуп правних односа, када је по среди *формални концепт* црквене аутономије, као морално-политичко оправдање одређених правних односа, када је реч о *нормативном концепту* црквене аутономије и као својеврсни стандард, односно мерило таквих односа, када се заправо ради о *доктринарном концепту* црквене аутономије.<sup>3</sup> Под аутономијом цркава и верских заједница, у ужем, или формалном смислу, може да се подразумева право верских организација да одлучују и управљају својим унутрашњим верским пословима, без ометања од стране институција јавне власти.<sup>4</sup> Аутономија цркава и верских заједница резултат је посебног статуса који у друштву и држави имају верске установе и организације, било да је реч о режиму државне цркве,

<sup>2</sup> Д.Митровић, „Аутономија као појам и облик, О смислу, врстама и домашјима аутономије“, *Анали Правног факултета у Београду*, вол.51/3-4/2003, 417

<sup>3</sup> R.R.Garet, „Three Concepts of Church Autonomy“, *Brigham Young University Law Review*, 12/1/2004, 1352-1358

<sup>4</sup> C.Durham, „The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View“, in G.Robbers (ed.), *Church Autonomy: A Comparative Survey*, 2001, 687

признате цркве, или о систему одвојености државе и цркве.<sup>5</sup> Тај посебан статус који узрокује аутономни положај цркава и верских заједница може да буде изричито прокламован уставом одређене државе, а уколико то није, аутономија цркава и верских заједница може да проистиче из уставног начела о одвојености државе и цркава и верских заједница. Дакле, аутономија цркава и верских заједница може да буде и најчешће јесте, изричита или имплицитна *уставна категорија*. Она је нераскидиво повезана и са слободом вероисповести, па се, у том смислу, у литератури истиче да у сваком случају, заштита права верских заједница на аутономију, нарочито у структуисању њихових верских послова, лежи у самој сржи слободе вероисповести.<sup>6</sup>

Шта чини садржину аутономије цркава и верских заједница? У литератури се, у најширем смислу, истиче да је верска аутономија од виталног значаја јер дозвољава верским организацијама да дефинишу специјалну мисију, да одреде како свештенство и црквене власти испуњавају њихову мисију, као и да одреде природу и степен институционалне интеракције са ширим друштвом.<sup>7</sup> У радовима посвећеним појму аутономије, указује се да се верска аутономија данас огледа у изузимању црквених особа из надлежности државних судова и њиховом стављању под јурисдикцију црквених органа, у учешћу црквених представника у тзв. мешовитим судовима који решавају спорове између црквених и световних лица, као и у интеграцији са световним правом поводом регулисања неких односа међу мирјанима (брак, дела против службеног морала, лажно сведочење, итд). Посебно се указује да израз верске аутономије представља и црквено право.<sup>8</sup> У делу домаћих радова посвећених државном црквеном праву сматра се да у основна права која цркве и верске заједнице имају на основу аутономије спадају: право на самоодређење, односно право да буде призната не само историјска, већ и есхатолошка димензија цркве, право да самостално уређују и спроводе свој поредак и организацију и да самостално и слободно обављају своје унутрашње и јавне послове, право да буду носиоци и генератори правног субјективитета, односно да својим организационим јединицама и установама дају и укидају својство правног лица, јесмтво државе да неће ометати примену аутономне правне регулативе цркава и верских

<sup>5</sup> Д.Митровић (2003.), 430

<sup>6</sup> С. Durham, 683

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Д.Митровић (2003.), 430

заједница, право да своју културу и своја духовна искуства преносе и шире преко јавног медијског сервиса, као и кроз образовни систем, односно право да организују и изводе наставу веронауке и право да самостално управљају својом имовином и новчаним средствима, у складу са сопственим аутономним прописима.<sup>9</sup> Са друге стране, у радовима посвећеним црквеном праву јасно се истиче да у Цркви постоје две аутономије: спољашња коју Црква има у односу према држави, и унутрашња која је у самој Цркви, у њеном унутрашњем организовању и функционисању.<sup>10</sup>

Будући да аутономија као право на самоорганизацију подразумева *аутономна права* која обухватају и *аутономно право, односно аутономну нормативну делатност*, пажњу треба усмерити на питање шта све може да буде предмет такве нормативне делатности, односно шта је аутономно право? У теорији се истиче да као што нема општеприхваћеног значења појма право, тако још увек не постоји сасвим јасно и одређено значење термина аутономно право.<sup>11</sup> Том термину придаје се пет главних значења: аутономно право као теоријски појам, подсистем права, извор права, право рада и као аутономно право идентитета.<sup>12</sup> Насупрот државном праву као систему норми које стварају и намећу државни органи, аутономно право заправо представља један или више система, или подсистема норми које не стварају и не намећу државни органи, већ неки други друштвени субјекти.<sup>13</sup> У ужем значењу назив аутономно право се користи за све друштвене норме које располажу свим својствима права укључујући ту и државну санкцију. У другом, ширем значењу аутономним правом називају се и све оне друштвене норме које држава не санкционише, али које садрже већину заједничких својстава права, којима располажу и државно и аутономно право: спољашњост, хетерономност, друштвеност, регулативност, мерљивост, прецизност итд.<sup>14</sup> Схватања аутономног права у ужем и ширем смислу заправо одржавају различите степене зависности аутономног од државног

<sup>9</sup> М.Радуловић, *Обнова српског државно-црквеног права*, Београд 2009., 118

<sup>10</sup> „Ако погледамо како функционише Православна црква, уочићемо да су епархије аутономне у односу према Патријаршији, као што су и манастира аутономни у одређеном домену у односу на епархију... Сваки се управља самостално на основу канона у оквиру своје надлежности...“ - Д.Перић, *Црквено право*, Београд 2006., 155.

<sup>11</sup> Г.Вукадиновић, „Врсте аутономног права и схватања правног плурализма“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2012, 45.

<sup>12</sup> Д.Митровић, *Аутономно право*, Београд, 2007., 25.

<sup>13</sup> И.Висковић, *Теорија државе и права*, Загреб 2001., 288

<sup>14</sup> Д.Митровић (2007), 26

права. У том смислу, у теорији се разликују *зависно аутономно право*, које постоји ако се недржавне норме доносе по овлашћењу, или у присилним оквирима државних норми, као и када су тражења из недржавних норми заштићена државном санкцијом и *независно аутономно право* које постоји ако су тражења и санкције из недржавних норми слободна творевина разних друштвених субјеката, све до њихових властитих казни против прекршитеља.<sup>15</sup>

Аутономно право цркава и верских заједница је појам којим се могу означити различити појавни облици права и њега не треба, увек и у свему, поистоветити са *црквеним правом* схваћеним као права које прописују саме цркве (и верске заједнице), а којима се уређује положај, организација и делатност цркава и цркава унутар друштва.. Будући да је аутономно, њега најпре треба разликовати од државног црквеног права као скупа *државних* правних норми које чине посебну грану правног система чији је предмет регулисања правни положај цркава и верских заједница и њихов однос према држави.<sup>16</sup> У теорији се истиче да је могуће створити читаву типологију црквеног права, јер постоји *више врста аутономног црквеног права*. Према тој типологији, прва врста аутономног црквеног права било би црквено (аутономно) право у чистом зависном односу према држави које је интегрисано у оквиру датог правног поретка и које се остварује ослоном на државну принуду. Друго је црквено право као нека врста мешовитог – децентрализованог јавног или придруженог друштвеног права, док би треће било независно црквено право у чистом и независном односу према држави које би своју интегративну улогу остваривало без ослона на државу, њену принуду и право.<sup>17</sup>

Назначена типологија заправо сугерише да се аутономно црквено право састоји од више скупова правних норми и свој ослонац налази у различитој мери и врсти зависности аутономног од државног права. Будући да се постојање различитих скупова правних норми аутономног црквеног права који се и међусобно могу преклапати темељи на различитој мери и врсти зависности од државног права, поставља се питање на који начин таква типологија опредељује разлике и пресеке скупова норми државног и аутономног

<sup>15</sup> И.Висковић, 289

<sup>16</sup> С.Аврамовић, Прилози настанку државно – црквеног права у Србији, Београд 2007., 11

<sup>17</sup> Д.Митровић, „Сергије Викторович Троицки о месту црквеног права и његовом односу са државним правом“, у А.Раковић, В.Ђурић (ур.), Право, вера, култура, Зборник радова научног скупа Право и вера одржаног на Правном факултету и Православном богословском факултету у Београду 18.- 19. маја 2011, Београд 2012., 78,79

права? Другим речима где су границе између хегемоније државног и аутономности црквеног права, да ли су границе истоветне у свим врстама и скуповима норми аутономног црквеног права и да ли је назначена типологија препозната у позитивном праву и пракси уставних и редовних судова појединих држава? У савремено доба, проблем граница између хегемоније државног и аутономног права цркава и верских заједница добија посебан значај, нарочито у контексту питања као што су докле одредбе права о људским правима, државног радног законодавства, или поштовања уговора имају утицај и представљају основ за државну интервенцију у унутрашње односе у оквиру верских организација.

## **2. Аутономија и аутономно право цркава и верских заједница у СР Немачкој**

Аутономија цркава и верских заједница је у СР Немачкој уставом загарантована. Основни закон СР Немачке од 1949, осим што, као једно од основних права, гарантује право верске слободе, односно слободу веровања, слободу савести, слободу религиозних и филозофских убеђења (члан 4. ст.1), и право свакога да упражњава своју религију без ометања (члан 4. ст.2). садржи и одредбе о односу између државе и цркава и верских заједница, као и о њиховом правном статусу. У том погледу немачки устав у свему усваја решења садржана у некадашњем Вајмарском уставу. Члан 140 Основног закона прописује да су чланови 136. 137. 138. 139 и 141. бившег Вајмарског устава интегрални део Основног закона. Вајмарски устав од 1919. установио је одвојеност државе и цркве и изричито прописао у члану 137. ст.1. да не постоји државна црква. У ставу 2. истог члана, Устав је зајамчио слободу образовања верских удружења која, према ставу 3. организују и администрирају (управљају) своје послове независно, у оквиру закона који важи за све, имају право на самоодређење које постоји независно од правног статуса верског удружења и именују своје званичнике без учешћа државе и цивилног друштва. Вајмарски устав је полазећи од затеченог стања, у ставу 5. члана 137. прописао да ће верске заједнице задржати статус корпоративних лица по јавном праву (правних лица јавног права) ако су, и у мери у којој су, тај статус уживале у прошлости, док је за остале верске заједнице предвиђено да ће им иста права, односно правни статус правних лица јавног права, бити признат на њихов захтев, ако њихов устав,

односно уређење и број чланова представљају гаранцију сталности. Јавноправни субјективитет цркава и верских заједница по Уставу значи да оне имају право да наплате порез у складу са законима федералних јединица.<sup>18</sup>

У теорији се немачки модел односа између државе и цркава и верских заједница карактерише као средњи приступ, између постојања државне цркве и стриктне одвојености.<sup>19</sup> Такав „средњи“ приступ, не објашњава се само уз помоћ одређења према коме у Немачкој не постоји државна црква, нити одвојеност у смислу лаицизма, већ се истиче да је реч о форми сарадње чија садржина могу да буду, и у суштини јесу, различити типови државне помоћи, али која поставља баријеру увођењу поретка државне цркве у правну структуру и забрањује привилегије специфичним деноминацијама.<sup>20</sup> Савезни уставни суд стоји на становишту да је уставни модел односа између државе и цркава и верских заједница „хромо одвајање“<sup>21</sup>

Као што је истакнуто, Устав СР Немачке прописује да ће верска удружења организовати и управљати својим пословима независно, у оквиру закона који важи за све, као и да ће додељивати службу (звања – свештенички статус) без учешћа државе или цивилног друштва. У немачкој теорији и јуриспруденцији изложена одредба Устава тумачи се као право на самоодређење верских заједница. Немачки теоретичари истичу да, заједно са слободом вероисповести и одвојеношћу државе и цркве, признавање права на самоодређење црквама и верским заједницама представља „трећу колону“ уставног уређења система државно-црквених односа.<sup>22</sup> Заправо, оба аспекта индивидуалне слободе вероисповести и одвојеност државе и цркве,

---

<sup>18</sup> Изложене одредбе нису биле једине норме којима је Вајмарски устав уређивао правни положај цркава и верских заједница. Чланом 138. предвиђено је да ће право верских удружења на државну помоћ, на основу закона, уговора или по другом правном основу, бити регулисано законима федералних јединица, на основу начела која ће одредити Рајх. Истим чланом гарантована су право на имовину и друга права верских удружења у погледу њихових институција, установа и других добара која служе богослужењу, образовању и добротворној делатности. До мере до које постоји потреба за верском службом и пасторалном негом у војсци, у болницама, у затворима или у другим јавним институцијама, Устав је дозволио верским удружењима да изводе верске акте, али без присиле било које врсте.

<sup>19</sup> G.Robbers, „State and Church in Germany“, in G.Robbers (ed.), State and Church in the European Union, 2005., 80

<sup>20</sup> E.L.Barnstedt, „Constitutional Jurisprudence in the Area of Freedom of Religion and Beliefs, Germany“, in Legal Aspects of Religious Freedom, International Conference Legal Aspects of religious Freedom, Ljubljana, 2008., 103

<sup>21</sup> BVerfGE 42, 312 (331)

<sup>22</sup> A.F.Campenhausen, „Church Autonomy in Germany“, in G.Robbers (ed.), (2001.), 77

узети заједно, конституишу оно што се у теорији<sup>23</sup> и у јуриспруденцији Уставног суда<sup>24</sup> означава појмом државне неутралности које, уз начела толеранције и паритета, чини основно начело немачког државног црквеног права. Неутралност значи и немешање у унутрашње послове верске заједнице. Све верске заједнице уживају веома широко самоопредељење или аутономију. Све оне уживају низ олакшица или посебан обзир у вези са законима о раду и законима о заштити података, итд.<sup>25</sup> Устав, не само да им даје неку врсту права самоуправе, већ им признаје право на самоопредељење, њихову потпуну слободу од надзора и туторства државе.<sup>26</sup> Стога, закључују поједини аутори, наутралност државе значи, више него било шта друго, да држави није дозвољено да интервенише у стварима цркава и верских заједница.<sup>27</sup> Како теорија, тако и јуриспруденција Уставног суда, стоје на становишту да аутономија цркава и верских заједница не зависи од њиховог организационог статуса, односно од тога којој врсти верских организација припадају.<sup>28</sup>

Савезни уставни суд СР Немачке изјаснио се у појединим одлукама о томе шта чини аутономију цркава и верских заједница. Најпре, треба истаћи да се у изложеном члану Устава говори о два аспекта аутономије који нису једнаки (организовање и управљање). Поводом дистинкције између два одвојена аспекта живота и рада верских организација који су наведени у изложеном члану Устава, Уставни суд се изјаснио о њиховом односу истакавши да је „гаранција права (верских организација – прим.В.Ћ.) да организују и руководе самостално својим стварима (чл. 137. Вајмарског устава) неопходна, али правно независна гаранција, која слободи верског живота и рада цркава и верских заједница додаје слободу организовања, законодавства (нормирања) и администрације, што је императив да би се испунили ови задаци“.<sup>29</sup> Савезни уставни суд је заправо истакао да између гарантоване верске слободе из чл. 4. Устава и

<sup>23</sup> S.Koriath, I.Augsberg, „Religion and Secular State in Germany“, Religion and the Secular State, Interim National Reports issued for the occasion of The XVIIIth International Congress of Comparative Law, Washington, 2010., 323

<sup>24</sup> BVerfGE 12, 1, 4; BVerfGE 19, 206, 216

<sup>25</sup> G.Robbers (2001), 654

<sup>26</sup> A.F.Campenhansen (2001.), 77

<sup>27</sup> G.Robbers (2005.), 80

<sup>28</sup> Да ли су правна лица јавног права, или спадају у неку другу категорију - BVerfGE 30, 415 (428)

<sup>29</sup> BVerfGE 53, 366 (401), BVerfGE 72, 278 (289)

права на самоопредељење и самоуправу из чл.140. у вези са чл.137. Вајмарског устава, постоји суштинска унутрашња веза, тако да интервенција у право цркве на самоопредељење представља повреду основног права на верску слободу што верским организацијама, без обзира да ли имају статус правног лица јавног права, омогућава да ради одбране основних права користе уставну жалбу.<sup>30</sup>

У теорији се за појмове „уређење“ и „управљање“ истиче да их треба широко схватити и да они обухватају све – од вођења цркве до уређења њене организације.<sup>31</sup> Штавише, аутономија као властита надлежност обухвата не само уређивање и управљање, већ и право да се властити послови обављају и судским путем, укључујући и потребно процесно право. Иначе, примена самосталног законодавства у области сопствених послова је по свом правном квалитету делимично самостална, а делимично аутономна, па се у теорији, у том смислу, говори о самосталности цркава и верских заједница у обављању духовних задатака који ни на који начин нису изведени из државе, за разлику од аутономије коју даје држава и аутономног права које постоји уколико законодавство цркава и верских заједница производи норме делотворне у световном праву.<sup>32</sup> Данас постоји сагласност о разграничењу послова и томе шта спада у искључиво црквене, искључиво државне и заједничке послове. Међутим, важно је истаћи да се о томе шта спада у сопствене послове у СР Немачкој не одлучује дискреционо – Савезни уставни суд стоји на становишту да се о разграничењу одлучује према томе шта се према природи ствари, или одређеној намени, материјално сматра сопственим послом цркава.<sup>33</sup> Касније је Суд донекле модификовао изложено гледиште, узимајући у обзир везу између слободе вероисповести и права на самоопређење, утврдивши да се под „уређивањем“ и „управљањем“ у смислу Основног закона сматра право цркава да све своје послове правно обликују у складу са црквеним аспектом уређења, односно на основу црквене самоспознаје,<sup>34</sup> што значи да се та јурисдикција не односи само на црквене институције, већ и на правно самосталне установе које по налогу цркве обављају социјалне и добротворне

<sup>30</sup> BVerfGE 70, 138 (160) - У пракси, у образложењу се Savezni ustavni sud не ograničava на проверу основних права, већ укључује ceo ustav, dakle i čl. 140 OZ у вези са чл. 137 Вајмарског устава - BVerfGE 46, 73 (85).

<sup>31</sup> A.F.Campenhausen (2001.), 79; A. V. Campenhausen, H. De Wall, Staatskirchenrecht, 2006., 101

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> BVerfGE 18, 385 (387)

<sup>34</sup> BVerfGE 66,1 (19)

здатке. У област сопствених послова, што је делимично потврђено и у јуриспруденцији Уставног суда, спадају: учење и верски обреди, црквено устројство, територијална организација,<sup>35</sup> чланство у верској организацији<sup>36</sup>, уређивање права трећих лица на приступ верским институцијама,<sup>37</sup> итд.

Самоодређење, па и сопствених послова, према изричитој одредби немачког устава, има границу „у закону који важи за све“. Шта се може сматрати „законом који важи за све“ тешко је унапред и коначно утврдити једном општом формулом.<sup>38</sup> Савезни уставни суд је тим поводом у досадашњој јуриспруденцији заузео различита становишта. Првобитно схватање Суда било је оличено у „теорији сфера“.<sup>39</sup> Суд је наике сматрао да црквено самоодређење није ограничено законом који важи за све у случају интерних црквених мера које немају непосредно правно дејство у световном правном подручју, односно да држава не може да ограничава аутономију у тој сфери и обрнуто, да су верске заједнице везане за сваки општи закон, уколико нека црквена мера излази из оквира друховног подручја и има дејство у световној правној, или друштвеној области. У предмету у којем је изложио такво гледиште, Уставни суд је сматрао да је подела једне црквене општине унутрашњи посао који није ограничен законом који важи за све, али је управо та одлука у теорији побудила сумњу, будући да Уставни суд није направио разлику између унутрашњих властитих послова и оних властитих послова који прелазе у опште правно подручје.<sup>40</sup> Такво резоновање Уставног суда носило је у себи и извесне тешкоће, јер је веома сложено, можда и немогуће, да се јасно разграниче две сфере. У том смислу, у теорији се истицало да чак и једна ситуација која се на први поглед може сврстати у интерне црквене мере, као што је удаљавање некога из црквене римокатоличке службе због преласка у протестантизам, може да имплицира државни интерес нпр. за заштиту индивидуа од

<sup>35</sup> BVerfGE 18, 385 (388)

<sup>36</sup> BVerfGE 30, 422

<sup>37</sup> BVerfGE 57,220 (243)

<sup>38</sup> Додуше, таквих је покушаја у немачкој правној науци било. Тако је Хекел понудио дефиницију према којој је „закон који важи за све“ заправо закон који, са тачке гледишта читаве нације, мора да буде признат као неопходно ограничење црквене слободe - J. Heckel, *Das für alle geltende Gesetz*, S.590, наведено према A. V. Campenhausen, H. De Wall (2006), 105

<sup>39</sup> G.Robbers (2001.), 643; A. V. Campenhausen, H. De Wall (2006.), 110.

<sup>40</sup> BVerfGE 18, 385 (387), A. V. Campenhausen, H. De Wall (2006.), 110.

отказа.<sup>41</sup> Другачији приступ је чинила „клаузула свакога“ према којој су закони који важе за све заправо закони који за верску организацију имају исти значај као и за сваког другог и не погађају цркву више него остале субјекте.<sup>42</sup> Међутим, ни такав приступ није добар, јер постоји мноштво закона који су од већег значаја за цркве и верске заједнице, као што су нпр. закони о црквеном порезу, или верској настави.<sup>43</sup> Савезни уставни суд се у појединим одлукама окренуо нешто измењеном првобитном приступу, или „теорији балансирања“ према којој се одобрава да се општим законима ограничава црквена аутономију, само ако су закони неопходни да гарантују “уверљиве захтеве” мирољубиве коегзистенције у друштву које је религиозно неутрално и поштује слободу верских заједница.

Конкурентски интереси цркве и државе морају бити пажљиво избалансиран, и ако је могуће, да буду оптимални за обе стране.<sup>44</sup>

Везаност законом који важи за све треба разликовати од питања да ли су цркве и верске заједнице, приликом обликовања свог уређења и примене својих правних норми према верницима, бар изван најужег, чисто духовног подручја деловања, везане уставним начелом демократије и уставом зајамченим основним правима. У немачкој литератури, указивано је да је обавезност демократије коју налаже Основни закон ограничена на световну власт и да се не односи на цркве и верске заједнице у њиховом праву на самоодређење.<sup>45</sup> Цркве и верске заједнице, све док делују по сили црквене власти коју им није доделила држава, нису везане основним правима. У том смислу, истиче се да унутар цркава и верских заједница не постоји основно право које би дозвољавало могућност порицања верске догме, без подвргавања мерама црквене дисциплине, да не постоји начело једнакости и равноправности жена у духовној служби, или интерно право које би омогућавало да се на црквеном положају може

<sup>41</sup> Robbers (2001.), 643

<sup>42</sup> Ibid. A. V. Campenhausen, H. De Wall (2006.), 110.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> BVerfGE 53, 366 (501) У тој одлуци, Суд је сматрао да је основана уставна жалба Римокатоличке и Протестантске цркве чији је предмет био Закон Северне Рајне – Вестфалије о болницама који, по схватању Суда није био у складу са чланом 140. Основног закона, у вези са чланом 137.ст.3. Вајмарског устава, због тога што су тим законом биле погођене болнице којима управљају две цркве, без обзира на њихов правни облик, нарочито у вези са организацијом управљања, док уставне жалбе нису биле основане у погледу оспоравања болничког центра управљања - видети коментар у A. Hollerbach, “Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (II)”, Archiv des öffentlichen Rechts 106/1981., 244

<sup>45</sup> A. V. Campenhausen, H. De Wall (2006.), 114

заступати властито мишљење, уколико оно није спојиво са учењем цркве или верске заједнице. То наравно не онемогућава цркве и верске заједнице да својим правом утврде одговарајућа правила која би одговарала основним правима. Са друге стране, питање везаности цркава и верских заједница основним правима сагледавано је на другачији начин у случају да оне „користе права која припадају држави“, односно у случају да се суверена власт државе „као плашт“ надвија над црквеним правом и обезбеђује му државну силу принуде. У таквим случајевима, цркве и верске заједнице обавезне су да поштују уставна права као и државни органи. Реч је, примера ради, о случајевима у приватном школству, црквеном пореском праву, као и у световно-правној страни црквено – службеничког односа.<sup>46</sup>

У вези са односом између државног и аутономног права цркава и верских заједница је и питање могућности да државни судови оцењују и контролишу мере и акате цркава и верских заједница. Док чињеница да државни судови обезбеђују правну заштиту у корист цркава није проблематична, дотле заштита од црквених мера спада у најспорније проблеме немачког држаног црквеног и уставног права.<sup>47</sup> У немачкој науци истиче се да је државно правосуђе у овој области показало изненађујућу несигурност, што није прихватљиво, будући да је модерна правна држава у обавези да свим држављанима обезбеди правну заштиту, из чега следи да надлежност државних судова не може да буде искључена. У теоријском спору који се деценијама води о питању у ком обиму државни судови могу и морају да решавају црквене правне спорове, оцртала су се три схватања.

Према првом, одговор на ово питање веже се за питање да ли цркве врше јавну власт у смислу чл. 19 Основног закона. Такав приступ није добар, будући да цркве и верске заједнице, и када имају статус правног лица јавног права, не врше државну власт, а из судске заштите државних судова искључује све мере верских организација које немају стаус правног лица јавног права. Нешто другачији, али такође мањкав, био је и приступ према коме су државни судови надлежни да суде о црквеним предметима само онда када у самим црквама није обезбеђена адекватна правна заштита, али је такав присту одбацио Савезни врховни суд. Према Кампенхаузену, не заслужује одобравање ни пут којим је ишла судска пракса која је надлежност доношења одлука државних судова везивала за изричиту или прећутну сагласност односне цркве. Такав приступ треба

<sup>46</sup> Ibid.,322

<sup>47</sup> Ibid., 325

одбацити због тога што је надлежност државних судова у црквеној области утемељена уставом и утолико не може да се везује за давање сагласности цркве. Није прихватљив ни обрнути приступ, према коме црква може да користи државну јурисдикцију само у својим сопственим предметима, све док је, и у мери у којој је, држава са тим сагласна.<sup>48</sup>

Несигурност судова је у овој области, изненађујућа, истичу немачки аутори, утолико што се односи на фундаментална питања повлачења граница државне власти. Излаз из те ситуације налази се у контексту неколико уставних решења: самосталности и аутономије црква, с једне стране, и принципа правне државе, уз посебан осврт на државни монопол у правосуђу, са друге стране.<sup>49</sup> Закључак је да државни судови на основу устава начелно нису спречени да доносе одлуке у црквеној области, али да то ни у ком случају не доводи до неограниченог контролног овлашћења државе у односу на мере цркве. У том смислу из уставно-правне гаранције независности аутономије цркве проистичу битна ограничења.<sup>50</sup> Државни судови су надлежни за материјалне одлуке о црквеним предметима, ако се у њима решавају правни односи у складу са државним правом, а то је случај када, и у мери у којој, нека црквена мера није обухваћена гаранцијом права цркве на самоопредељење, зато што потпада под област примене закона који важи за све. Код оцене могућности правне заштите у црквеној области, закључују немачки аутори, од пресудног је значаја да ли, и у којој мери, је односна мера обухваћена правом цркве на самоопредељење. Ако је црквена мера у границама закона који важи за све, онда државне институције сваке врсте, а то се односи и на државне судове, могу да је преиспитају. Супротно томе, ако мера превазилази те границе, на пример, тако што потпада под чисто интерну црквену област, она не подлеже провери од стране државних судова, али ако дата мера прекорачи ове границе, она потпада под контролу државних судова.<sup>51</sup> На који начин границе између државне надлежности и аутономног домена и права одређује Савезни уставни суд?

Уставни суд СР Немачке сматра да мере које верске заједнице предузимају могу да буду предмет оцене и контроле од стране

---

<sup>48</sup> Ibid., 310

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid., 314

државних судова, ако њихово извршење почива на ауторизацији коју је држава дала црквама и верским заједницама, или у обиму у којем те мере превазилазе црквени домен и залазе у домен државне надлежности.<sup>52</sup> Право црква са статусом правних лица јавног права да наплате црквени порез чини такву сферу. У једном предмету Суд је стао на становиште да уређивање црквеног пореза које је те године извршено крши уставни поредак и да може да буде подвргнуто судској оцени, ако се њиме крше одредбе Основног закона којима су уређени односи између државе и цркве, као и између државе и индивидуа.<sup>53</sup> Суд сматра да се црквени порез прикупља међу припадницима цркве и да стога не може да буде прикупљан и од корпорација, јер оне не могу да буду чланице цркве, чиме је заправо прихватио да вршио контролу уставности мера и аката цркве.<sup>54</sup>

Начелно посматрано, Савезни уставни суд се дуго година држи схватања да акти верских организација у чисто интерним стварима нису „државни акти“ и да не могу да буду обухваћени уставном жалбом. У теорији се међутим, у контексту истицања да подела на интерну црквену област и државну област није у свему задовољавајућа и да се не може наћи једна уопштена формула одређивања којима од тих области припада нека мера црквених власти која се оспорава, посебно указује да проблем у вези са тим може да представља област радног права. У једној одлуци, Суд је стао на становиште да радни судови имају право да преиспитују мерила утврђена од стране надлежних црквених органа само када је реч о питању да ли она стоје у супротности са основним принципима државног правног поретка. Суд је при томе у том контексту изричито истакао општу забрану самовоље (чл. 3. ст.1. ОЗ), „добре обичаје“ (§ 138 Грађанског законика) и немачки јавни поредак „*ordre public*“ (сада чл. 6 Уводног закона уз грађански законик). У свему осталом је Савезни уставни суд, међутим, признао веома широко овлашћење црквених установа да уређују правне односе и доносе одлуке. У том случају, Уставни суд је сматрао да нема повреде права и да је један лекар легално отпуштен из римокатоличке болнице због свог залагања за абортус које је изразио у новинама и на телевизији. Суд је стао на становиште да је верски заснован послодавац слободан да дефинише обавезу лојалности запослених у циљу сопствене заштите

<sup>52</sup> E.L.Barnstedt, 108

<sup>53</sup> BVerfGE 19,129

<sup>54</sup> BVerfGE 19, 206 (216)

са чим мора бити усклађена слобода изражавања запосленог.<sup>55</sup> У једном новијем случају, Суд је, на основу схватања да акти у интерним стварима не могу да буду обухваћени уставном жалбом, одбацио уставну жалбу протестантског пастора против одлуке једног црквеног суда којом је потврђена одлука црквених власти да се пастор преведе у тзв. „статус чекања“ због тога што је имао неспоразум са својом парохијом. Суд је у овом случају одбацио уставну жалбу утврдивши да држава има дужност да призна аутономију верских организација, што за последицу има да држава не сме да интервенише у интерне послове цркве. Суд је у том случају потврдио и да аутономија цркве није нарушена ако она има статус правног лица јавног права, односно да чињеница да једна црква има стаус правног лица јавног права не значи и да се њене мере и акти могу сматрати државним актима.

У коментару таквог приступа, истиче се да је резонување Суда било јасно: када секуларни судови одлучују о пословима верских заједница, они утичу на те послове, чак и када се труде да поштују независност верских заједница. Када се државни судови конкретно баве конфликтом интереса и права у појединачном случају, повећава се интензитет судске контроле и судови су у опасности да наруше неутралност државе, што је нарочито проблематично у питањима службе у верској заједници где је самоодређење верских заједница изричито гарантовано уставом. Посебан проблем код судског одлучивања у таквим предметима може да буде чињеница да лица која не припадају религији која је у питању, или лица која уопште нису верници, одлучују о религиозним стварима.<sup>56</sup>

### 3. Аутономија и аутономно право цркава и верских заједница у Републици Србији

Устав Републике Србије у оквиру основних начела, у члану 11. чији је рубрум „**световност државе**“ прописује да је Србија световна држава (ст.1.). У ст. 2. истог члана, Устав предвиђа да су цркве и верске заједнице одвојене од државе, а у ст. 3. да се ниједна религија не може успоставити као државна или обавезна. На основу изложене уставне

<sup>55</sup> BVerfGE 70, 138 (168)

<sup>56</sup> G.Robbers, „Church Autonomy in the European Court of Human Rights – Recent German Cases“, in А.Раковић, В.Ђурић (ур.), Право, вера, култура, Зборник радова научног скупа Право и вера одржаног на Правном факултету и Православном богословском факултету у Београду 18.- 19. маја 2011, Београд 2012., 64

одредбе може да се закључи да световни карактер државе има две основне компоненте – 1. одвојеност цркава и верских заједница од државе и 2. забрану успостављања државне или обавезне религије. Док је друга компонента у уставном одређењу световног карактера Србије сасвим разумљива, а значи да се Србија не идентификује ни са једном посебном религијом и да цркве нису државне, дотле *prima facie* није јасно какав је карактер одвојености државе и цркава и верских заједница. У делу домаће правне науке истиче се да се Устав определио за строгу одвојеност цркве и државе, јер ништа у Уставу не допушта да се начело световности државе протумачи у смислу кооперације, већ управо супротно, да историјско и систематско тумачење јасно наводе на закључак да је уставотворац имао на уму систем строге, а не кооперативне одвојености.<sup>57</sup> Са друге стране, изложено је схватања према коме уставно начело о одвојености цркава и верских заједница од државе и њен секуларни карактер могу да значе и сарадњу цркава и верских заједница са државом, јер Устав у питање типа система одвојености уопште не залази.<sup>58</sup>

У члану 44. Устава, осим става 1. који понавља да су цркве и верске заједнице одвојене од државе, садржан је и ст. 2. који одређује карактер одвојености цркава и верских заједница од државе. У том ставу истиче се да су цркве и верске заједнице *слободне да самостално уређују своју унутрашњу организацију, верске послове, да јавно врше верске обреде, да оснивају верске школе, социјалне и добротворне установе и да њима управљају, у складу са законом*. Управо је та слобода да се, у складу са законом, самостално уређују одређена питања, оснивају установе и да се њима управља, мера и садржај одвојености цркава и верских заједница од државе и мера и садржај њихове аутономије. Другим речима, цркве и верске заједнице су одвојене од државе зато што су слободне, односно аутономне, да у складу са законом самостално уређују поједина питања и врше одређене, Уставом опредељене, активности. Дакле, на основу таквог схватања изложене уставне одредбе, може да се дође до закључка да је одвојеност цркава и верских заједница од државе кооперативног карактера, јер подразумева прожимање државног и аутономног права и сарадњу државе и цркава и верских заједница на реализацији појединих државних циљева. У извесном смислу, није могуће ни замислити да нема сарадње између цркава и верских заједница и државе, ако ни у чему другом, а онда управо у циљу остваривања

<sup>57</sup> Т. Маринковић, „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2011., 383.

<sup>58</sup> С. Аврамовић, „Поимање секуларности у Србији – рефлексije са јавне расправе у Уставном суду“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011., 298.

слободе вероисповести, односно омогућавања црквама и верским заједницама да регулишу сопствено деловање и слободно управљају својим пословима. Устав изричито предвиђа право црква и верских заједница да оснивају извесне установе, укључујући и јавне службе, што, само по себи, подразумева јавна овлашћења.

Слично је у својој Одлуци о уставности Закона о црквама и верским заједницама резонаовао и Уставни суд. Наиме, Суд је полазећи од одредбе члана 11. и члана 44. ст. 1. и 2. Устава „констатовао да наведене уставне одредбе, саме по себи, не значе систем потпуне сепарације цркве од државе, већ да нема државне цркве и да нема идентификације државе са посебном религијом или религијом уопште, те да су цркве и верске заједнице слободне да самостално утврђују своју унутрашњу организацију и верске послове и да држава не сме да омета доношење и примену аутономних прописа и одлука.“<sup>59</sup>

Као што је истакнуто, Устав Србије у члану 44. опредељује садржину аутономије црква и верских заједница. Пажљивије сагледавање изложене уставне одредбе упућује на закључак да аутономија обухвата *самостално уређивање* одређених питања и *оснивање и управљање* одређеним установама. Штавише, у изложеној одредби начелно су утврђени властити послови црква и верских заједница у које спадају унутрашња организација, односно уређење, верски послови, вршење верских обреда, а, донекле и оснивање и управљање установама. Будући да су опредељени сопствени послови који се врше у складу са законом, изложеном уставном одредбом наговештена је мера и врста зависности аутономног од државног права. Пре него што се та мера и врста зависности подробније сагледају, треба указати на законска решења којима се ближе уређују самостални послови. Закон о црквама и верским заједницама (у дањем тексту ЗЦВЗ)<sup>60</sup> ближе уређује да су цркве и верске заједнице независне од државе и једнаке пред законом, да су слободне и аутономне у уређивању свог верског идентитета, да имају право да самостално уређују и спроводе свој поредак и организацију и да самостално обављају своје унутрашње и јавне послове.

У склопу регулисања аутономије црква и верских заједница, ЗЦВЗ посебно је уређено питање примене њихових аутономних прописа. Држава, према ЗЦВЗ, не може да омета примену аутономних

<sup>59</sup> УЗ-455/2011 „Службени гласник РС“ бр. 23/2013

<sup>60</sup> „Службени гласник РС“ бр. 36/2006

прописа цркава и верских заједница, али, према чл.7.ст.2. треба да пружа одговарајућу помоћ за извршење правоснажних одлука и пресуда које издају надлежни органи цркава и верских заједница, на њихов захтев, а у складу са законом. Док је у погледу забране ометања примене аутономних прописа сасвим јасно да се она може односити само на аутономни домен цркава и верских заједница који је искључиво верског карактера, дотле одредба о државној помоћи у извршењу одлука и пресуда верских организација завређује посебну пажњу, јер упућује на прожимање државног и аутономног права и отвара питање граница између државног и аутономног права.

Уставни суд Србије стоји на становиште да „систем кооперативне одвојености цркве од државе... не може да досеже дотле да одлуке црквених органа имају карактер извршних исправа, односно извршних наслова и да се могу извршавати на начин на који се у извршном, кривичном или управном поступку извршавају одлуке судова, односно других надлежних органа државне управе, односно ималаца јавних овлашћења, будући да би тада морао постојати неки посебан поступак уређен посебним законом, који би могла покренути црква или верска заједница и којим би била уређена процедура признавања и извршавања одлука надлежних органа аутономног црквеног права, а такав посебан поступак у позитивном праву Србије не постоји“: Међутим, Суд је, полазећи од става да „не постоји потпуна сепарација између цркве и државе“, ипак оценио да је „под одређеним условима, у оквиру уставних граница, и помоћ државе у извршењу „црквених“ одлука могућа, али наравно, не на уштрб и не на рачун довођења евентуално у питање остваривања Уставом зајемчених права...“. Изражавајући схватање према коме је пружање помоћи у извршавању одлука и пресуда цркава и верских заједница „изузетак по самом Закону“, Суд је нашао да државни орган „у сваком конкретном случају цени да ли ће пружити одговарајућу помоћ“, што „значи да има слободно поље процене да ли ће се ту умешати, или не, строго поштујући начело равноправности верских заједница, не понашајући се дискриминаторски, будући да би било какав изузетак у овом погледу био уставноправно неприхватљив“.<sup>61</sup>

Изложено резонување и тумачење Уставног суда завређује посебан коментар. Суд је у својој одлуци указао да законска одредба којом је предвиђена државна помоћ у извршавању одлука и пресуда црквених органа не значи безусловну државну ауторизацију, али је упућујући на *слободно поље процене државног органа*, пропустио да

<sup>61</sup> IУз-455/2011 „Службени гласник РС“ бр. 23/2013

утврди на који начин би се у вршењу слободне процене онемогућило да се државни орган, у пружању одговарајуће помоћи, понаша селективно и нарушава равноправност цркава и верских заједница, уколико већ и сам Суд истиче да не постоји посебан, законом уређени поступак признавања и извршавања њихових одлука. Суд је такође пропустио да утврди на који начин би у вршењу слободне процене било могуће обезбедити једнообразно поступање различитих државних органа, јер је, по природи ствари, јасно да само такво поступање може да поштује „уставне границе“ и „одређене услове“ на које се Суд позива? Ово је посебно важно, имајући у виду да се може резонovati да пружање одговарајуће помоћи за извршење правоснажних пресуда и одлука надлежних органа цркава и верских заједница може да значи могућност да државни судови оцењују и контролишу мере и акате цркава и верских заједница.

Једно од суштинских обележја ЗЦВЗ је мешање домена државног и аутономног. Могло би се резонovati да такво мешање није израз пуког волунтаризма законодавца, већ да, бар што се тиче аутономног и државног права, донекле има и своје уставно упориште. Наиме, чл. 142. ст. 2. Устава предвиђа да судови суде на основу Устава, закона и других општих аката, а према члану 195. ст. 1. Устава, у подзаконске опште акте спадају и општи акти удружења грађана. Будући да по схватању Суда, цркве и верске заједнице јесу облик удруживања, али не и удружења грађана,<sup>62</sup> поставља се питање да ли се изложена одредба према којој судови суде и на основу подзаконских општих акта удружења, може односити и на опште акте цркава и верских заједница и да ли се и из те одредбе може извести закључак да државни судови, уставноправно, нису спречени да доносе одлуке у црквеној области, а самим тим, и да могу да контролишу акте и мере цркава и верских заједница?

Обавеза пружања помоћи у извршавању одлука надлежних органа цркава и верских заједница, предвиђена ЗЦВЗ, није безусловна, али, на основу Закона, а ни Одлуке Уставног суда о његовој уставности, није недвосмислено јасно у чему се састоји услов за пружање такве помоћи. Пажљивије читање одговарајуће одредбе ЗЦВЗ може да води закључку да она изричито прописује један услов за такву помоћ. Он је садржан у одређењу према коме се помоћ пружа за извршење **правоснажних** одлука и пресуда надлежних органа цркава и верских заједница. На који начин би одлуке и пресуде које издају надлежни органи цркава и верских заједница могле у правном поретку да

<sup>62</sup> Ibid.

стекну својство правоснажности релевантно за државне органе? Да ли је реч о правоснажности која је стечена у оквиру аутономног или/и државног права?

ЗЦВЗ не даје одговор на та питања, али би се системским тумачењем могло одгонетнути на који начин би црквене одлуке и пресуде могле да стекну својство правоснажности у оквиру државног права. Законом о удружењима чије се одредбе сходно примењују на цркве и верске заједнице у питањима која нису уређена ЗЦВЗ, предвиђено је да сваки члан удружења може покренути поступак пред надлежним основним судом за утврђивање ништавости општег акта удружења који је донет супротно статуту или другом општем акту удружења, односно за утврђивање ништавости појединачног акта удружења који је донет супротно закону, статуту или другом општем акту удружења, у року од петнаест дана од дана сазнања за акт, а најкасније у року од шест месеци од дана доношења акта. Поставља се питање да ли би, у светлу изложене одредбе чл. 20. ст. 1. Закона о удружењима, сваки припадник цркве или верске заједнице могао да пред надлежним судом покрене поступак за утврђивање ништавости општег и појединачног акта цркве или верске заједнице, што према члану 20. ст. 2. Закона о удружењима не би дирало у права стечена од стране трећих савесних лица?

Одговор на та, али и друга постављена питање налази се у примени изложеног члана Закона о удружењима у контексту уставне одредбе чл.44. Разуме се да, уколико би одговор био позитиван, таква могућност свакако не би била неограничена. Најпре, јасно је да у најужем концентричном кругу сопствених послова, у оним пословима који се састоје из уређивања верских послова, односно утврђивања верског идентитета цркава и верских заједница (укључујући и верског идентитета установа које су основане од стране цркава и верских заједница), припадништва цркви и верској заједници, укључујући и питања статуса свештеника и верских службеника, као и регулисања и вршења верских обреда, због уставног начела о одвојености државе и цркве, начелно не би постојала могућност да се пред надлежним (редовним) судом покрене поступак за утврђивање ништавости аката цркава и верских заједница донесених у тој сфери, нити за било какав вид контролисања и оцењивања таквих мера и аката од стране државних судова, све до питања заштите уставом зајамчених људских права. Штавише, таква контрола, по природи ствари, углавном не би ни била потребна, јер државно право, изузев евентуалних радно-правних аспеката статуса свештеника, начелно, нема додирних тачака са верским пословима и идентитетом

црква и верских заједница, нити би могло да буде основ за њихово регулисање, осим у два важна питања. Прво је да ли је уопште реч о **верском** карактеру одређене организације, односно њеног учења које опредељује такав карактер организације и друго је да ли деловање верске организације изазива и подстиче националну, расну и верску нетрпељивост и мржњу, угрожава безбедност и јавни ред и одређена људска права и слободе. Реч је првенствено о праву на живот, праву на психичко и физичко здравље, правима деце, праву на лични и породични интегритет, праву на имовину, што све може да буде прикривено и у верском учењу и обредима, а што, према чл.44.ст.3. Устава, представља основ да Уставни суд забрани верску заједницу. Питање статуса свештеника, нарочито губитак свештеничке службе, свакако не би могло да буде предмет приспитивања државних судова, чак ни у питању заштите људских права, јер, као што то проистиче из природе ствари, а што и упоредна искуства показују, цркве и верске заједнице, док делују по сили сопственог ауторитета (власти) који им држава није доделила, нису везане људским правима.<sup>63</sup> У том смислу треба тумачити и чл. 8. ст. 2. и 3. Закона о црквама и верским заједницама којима је прописано да се вршење свештеничке, односно верске службе регулише аутономним прописима црква и верских заједница, као и да су свештеници, односно верски службеници слободни и независни у обављању богослужбене делатности која се обавља у складу са законом и аутономним правом.

Могућност утврђивања ништавости аката црква и верских заједница, или неког другог вида њиховог контролисања и оцењивања од стране државних судова, била би нешто већа у случајевима када

<sup>63</sup> У старијој српској правној књижевности јасно се истиче да је „изјављивање незадовољства државном суду против пресуде црквеног суда сасвим непотребно“, јер би „одузело сваку вредност постојећим црквеним канонима“. Да ли неко мишљење треба огласити за јеретичко, или изрећи суд о изопачењу црквеног богослужења, „све су то питања о којима само Црква може решавати“ (подв. В. Ђ.), а на „тај начин, црквено судска власт, по природи својој, мора бити неприкосновена за државну власт“ – Ч. Митровић, О законодавним границама између цркве и државе, Београд, 1928. стр. 21-22. Са друге стране, поједини домаћи аутори, потпуно погрешно, стоје на становишту да је такав приступ у супротности са уставним принципом да свако има право на судску (пред државним судом) заштиту својих права – видети Н. Ђурђевић, Остваривање слободе вероисповести и правни положај црква и верских заједница, Београд, 2009. стр. 327. Иако се позивају на чл.22.ст.1. Устава Републике Србије према коме свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајамчено Уставом, ипак је јасно да су такви ставови неисправни, јер та уставна одредба, у првом реду, обавезује јавне власти, односно државне органе и носиоце јавних овлашћења и упућује на судску заштиту људских и мањинских права гарантованих уставом која у оваквим случајевима не постоје. Наиме, не постоји, односно није нарушено право на слободу мисли и изражавања, уколико црква или верска заједница санкционише оспоравање верске догме од стране својих клирика. У том смислу, чак ни хоризонтални ефекат људских права (Drittwirkung), ни директан, ни индиректан, не постоји, односно искључен је у вези са осигурањем права на аутономију црква и верских заједница – видети Н. Warnink, Legal Position of Churches and Church Autonomy, 2001. p.77,78

акти цркава и верских заједница превазилазе искључиви домен аутономно - верског и залазе у питања која су од ширег друштвеног и државног значаја и када могу да имају правних последица и у друштвеним односима изван аутономно- верског домена. Другим речима, у кругу сопствених послова цркава и верских заједница, осим уређивања верских послова и вршења верских обреда, могу се уочити и одговарајући послови чије вршење може да превазиђе искључиво аутономни домен и које треба да буде у оквирима одређеним законом. То наравно, отвара могућност контроле мера и аката цркава и верских заједница од стране државних судова, али никако не доводи до неограниченог контролног овлашћења државе у односу на мере цркве или верске заједнице. У контексту уставних и законских решења, реч је о две групе питања и послова – о регулисању унутрашње организације и о оснивању и управљању установама.

У сопствене послове цркава и верских заједница, према Уставу, спада и самостално уређивање унутрашње организације. Државно право, посредством члана 9. ст.2. Закона о црквама и верским заједницама, признаје могућност да организационе јединице и установе цркава и верских заједница могу да стекну својство правног лица, у складу са аутономним прописима цркве, односно верске заједнице, а на основу одлуке надлежног органа цркве или верске заједнице, док према ст.3. истог члана Закона, цркве и верске заједнице могу својим актима мењати и укидати своје организационе јединице, органе и установе које имају својство правног лица. У групу ових питања треба укључити и одлуке цркава и верских заједница о лицима која их представљају. По среди је државна ауторизација, односно признање државноправног дејства аутономног права у том сегменту. Разуме се да такво државно признање дејства аутономног права није лишено могућности контроле аката цркава и верских заједница и то управо у циљу заштите аутономног права. До контроле може доћи и посредним путем – уколико, примера ради, надлежни државни орган који води Регистар цркава и верских заједница, донесе решење о упису, или брисању из Регистра организационе јединице која је основана, односно укинута одлуком надлежног органа цркве или верске заједнице, начелно посматрано, могло би се у судском поступку отворити питање да ли је такву одлуку надлежни орган цркве или верске заједнице донео у складу са аутономним правом. У том примеру, одлука цркве, или верске заједнице залази у домен државне надлежности у обиму у којем превазилази, односно нарушава аутономни домен, јер држава примењује аутономно право. У државној ауторизацији и примени аутономног права у овом сегменту постоје међутим извесне границе. Њих намеће хегемони државни правни

поредак, али оне проистичу и из међународног права људских права. Границе које одређује хегемонија државног правног поретка оличене су у поштовању јавног поретка, сагласности аутономног права са законом и забрани његовог ретроактивног дејства. Са друге стране, међународно право људских права опредељује да држава не може да арбитрира у споровима у оквиру верских заједница у случају њихове поделе. Чланом 20. ст. 5. Закона о црквама и верским заједницама предвиђено да се при упису у Регистар цркава и верских заједница узимају у обзир и одлуке Европског суда за људска права, а тај Суд је у једном предмету, у којем је суштина спора управо била везана за поделе у једној верској заједници, стао на становиште да „*кршење слободе вероисповести представљају мере којима држава фаворизује одређеног лидера, или групу у некој подвојеној верској заједници, или настоји да ту заједницу, или један њен део, примора да се стави под вођство једног руководства противно својој вољи*“<sup>64</sup> Из тога би следило да границу државне ауторизације и примене аутономног права чини и подела у оквиру једне цркве или верске заједнице. Другим речима, држава би била лишена могућности да примењује аутономно право у вези са унутрашњом организацијом и лицем овлашћеним да представља и заступа цркву или верску заједницу, уколико би степен нарушавања и непоштовања аутономног права у овом случају саме цркве или верске заједнице био таквог интензитета и обима да се може сматрати да је дошло до подвајања цркве или верске заједнице, а тиме и до губитка својства регулативности таквог права.

Самостално уређивање унутрашње организације цркава и верских заједница обухвата и оснивање установа и могућност да установе стичу својство правног лица, у складу са аутономним прописима. Установе су један облик јавних служби који подразумева **вршење јавних овлашћења**. То је поље на коме се, да се послужимо речником из немачке науке и праксе, суверена власт државе „као плашт“ надвија над аутономним правом и на коме му, по природи ствари, обезбеђује државну силу принуде. То повратно значи да је могућност контроле аката и мера цркава и верских заједница на овом пољу најизраженија. У низу одредби ЗЦВЗ упућује на оснивање образовних, културних и других установа, у складу са законом. То значи да оснивање, организациони облик, органи, руковођење и управљање, као и делатност таквих установа, у свему морају да буду у складу са законом и да су, стога, предмет контроле од стране надлежних државних управних (нпр. инспекцијских) и судских органа. Са друге

<sup>64</sup> Supreme Holy Council of Muslim Community v. Bulgaria, бр. 39023/97 ст. 73

стране контрола никако не подразумева неограничена контролна овлашћења државе у односу на мере цркве или верске заједнице у погледу таквих установа. Чињеница да је оснивач таквих установа црква или верска заједница није лишена извесног утицаја који се првенствено може огледати у радноправном статусу запослених. У повлачењу граница и утврђивању могућности контроле аката и мера цркава и верских заједница у тој области треба се послужити упореним искуством СР Немачке и европским правом. Наиме, треба стати на становиште да је верски заснован послодавац, а то је случај са установама које је основала црква или верска заједница, слободан да дефинише обавезу лојалности запослених у циљу сопствене заштите и да је лишен обавезе поштовања опште забране дискриминације када је верска припадност одлучујући чинилац за заснивање радног односа.

#### 4. Закључак

Однос између државног и аутономног права цркава и верских заједница, нарочито у систему кооперативне одвојености државе и цркве, не може унапред и у свему бити одређен једном општом формулом. Аутономно право цркава и верских заједница које регулише питања која, према државном праву, спадају у оквире самосталних послова цркава и верских заједница, састоји се од више, не увек јасно разграничених, скупова норми. Ти скупови су у различитој мери и врсти зависности од државног права које, са друге стране, такође чини више скупова правних норми које регулишу различите друштвене односе и имају различиту правну снагу. Анализа упоредних решења у СР Немачкој и Републици Србији указује да је ипак могуће уочити извесне тенденције у разликама и пресецима скупова норми које чине државно и аутономно црквено право, на различитим пољима друштвених односа, а тиме и тенденције у вези са контроверзом могућности да државни судови доносе одлуке у црквеној области.

У питањима у оквиру аутономних послова цркава и верских заједница у којима долази до изражаја њихово верско самоодређење, нема велике могућности пресека скупова норми аутономног и државног права, па тиме, начелно, ни могућности да државни судови доносе одлуке у црквеној области. Изузетак представљају само ограничења која су неопходна у интересу јавне безбедности и заштите јавног реда, као и права других, у првом реду оних која

чине право на живот, заштиту здравља, права деце, итд. У тој области заправо аутономно право је независно од државног, а државно залази у аутономно искључиво ради заштите одређених уставних права и слобода, али не и свих, јер цркве и верске заједнице нису везане свим уставним правима, док делују на основу и у оквиру црквене власти.

У оквиру аутономије цркава и верских заједница, осим одређивања садржине верског идентитета и уређивања верских послова и вршења верских обреда, постоје и питања и послови који превазилазе искључиви домен цркава и верских заједница, односно у којима аутономно право цркава и верских заједница добија државну ауторизацију. Таква ауторизација, отвара могућност контроле мера и аката цркава и верских заједница од стране државних судова, али не значи неограничено контролно овлашћење државе у односу на мере цркве или верске заједнице. Реч је о зависном аутономном праву које постоји када и уколико цркве и верске заједнице врше јавне службе и јавна овлашћења, када се суверена власт државе „као плашт“ надвија над аутономним правом. На том пољу, могућност одлучивања државних судова у црквеној области је већа, али је ограничена потребом заштите верског карактера и идентитета цркава и верских заједница која може да изискује извесна одступања од опште забране дискриминације, или ограничења појединих права која проистичу из лојалности запослених.

Посебно поље сусрета државног и аутономног права представљају случајеви када држава примењује право цркава и верских заједница. Реч је о питањима унутрашње организације и управљања самим црквама и верским заједницама, када је примена аутономног права заправо у функцији заштите слободе вероисповести и аутономије цркава и верских заједница, односно када државни правни поредак не садржи одређене норме које би регулисале питања са којима се сусреће у вези са црквама и верским заједницама. У таквим случајевима аутономно право нужно постаје једна врста јавног права и може да се примењује докле није у супротности са основним принципима државног правног поретка и док има својство регулативности.

У смислу свега изложеног, начелно посматрано, јасно је да су разлике и пресеци више скупова правних норми који чине државно право и више скупова норми који чине аутономно право различитог обима и да се шире, једни на уштрб других, у својеврсној клепсидри одређеној хегемонијом државног права која проистиче из принципа

правне државе и државног монопола у правосуђу, али која је значајно ограничена уставно-правном гаранцијом аутономије цркава и верских заједница.

**Prof. Vladimir Djurić Ph.D**

Research Fellow

Institute of Comparative Law Belgrade

## **HEGEMONY OF STATE AND AUTONOMY OF CHURCH LAW IN FR GERMANY AND REPUBLIC OF SERBIA**

### Summary

This paper analyzes limits and interaction between the state and the autonomous law of churches and religious communities in FR Germany and the Republic of Serbia in which the relationship between the state and churches and religious communities is based on the principle of cooperative separation. The state law and the autonomous law of churches and religious communities are different sets of legal rules. Although the relationship between the state law and the autonomous law of churches and religious communities can't be determined in advance and for all by one general formula, the tendency is that the intersections of these sets in the field of religious identity of churches and religious communities are narrower, when the autonomous law is independent from the state law, and broader in matters of performing public services by the churches and religious communities, in which case the autonomous law depending on the state law .

**Key words:** state law, the autonomous law, churches and religious communities

## SPORAZUM O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU PRED EVROPSKIM SUDOM PRAVDE

### Apstrakt

*Autor analizira pravni položaj i tumačenje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Evropske unije i pravnom poretku država kandidata i postavlja posebno zanimljivo pitanje- da li ova vrsta bilateralnih i mešovutih ugovora ima direktno dejstvo? Odgovor na ovo pitanje bi trebalo da da Evropski sud pravde. Međutim, u ovoj oblasti nedostaje prakse Suda pravde, te se prilikom traženja odgovora na ovo pitanje, mora krenuti od stavova Suda pravde o pitanju direktnog dejstva sporazuma o pridruživanju, sa kojim postoje odgovarajuće sličnosti.*

*Rad će se sastojati od tri dela, uz uvod i zaključak. U prvom delu su opisane osnovne karakteristike sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Drugi deo analizira odnos i sličnosti sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa sporazumima o pridruživanju, dok je treći deo posvećen prikazu slučajeva iz prakse Evropskog suda pravde, u kojima je sporazumima o pridruživanju priznato direktno dejstvo.*

**Ključne reči:** Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, direktno dejstvo, bilateralni sporazum, mešoviti sporazum, Evropski sud pravde.

### 1.Uvod

Po nestanku blokovske podele Evrope, Evropska zajednica se posvetila politici širenja i daljem razvoju svojih spoljnopolitičkih odnosa. U početku, tačnije do stupanja na snagu Sporazuma iz Maastrichta, spoljni odnosi Evropske ekonomske zajednice su se u najvećem broju slučajeva

<sup>1</sup> Dipl.pravnik-master, istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd

odnosili na zasnivanje ekonomskih odnosa, tj. trgovinskih odnosa pod okriljem zajedničke trgovinske politike.<sup>2</sup> Osim isključive nadležnosti za vođenje zajedničke trgovinske politike, Evropskoj zajednici su dodeljene i podeljene nadležnosti na osnovu kojih je mogla da zaključuje različite sporazume sa državama nečlanicama, pa tako i sporazume o pridruživanju<sup>3</sup> i time zasniva svoje ekonomske spoljne odnose.

I nakon Sporazuma iz Maastrichta, Evropska unija je nastavila da vodi politiku u kome su spoljni odnosi sledili ekonomske i u kojoj postoji odnos međusobne zavisnosti političkih i ekonomskih interesa.

Danas u vođenju spoljne politike Evropska unija ima mogućnost da primenjuje široku paletu različitih mera prema pojedinim državama članicama i nečlanicama ili međunarodnim organizacijama. Za ovaj rad je posebno zanimljiva politika za koju se Evropska unija opredelila da vodi prema državama nečlanicama, čija je osnovna karakteristika diferenciranost, odnosno korišćenje različitih autonomnih i konvencionalnih mera prema različitim državama, uzimajući u obzir geopolitičke, regionalne, ekonomske i razvojne faktora i faktore „uslovne diferencijacije”.<sup>4</sup> Zavisno od toga kako je određenu državu nečlanicu shodno navedenim faktorima „locirala”, Evropska unija joj može ponuditi različite vrste sporazuma: od sporazuma o slobodnoj trgovini do sporazuma o pridruživanju ili različite vrste autonomnih mera.<sup>5</sup>

Nakon formulisanja regionalnog pristupa<sup>6</sup> prema zemljama zapadnog Balkana<sup>7</sup> Evropska unija se odlučila za vođenje politike stabilizacije i pridruživanja, koja se zasniva na kombinaciji trgovinskih koncesija i autonomnih trgovinskih mera, ekonomskoj i finansijskoj pomoći i uspostavljanju posebne vrste ugovornih odnosa. Sastavni

<sup>2</sup> Rimski ugovor je predviđao da Evropska ekonomska zajednica poseduje isključivu nadležnost da uspostavlja i vodi zajedničku trgovinsku politiku.

<sup>3</sup> Čl. 300 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice.

<sup>4</sup> V. detaljnije R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2012, 436.

<sup>5</sup> V. R. Vukadinović, 441.

<sup>6</sup> Osnovni cilj regionalnog pristupa je konsolidacija mira i stabilnost u regionu čime su se pred ove zemlje stavile obaveze ekonomske obnove i obnove infrastrukture, preorijentisanje na civilne aktivnosti; kao i uspostavljanje što tešnje međusobne političke i ekonomske saradnje, koje bi na kraju rezultirale pristupanjem Evropskoj uniji. Radi postizanja pomenutih ciljeva predviđeno je zaključivanje različitih bilateralnih sporazuma sa zemljama regiona, koji bi promovisali demokratiju, njene vrednosti i principe, saradnju zemalja u regionu uz ostvarivanje zadatih ekonomskih ciljeva.

<sup>7</sup> Zemlje zapadnog Balkana čine Srbija, Crna Gora, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Bivša jugoslovenska Republika Makedonija i Albanija. [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/international/non\\_eu/western-balkan/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/international/non_eu/western-balkan/index_en.htm), 13.08.2013.

deo ove politike predstavlja i zaključivanje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između države nečlanice i Evropske zajednica i njenih država članica (u daljem tekstu SSP)<sup>8</sup>, čime države nečlanice stiču status „potencijalnog kandidata” za članstvo u Evropskoj uniji.

## 2.Osnovne karakteristike Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju

SSP predstavlja novu vrstu mešoviten bilateralnih ugovora koje Evropska unija zaključuje sa trećim državama<sup>9</sup>, a koji se razlikuju od Sporazuma o pridruživanju zaključenih sa zemljama srednje i istočne Evrope za njihovo članstvo u Evropskoj uniji.

Pravno dejstvo SSP kao bilateralnog ugovora se ogleda u tome što proizvodi prava i obaveze za obe ugovorne strane. Međutim, SSP je predmet regulisanja međunarodnih, komunitarnih i unutrašnjih normi država članica i države kandidata, koje ga na različite načine posmatraju. Stoga se pitanje pravnog dejstva SSP može posmatrati ne samo kao pitanje unutrašnjeg prava za ugovorne strane, nego i kao pitanje međunarodnog prava, u vezi sa obavezama preuzetim prema trećim državama.

### 2.1.Pravni status SSP u unutrašnjem pravnom poretku pridruženih država

U pridruženim državama članicama pravni status SSP nije posebno definisan, već se sam sporazum posmatra kao i svaki drugi međunarodni ugovor, koji može imati različit položaj u hijerarhiji pravnih normi jednog unutrašnjeg nacionalnog pravnog poretka, zavisno od prihvaćenog

---

<sup>8</sup> V. detaljnije, M. Heipertz, A. Verdun, *Ruling Europe, The Politics of the Stability and Growth Pact*, Cambridge 2012.

<sup>9</sup> Opravljanja za zaključivanje mešoviten sporazuma mogu biti različita: jer za neka pitanja nije predviđena nadležnost Unije ili zato što države članice žele da učestvuju u vršenju nadležnost zajedno sa Unijom onda kada Evropska unija ne poseduje isključivu nadležnost. U takvim situacijama, državama članicama više odgovara da vrše nadležnosti zajedno sa Unijom nego da joj prepuste da ona sama sve obavlja jer na taj način ostaju prisutne na međunarodnoj sceni. Iz tog razloga su države članice uvek za zaključivanje mešoviten sporazuma. Linija razgraničenja između isključive i podeljene nadležnosti Evropske unije se može promeniti tokom vremena i „... Evropski sud pravde je dao svoj sudski blagoslov praksi nekontrolisane primene mešoviten sporazuma u oblasti podeljene nadležnosti...” V. R. Schuetz “Federalism and foreign Affairs: Mixity as an (inter)national Phenomnon”, *Mixed Agreements Revisited* (edc. C. Hillion, P. Koutrakos), Hart Publishing, Oxford 2010, 367.

stanovišta o mestu međunarodnih ugovora u pravnom sistemu jedne države, odnosno da li je prihvaćena monistička ili dualistička teorija.

Na pravne odnose koje uređuju sporazumi o pridruživanju primenjuju se interpretativne metode tumačenja prava Evropske unije, što dodatno svedoči o posebnom karakteru procesa stabilizacije i pridruživanja. Upravo iz tog razloga čudi činjenica da se položaj ovih sporazuma u unutrašnjem pravnom poretku država članica ne posmatra odvojeno od ostalih međunarodnih ugovora jer oni po svojoj svrsi, cilju i sadržaju znatno više zadiru u unutrašnje pravno uređenje jedne pridružene države. Ovakav, nediferencirani pristup sporazumima o pridruživanju u odnosu na ostale međunarodne ugovore je prisutan u velikom broju zakonodavnih rešenja nekadašnjih država kandidata.<sup>10</sup> Pored toga što ne predviđaju poseban status ovih sporazuma, ta zakonodavna rešenja nisu regulisala ni pitanja direktnog dejstva. Iako odsustvo takvih odredbi ne sprečava nacionalne sudove da im priznaju direktno dejstvo, oni, u odsustvu specifičnih ugovornih ili nacionalnih pravila koja bi tu obavezu propisivala, nemaju pravnu obavezu da to učine.

Pojedine odredbe SSP usled njihovog specifičnog sadržaja se ne mogu primeniti bez njihovog prethodnog tumačenja u kontekstu *acquis communautaire*. Tako da pridružene države moraju da primenjuju i interpretativne metode koje su razvile institucije Evropske unije, a ne one klasične metode interpretacije koje se primenjuje na ostale, „obične” međunarodne ugovore. I svrha i cilj SSP se razlikuju od onih koji imaju pred sobom ostali međunarodni ugovori. Praksa Evropskog suda pravde je pokazala da SSP može imati najrazličitije svrhe, koja se može otkriti čitajući preambulu ugovora, njegove dalje odredbe ili može poizaći iz ukupnog konteksta. Sve te svrhe se mogu podvesti pod jedan zajednički cilj, a to je približavanja i uključivanja u članstvo Evropske unije.

## 2.2. Pravni status SSP u komunitarnom pravu

Od slučajeva *Hageman* i *Demire*<sup>11</sup> Sud pravde posmatra sporazume o pridruživanju kao sastavne delove komunitarnog prava, što znači da, na osnovu principa neposredne primene, ovi sporazumi se po ratifikaciji mogu

<sup>10</sup> To je, na primer, slučaj sa bugarskim, estonskim, mađarskim zakonodavstvom koji samo poseduje opšte odredbe posvećene ratifikovanim međunarodnim sporazumima.

<sup>11</sup> *R.&V.Haegeman v. Belgian State* (1974) ECR 00449 i *Meryem Demirel v. Stadt Schwaebisch Gmuend* (1987) ECR- 03719.

smatrati i delom unutrašnjeg prava država članica. Trenutkom stupanja u punopravno članstvo Evropske unije država kandidat će se uklopiti u postojeću nacionalnu i normativnu strukturu, pa će se izmeniti i odnos između nacionalnog pravnog sistema i sistema prava Evropske unije. „Zbog činjenice da predstavljaju glavni institucionalni okvir zaključen i ratificiran od strane država članica, Evropske unije i države kandidata, SSP možemo nazvati primarnim asocijacijskim pravom, a pravo koje temeljem takvih sporazuma donose zajedničke institucije osnovane takvim ugovorom- sekundarnim asocijacijskim pravom. Međutim, iz perspektive Evropske zajednice i njenih država članica, navedeni pravni izvori predstavljaju akte institucija Zajednice i čine sastavni dio njene pravne stečevine (*acquis communautaire*). Odatle i mogućnost različitog metodološkog pristupa interpretaciji tih pravnih izvora u Europskoj zajednici od onog u državama (potencijalnim) kandidatkinjama.”<sup>12</sup>

### 3.Odnos sporazuma o pridruživanju i SSP

Kao osnov za zaključivanje SSP se navodi član 217. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, iako se u odredbama ovog člana ne pominje SSP, već se govori o pravu Evropske unije da zaključuje sporazume o pridruživanju u svim oblastima u kojima se između Evropske unije i treće države može uspostaviti onaj nivo ekonomskih, političkih i pravnih odnosa koji odgovaraju pojmu „pridruživanja”. U svom mišljenju broju 1/78<sup>13</sup> Evropski sud pravde se izjasnio o osnovu za zaključivanje sporazuma o pridruživanju, istučući da u slučajevima kad zaključivanje i sporovođenje nekog sporazuma podrazumeva i finansijske obaveze, onda se i države članice mogu pridružiti tom sporazumu.<sup>14</sup> Pošto se SSP ubraja u pomenute sporazume, u odlukama Saveta za zaključivanje kao osnov njegovog zaključivanja se navodi član 310. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, odnosno član 217. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

---

<sup>12</sup> S. Rodin, „Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Evropske zajednice i Republike Hrvatske”, 266. Tekst je dostupan na [http://www.pravo.unizg.hr/download/repository/Rodin\\_Zbornik\\_SSP.pdf](http://www.pravo.unizg.hr/download/repository/Rodin_Zbornik_SSP.pdf), 26. avgust 2013. V. detaljnije i A. Kallermann, „The Rights of Non- Member States Nationals under EU- Association Agreements”, *European Journal of Law Reform*, Vol. X, br.3, 341.

<sup>13</sup> V. mišljenje Evropskog suda pravde: Opinion 1/78, International Ruber (1979) ECR 2909.

<sup>14</sup> V. C. W. A. Timmermans, „The Court of Justice and Mixed Agreements”, *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case- Law*, Springer 2012, 659- 673.

Evropski sud pravde se nije izjašnjavao o ovako povučenoj paraleli između sporazuma o pridruživanju i SSP, ali je nije ni osporavao, što vodi zaključku da se SSP tretira na isti način kao i sporazumi o pridruživanju. U odlukama Saveta Evrope na osnovu kojih je Evropska zajednica zaključila SSP sa državama Zapadnog Balkana, kao pravni osnov se navodi član 310. UEZ u kojima je Evropskoj zajednici dato pravo da zaključuje sporazume o pridruživanju. Ovakav pravni osnov nije osporen ni u pravnoj teoriji ni u praksi Evropskog suda pravde.

#### 4. Evropski sud pravde i SSP

Evropski sud pravde se nije izjašnjavao o prirodi SSP, već samo o prirodi Sporazuma o pridruživanju, kad je potvrdio da oni predstavljaju deo pravnog sistema Zajednice i država članica, čijim odredbama se može priznati direktno dejstvo pod istim uslovima koji važe za Ugovor o osnivanju. Tumačenje Sporazuma o pridruživanju Evropski sud pravde može izvesti *ex ante*, u postupku zaključivanja, ili *ex post*<sup>15</sup>, nakon stupanja na snagu, u okviru postupka odlučivanja o prethodnim pitanjima. Ukoliko bi sud bilo koje države članice imao sumnje ili nedoumice u vezi sa tumačenjem Sporazuma, na raspolaganju mu stoji mogućnost da pokrene postupak za tumačenje pred Evropskim sudom pravde.

Nakon što SSP stupi na snagu pred Sudom pravde se može tražiti tumačenje spornih odredbi u postupku odlučivanja o prethodnom pitanju, koji mogu pokrenuti sudovi i tribunali država članica ako smatraju da je odluka po tom pitanju neophodna za donošenje presude.<sup>16</sup> Ako se takvo pitanje postavi u pravnom poretku u kom ne postoje ili nisu dozvoljeni pravni lekovi protiv odluka sudova ili tribunala, oni su dužni da ovo pitanje daju na rešavanje Evropskom sudu pravde.

SSP može biti predmet ocene ustavnosti i zakonitosti pred sudovima pridruženih država u postupku utvrđenom nacionalnim pravom.

Pojedini sporazumi između Evropske unije i trećih država, uključujući i sporazume o pridruživanju, predviđaju mogućnost da se pitanje tumačenja i primene ugovora poveri na rešavanje Savetu pridruživanja. Ovo telo se sastoji od predstavnika pridružene države

<sup>15</sup> Čl. 218, st.11, odnosno čl. 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

<sup>16</sup> Čl. 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

i predstavnika Evropske unije. I SSP koje su zaključile Makedonija<sup>17</sup>, Hrvatska<sup>18</sup>, Srbija<sup>19</sup> predviđaju da sve ugovorne strane mogu inicirati postupak tumačenja pred Savetom za stabilizaciju i pridruživanje.

Bez obzira na postojanje sporazumom predviđenih mehanizama za rešavanje sporova i tumačenje, Evropski sud pravde preuzima neretko na sebe te nadležnosti. Tako je u predmetu *Pabst*<sup>20</sup> Evropski sud pravde preuzeo na sebe tumačenje Sporazuma o pridruživanju između Evropske ekonomske zajednice i Grčke, iako je Sporazum predviđao paralelni mehanizam za rešavanje sporova pred Arbitražnim sudom za pridruživanje. Krajnji ishod je bio taj da je Evropski sud pravde članu 53. Sporazuma sa Grčkom priznao direktno dejstvo.<sup>21</sup> Postavlja se pitanje da li se arbitražne klauzule sporazuma o pridruživanju odnose na politička, a ne na pravna pitanja i da li Evropski sud prihvata nadležnost za tumačenja sporazuma, potpuno ignorišući klauzule o arbitraži.

„U pridruženim državama situacija može biti drugačija. Ukoliko bi se pitanje interpretacije sporazuma o pridruživanju pojavilo pred redovnim sudom pridružene države, nacionalni sud morao bi sam riješiti spor bez mogućnosti pokretanja postupka predviđenog članom 234 UEZ. Ukoliko bi nacionalno procesno pravo sadržavalo odgovarajuće odredbe, nacionalni sud bi, barem teoretski, mogao zatražiti mišljenje od Vijeće pridruživanja. U takvom slučaju za očekivati je da će evropski članovi Vijeća slijediti interpretativnu praksu Evropskog suda.”<sup>22</sup>

Na prvi pogled nije najjasnije da li Evropski sud pravde uopšte poseduje nadležnost za tumačenje SSP jer se opšta nadležnost Suda pravde odnosi na tumačenje Ugovora i valjanost i tumačenje akata institucija, organa ili tela Unije. S obzirom da u zaključivanju SSP učestvuju ne samo institucije i organi Unije, već i države članice, SSP predstavlja mešoviti

---

<sup>17</sup> Čl. 108, 110, 111, 112, 113 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Makedonije, sa jedne strane, i Evropske zajednice i njenih država članica, sa druge strane, *Službeni vesnik na Republika Makedonija- Megunarodni ugovori*, br. 28/2001.

<sup>18</sup> Čl. 113 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske, sa jedne strane, i Evropske zajednice i njenih država članica, sa druge strane, *Službeni list Republike Hrvatske- Međunarodni ugovori*, br. 22/2001.

<sup>19</sup> Čl. 130 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Srbije, sa jedne strane, i Evropske zajednice i njenih država članica, sa druge strane, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 62/2005, 61/2007.

<sup>20</sup> *Pabst & Richarz KG v. Hauptzollamt Oldenburg*, ECR 1331, 1982.

<sup>21</sup> G. Bebr, “Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect: From International Fruit Company to Kupferberg”, *Common Market Law Review* 20/1983, 68.

<sup>22</sup> S. Rodin, 4.

bilateralni sporazum, a ne „čist“ komunitarni akt. Međutim, kroz svoju praksu Evropski sud pravde je pokazao da smatra da je nadležan za tumačenje i mešovitih i bilateralnih sporazuma.

#### 4.1. Mešoviti i bilateralni sporazumi pred Evropskim sudom pravde

Moglo bi se pomisliti da će Evropski sud pravde biti nadležan za tumačenje mešovitih sporazuma samo u pogledu onih delova sporazuma za koje je Evropska unija ugovorna strana ili u pogledu kojeg je vršila svoje nadležnosti. Međutim, takvo shavatanje se ne može prihvatiti kao ispravno jer Evropska unija postaje ugovorna strana u pogledu celog sporazuma, iako samo u granicama svoje određene nadležnosti. Evropski sud pravde se i dalje drži svog mišljenja, prema kom su mešoviti ugovori deo pravnog poretka Evropske unije.

Iako „očevi osnivači“ nisu predvideli nadležnost Evropskog suda pravde da tumači bilateralne sporazume, vremenom je ova oblast postala jedan od najznačajnijih vidova sudske zaštite u Evropskoj uniji. Do sada su uglavnom sve odluke Suda pravde u vezi sa bilateralnim sporazumima donete u postupku preliminarnog odlučivanja na osnovu člana 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.<sup>23</sup> Takođe, na osnovu člana 218, stav 11. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije je moguće da se preispita pred Evropskim sudom pravde da li je određen bilateralni sporazum u saglasnosti sa Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije.<sup>24</sup>

U slučaju *Haegeman* 1974. godine pred Sud pravde je stavljen zadatak da preliminarno odluči o tumačenju određenih odredba Sporazuma o pridruživanju sa Grčkom. Iako je opšti pravobranilac zastupao tezu da Evropski sud pravde apsolutno ne raspolaže nadležnošću za tumačenje bilateralnih sporazuma, tj. u ovom slučaju konkretno sporazuma o pridruživanju, već samo Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici, Sud je ipak odlučivao o ovom pitanju ističući da „...odredbe ovog Sporazuma čine integralni deo prava Zajednice“.

<sup>23</sup> Najčešći su slučajevi kad postoji sumnja da je akt države članice u suprotnosti sa obavezama iz bilateralnog ugovora ili kada se stranke u svom sporu pred nacionalnim sudom pozovu na odredbe bilateralnog sporazuma, što se dešava nešto ređe.

<sup>24</sup> Međutim, veoma retko se dešava da dođe do pokretanja ovog postupka u pogledu bilateralnih sporazuma. Uglavnom se postavlja pitanje kompatibilnosti multilateralnih sporazuma.

## 4.2. Priznavanje direktnog dejstva bilateralnim sporazumima

Priznavanjem direktnog dejstva pojedinim odredbama sporazuma o pridruživanju Sud pravde je praktično dao pravo pojedincima da traže zaštitu svojih prava iz Sporazuma u postupcima protiv svojih država kao ugovornih strana.<sup>25</sup>

Evropski sud pravde je po prvi put ispitivao postojanje direktnog dejstva bilateralnih sporazuma u slučaju *International Fruit Company*.<sup>26</sup> Sledeći slučaj koji se ticao efekta bilateralnih sporazuma je *Polydor v. Harlequin*<sup>27</sup> kada se odlučivalo o vršenju prava industrijske i intelektualne svojine na osnovu Ugovora sa Portugalom iz 1972. godine, kojim je ustanovljena slobodna trgovina. Ne uzimajući u obzir činjenicu da su određene odredbe tog Ugovora formulisane na govoto isti način kao odredbe Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici i kojima je priznato direktno dejstvo, Sud je izbegao da odgovori na pitanje priznavanja direktnog dejstva spornog ugovora i odmah se posvetio tumačenju sadržine njegovih odredaba. Postojanje tekstualne sličnosti između ova dva ugovora nije bio dovoljan razlog da se oni tumače na isti način jer su pred sobom imali različite ciljeve. Štaviše, ovom odlukom Sud je potvrdio da je za tumačenje sadržine bilateralnog sporazuma njavažnije utvrditi njegov cilj i pririodu.

Par meseci kasnije na scenu stupa slučaj *Pabst&Richarz*<sup>28</sup> u kom se pokrenulo pitanje da li je nemački Zakon o monopolu nad žestokim pićima<sup>29</sup> u konfliktu sa članom 53. stav 1. Sporazuma o pridruživanju sa Grčkom. Navedena odredba je bila slična sa članom 95. Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici.<sup>30</sup> Sud je ustanovio da je član 53. stav 1. Sporazuma sa Grčkom sadržao „jasnu i preciznu obavezu za čije tumačenje ili dejstvo nije potrebno donositi dodatne akte”. Dalje, Sud pravde je istakao da član 53. stav 1. ispunjava istu funkciju kao slična odredba Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici i na kraju zaključio

---

<sup>25</sup> U predmetu *Kziber* (1991) ECR I-199, Sud je zauzeo stav da Sporazum o saradnji između EEZ i Maroka ima direktnu primenu. V. *Yousfi v. Belgium* i *Commission of the European Communities v. Ireland*.

<sup>26</sup> *International Fruit Company NV v. Produktschap voor Groenten en Fruit* (1972) ECR 1219.

<sup>27</sup> *Polydor v. Harlequin* (1982) ECR 329.

<sup>28</sup> *Pabst&Richarz v. Hauptzollamt Oldenburg* (1982) ECR 01333.

<sup>29</sup> Gesetz ueber das Branntweinmonopol, BGBl I S. 1650, 1651.

<sup>30</sup> Sada čl. 110 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

da iz teksta pomenute odredbe i cilja i prirode samog Sporazuma o pridruživanju proizilazi da član 53. stav 1. ima direktno dejstvo.

Presuda u slučaju *Kupferberg*<sup>31</sup> iz 1982. godine se, takođe, ticala pitanja direktnog dejstva bilateralnih sporazuma. Kao i u već pomenutom slučaju *Pabst*, radilo je se o Ugovoru zaključenim sa Portugalom kojim je zasnovana slobodna trgovina. Ovog puta je pitanje eventualnog direktnog dejstva posebno isticano, koje je Sud pravde prihvatio da postoji, uprkos navođenju velikog broja kontraargumenata. Posebno je istaknuto da je „na institucijama Zajednice, kao i na državama članicama da obezbede usaglašenost pri ispunjavanju obaveza koje proizilaze iz takvih sporazuma”.<sup>32</sup> Pre nego što je doneo konačnu odluku o direktnom dejstvu, Sud pravde se pozvao na važan princip da su prilikom pregovaranja stranke slobodne da se dogovore kakvo dejstvo će taj sporazum imati u domaćem pravnom poretku. Isključivo ako stranke ovo pitanje nisu same regulisale, sudovi, a posebno Evropski sud pravde, mogu dati odgovor na ovo pitanje. Na kraju je zaključak Suda bio da ni priroda ni struktura Sporazuma sa Portugalom ne sprečavaju da njegove odredbe poseduju direktno dejstvo, uključujući i član 21. stav 1. Sporazuma.

Odluke u pomenutim slučajevima su imale značajan uticaj na razvoj prakse tumačenja bilateralnih sporazuma. Podvođenja bilateralnih sporazuma pod akte institucije Zajednice je vodilo uspostavljanju vodeće uloge Suda pravde u tumačenju sporazuma, uključujući i odgovaranja na pitanje direktnog dejstva. Prilikom ispitivanja eventualnog postojanja direktnog dejstva bilateralnih sporazuma, nisu primenjivane drugačije metode tumačenja od onih koje su primenjivane na osnivačke akte. Naravno, odredbe bilateralnih sporazuma moraju biti „jasne i neuslovne” i ako je taj uslov ispunjen, na dnevni red dolazi ispitivanje prirode i cilja sporazuma, što je neizostavan korak u postupku ispitivanja postojanja direktnog dejstva.<sup>33</sup>

Prilikom donošenja odluka u opisanim slučajevima često se videla jasna veza između utvrđivanja direktnog dejstva i neophodnog tumačenja odredbi sporazuma jer je postalo očigledno da se pitanje direktnog dejstva mora dalje definisati i precizirati.

<sup>31</sup> *Hauptzollamt Mainz v. C.A. Kupferberg* (1982) ECR 3659.

<sup>32</sup> Ugovor o Evropskoj ekonomskoj zajednici je ustanovio sposobnost Zajednice da zaključuje sporazume, tako da svi sporazumi zaključeni na osnovu te mogućnosti su obavezujući za institucije Zajednice i države članice.

<sup>33</sup> Ovakva praksa je postojala i slučajevima *Van Gend en Loos* i *International Fruit Company*, u kojima se, takođe, postavilo pitanje direktnog dejstva

### 4.3. Priznavanje direktnog dejstva sporazumima o pridruživanju

Sve odluke Evropskog suda pravde vezane za sporazume o pridruživanju su se odnosile na klauzule nediskriminacije u ovim sporazumima, uglavnom vezano za radnike koji su bili legalno zaposleni u državama članicama. Praktična posledica priznavanja direktne dejstvo ovim sporazumima je pravo državljana država potpisnica da se pozovu na takve odredbe protiv država članica pred nacionalnim sudovima. Čak i one odredbe koje se ne mogu neposredno primeniti, mogu biti predmet razmatranja pred Sudom u slučaju da države članice preduzmu radnje koje su suprotne tim odredbama, što implicira da se tim odredbama posredno priznaje direktna dejstvo.<sup>34</sup>

Pitanje direktne primene sporazuma o pridruživanju pred Evropskim sudom pravde je prvi put pokretno u slučaju *Demirel*<sup>35</sup>, povodom Sporazuma o pridruživanju Evropske ekonomske zajednice i Turske. Sporazum o pridruživanju Turske je više puta doveo do sporova pred Sudom pravde (u pitanju je preko 50 slučajeva), pri čemu je više puta pitanje bilo da li određena odredba ima direktno dejstvo ili ne. U ovom slučaju Sud pravde je odlučio da član 12. Sporazuma<sup>36</sup> i član 36. Dodatnog protokola<sup>37</sup> iz Brisela ne predstavljaju deo komunitarnog prava i da se zbog njihove nedovoljne preciznosti zato ne mogu neposredno primenjivati u nacionalnim pravnim porecima. Uz to, za njihovu dalju primenu potrebno je da Veće pridruživanja donese dodatne akte i mere i zato ne mogu da direktno regulišu slobodu kretanja radnika. Međutim, u istoj odluci Sud pravde je istakao da će se onim odredbama Sporazuma koje sadrže jasnu i preciznu obavezu i za čiju primenu nisu potrebne dodatne mere, priznati direktno dejstvo.<sup>38</sup> Što još ukazuje da Sud nije odbio da prizna direktno dejstvo odredbama jer je smatrao da priroda

---

<sup>34</sup> V. *The Queen, Veli Turn and Mehmet Dari v Secretary of State for the Home Department*, (2007) ECR I-7415.

<sup>35</sup> U slučaju *Demirel* Sud je trebalo da odluči da li gospođa Demirel, koja je turske nacionalnosti i udata je za Turčina, ima pravo da se pozove na odredbe Sporazuma o pridruživanju sa Turskom i na Dodatni protokol pred nemačkim sudom, odnosno da li je ovim dokumentim priznato direktno dejstvo.

<sup>36</sup> Čl. 12 Sporazuma o pridruživanju sa Turskom predviđa da su stranke saglasne da budu vođene čl. 48, 49 i 50 Ugovora o osnivanju Zajednice radi obezbeđivanja slobode kretanja radnika između sebe.

<sup>37</sup> Čl. 36 Dodatnog protokola reguliše nivo zaštite prava slobode kretanja radnika između država članica i Turske i, dalje, predvide obavezu Veća pridruživanja da donosi za to potrebna pravila.

<sup>38</sup> Tač. 14 presude.

i cilj Sporazuma o pridruživanju to ne dozvoljavaju.<sup>39</sup> O tome svedoči i odluka u slučaju *Savas*<sup>40</sup> kada je Sud pravde odlučivao da li član 41. stav 1. Dodatnog protokola, koji je predviđao da će se stranke uzdržati od uspostavljanja bilo kakvih uzajamnih ograničenja za slobodu pružanja usluga, ima direktno dejstvo. Pošto je razmotrio spornu odredbu, Sud je zaključio da ona to dejstvo poseduje jer sadrži jasnu, preciznu i nedvosmislenu obavezu, ne razmatrajući dalje prirodu i cilj Sporazuma ili Protokola.<sup>41</sup>

Prema shvatanju nemačke i engleske Vlade Evropski sud pravde nije imao nadležnost da odlučuje o pitanju slobode kretanja radnika jer su Sporazum o pridruživanju i Dodatni protokol mešoviti ugovori. Međutim, Sud pravde je odbio taj argument jer je putem Sporazuma sa Turskom, kao državom nečlanicom, uspostavljena posebna veza, na osnovu koje država nečlanica sada može do određene mere da aktivno učestvuje u Zajednici, koja je sa svoje strane dužna da ispuni sve obaveze prema Turskoj u onim oblastima koje su obuhvaćene Osnivačkim ugovorom, uključujući i pravo o slobodi kretanja radnika.<sup>42</sup> „Države članice nisu dužne da u sporazume koje Evropska unija zaključi sa drugim strankama uključe ona područija koja se nalaze u njihovoj nadležnosti. Ali ako to učine, moraju prihvatiti sve posledice takve radnje, kao što su nadležnost Suda pravde da tumači odredbe tih sporazuma, uključujući i one koje su zaključene u mešovitoj formi.”<sup>43</sup> Ista odluka je ponovljena i u slučaju *Real Sociedad de Futbol*<sup>44</sup> kada je članu 37. Dodatnog protokola<sup>45</sup> priznato direktno dejstvo, dodatno se pozivajući na gotovu istovetnost sa odredbama Evropskih sporazuma i Sporazumom sa Rusijom.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> U odluci je Sud. Između ostalog, naveo i da je jedno od obeležja Sporazuma sa Turskom da on predviđa ciljeve pridruživanja i postavlja smernice za dostizanje tih ciljeva, ali bez davanja detaljnih pravila.

<sup>40</sup> *Savas* (2000) ECR I- 2927.

<sup>41</sup> V. još i slučaju *S. Z. Sevince v. Staatssecretaris van Justitie* (1990) ECR I- 3461.

<sup>42</sup> Tač. 9 Odluke.

<sup>43</sup> M. Maresceau, “The Court of Justice and Bilateral Agreement”, *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case- Law*, Springer 2012 , 706.

<sup>44</sup> *Real Sociedad de Futbol SAD and Nihat Kahveci v. Consejo Superior de Deportes and Real Federacion Espanola de Futbol* , ECR I- 06291.

<sup>45</sup> Čl. 37 Dodatnog protokola predviđa da pravila koja svaka država članica primenjuje na radnike iz Turske zaposlene u Zajednici neće praviti diskriminaciju po nacionalnoj osnovi između turskih radnika i radnika iz ostalih država članica.

<sup>46</sup> Sporazum o saradnji i partnerstvu, European Commission MEMO/11/104.

Slučaj *Gloszczuk*<sup>47</sup> je jedan od novijih slučajju kome je se raspravljalo pitanje direktnog dejstva sporazuma o pridruživanju. Pozivajući se na formulu za priznavanje direktnog dejstva iz svoje prethodne prakse Evropski sud pravde je ustanovio da klauzula o nediskriminaciji iz Sporazuma o pridruživanju sa Poljskom ima direktno dejstvo. Utvrđena priroda i cilj Sporazuma nisu uticali na odluku Suda pravde o direktnom dejstvu. Tokom postupka kao sporno pojavilo se pitanje da li činjenica da je, imeđu ostalog, svrha Sporazuma da promoviše ekonomski razvoj Poljske i da to vodi neravnoteži obaveza između Zajednice i te države, prepreka direktnom dejstvu. Međutim, Sud pravde je našao da takva prepreka ne postoji.

U predmetu *Kondova*<sup>48</sup> pred Sudom pravde se pokrenulo pitanje da li su odredbe o zabrani diskriminacije iz Sporazuma o pridruživanju sa Bugarskom direktno primenjiva. Tako i u predmetu *Gloszczuk*. Ovakve odluke Suda pravde su čak i okarakterisane kao politički potezi, u smislu da Sud nastoji da se ogradi od preuzimanje aktivne uloge u procesu proširenja Evropske unije.<sup>49</sup>

Jedan od zaključaka koji se nameće tokom obrađivanja navedenih slučajeva je da, prilikom utvrđivanja da li određena odredba ima direktno dejstvo, Evropski sud pravde ne kreće od pretpostavke da sporazum o pridruživanju poseduje direktno dejstvo, već tumači konkretnu spornu odredbu za koju se može ispostaviti da ima ili nema direktno dejstvo. Dalje, Sud pravde je morao da se bavi tumačenjem materijalnog prava tih normi jer je potrebno utvrditi obim i intenzitet direktnog dejstva konkretne norme. Čak i samo tumačenje određene odredbe, bez potezanja pitanja direktnog dejstva, može ukazati da se pojedinac može osloniti na rezultate tumačenja, ukoliko se pomoću te odredbe određuje položaj pojedinca pred nacionalnim sudovima. Međutim, ako se tokom tumačenje odredbe bilateralnog sporazuma pokaže da se pojedinac ne može pozvati na to tumačenje pred nacionalnim sudom jer sporna odredba ne predviđa tu mogućnost, onda najverovatnije ni ta odredba neće imati direktno dejstvo.<sup>50</sup> Ili, čak i da ima direktno dejstvo, to neće biti od značaja prilikom rešavanja spora.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> *Gloszczuk v. Secretary of State for the Home Department*, (2001) ECR I- 6369.

<sup>48</sup> S-239/99 *Secretary of State for the Home Department*, ex parte: Eleanora Ivanova Kondova.

<sup>49</sup> J. McMahon, A. Pedain, "With or Without Me: the ECJ Adopts a Pose of Studied Neutrality Towards EU Enlargement", *International and Comparative Law Quarterly*, 51, 2002, 981-989.

<sup>50</sup> V. detaljnije M. Maresceau, 708.

<sup>51</sup> V. slučaj *Hengartner and Gasser*, C- 70/09.

## 5. Zaključak

O nadležnosti Evropskog suda pravde da tumači SSP može se govoriti samo na osnovu njegove prakse u tumačenju mešovitih, bilateralnih sporazuma i sporazuma o pridruživanju. Analizom je ustanovljeno da sporazumi o pridruživanju i SSP poseduju odgovarajuće sličnosti, iako se to nigde eksplicitno ne navodi, tako da se otvara mogućenost primene analogije prilikom interpretacije SSP.

U početku se dovodila u pitanje uopšte i nadležnost Evropskog suda pravde za tumačenje sporazuma o pridruživanju. Međutim, vodeći se logikom da ova vrsta sporazuma predstavlja bilateralne i mešovite sporazume, Sud pravde je uspeo da nađe „čvrstu” osnovu za svoju nadležnost. I ne samo to, nego je ubrzo razvio doktrinu o direktnom dejstvu ove vrste sporazuma, koja za njih prvenstveno nije bila ni predviđena i prema kojoj su države članice pokazivale izvesnu dozu rezervisanosti jer je zadirala u najosetljivije delove unutrašnjeg poretka.

Za razliku od nekih drugih međunarodnih sporazuma,<sup>52</sup> u slučaju sporazuma o pridruživanju (a u budućnosti verovatno i SSP) njihova priroda i svrha nisu predstavljali prepreku za priznavanje direktnog dejstva ovoj vrsti mešovitih sporazuma, naravno, pod uslovom da su određene odredbe bile jasne i da nisu bili potrebni dodatni uslovi za njihovo izvršenje.

Neretko se dešava da unutrašnjim propisima država članica nije regulisano pitanje direktnog dejstva SSP, pa se odgovor mora tražiti u okvirima teorije u zemljama članicama i prakse Evropskog suda pravde. Drugi eventualni put za priznavanje direktnog dejstva SSP jeste da mu se prizna veća pravna snaga u odnosu na unutrašnje propise države kandidati za članstvo u okviru unutrašnjih pravila o hijerarhiji pravnih akata.

---

<sup>52</sup> V. detaljnije M. Maresceau, 716.

---

**Mirjana Glintić, master**  
Research assistant  
Institute of Comparative Law

## **STABILIZATION AND ASSOCIATION AGREEMENTS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE**

### Summary

The author analyses legal status and interpretation of the Stabilization and Association agreements in the European Union legal order and in the legal order of the non- member countries that have expressed a wish to join EU. The author then sets the question, whether this kind of agreements possesses direct effect. The answer to this question is supposed to be given by the European Court of Justice. But due to the lack of practice in this field, one has to take into consideration the cases before ECJ and its opinions concerning direct effects of Association agreements since the certain resemblances exist between these two types of agreements.

The paper has three parts plus introduction and conclusion. The first part describes main characteristics of the Stabilization and Association Agreements; the second part analyses the similarities with the Association Agreements, while the third part presents the cases before ECJ, in which the Court examined the direct effect of the Association Agreements.

**Key words:** Stabilization and Association Agreement, direct effect, bilateral agreement, mixed agreement, European Court of Justice.



## JEDINSTVENI PATENTNI SUD – NOVI PRAVOSUDNI ORGAN ZA REŠAVANJE SPOROVA U VEZI ZA EVROPSKIM I UNITARNIM PATENTOM

### *Apstrakt*

*U radu je predstavljen Jedinštveni patentni sud, kao novi pravosudni organ za rešavanje sporova u vezi sa evropskim i unitarnim patentom. Sporazum o jedinstvenom patentnom sudu potpisan je u februaru 2013. godine, a sud bi trebalo da počne sa radom početkom 2015. godine. Nakon uvodnih napomena o uspostavljanju jedinstvenog sistema zaštite pronalazaka u Evropskoj uniji, u prvom delu rada razmotrene su prepreke na putu ka uspostavljanju Jedinštvenog patentnog suda. Posebna pažnja posvećena je odnosu između Jedinštvenog patentnog suda i Evropskog suda pravde. U okviru drugog dela rada predstavljene su najznačajnije odredbe Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu, kao što su one koje se tiču nadležnosti suda, način izbora sudija, jezika na kome se vodi postupak itd.*

***Ključne reči:*** *Jedinštveni patentni sud, unitarni patent, evropski patent, Evropska unija, Evropski sud pravde.*

### 1. Uvodne napomene

Nakon više od tri decenije pregovora o uspostavljanju jedinstvenog sistema zaštite pronalazaka u Evropskoj uniji, Evropska komisija je 13. aprila 2011. predložila tzv. patentni zakonodavni paket. Ovaj paket sastoji se od tri komponente: Uredba o sprovođenju bliže saradnje u oblasti

---

<sup>1</sup> Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci

stvaranja unitarne patentne zaštite<sup>2</sup>, Uredba o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja unitarne patentne zaštite koja se tiče prevođenja<sup>3</sup> i Sporazum o jedinstvenom patentnom sudu.<sup>4</sup>

Unitarni patent definisan je kao klasični evropski patent koji izdaje Evropski zavod za patente (EZP) i kome se samo dodaje atribut unitarni. Unitarni patent može biti dobijen, ograničen, prenesen, opozvan ili proširen samo za sve države članice koje učestvuju u bližoj saradnji. Inače, unitarni patent postoji zajedno sa nacionalnim i klasičnim evropskim patentom, a titulari mogu da biraju između različitih kombinacija evropskog patenta i unitarnog patenta.<sup>5</sup>

Posle niza problema sa kojima se Unija suočila na putu ka uspostavljanju jedinstvenog sistema zaštite pronalazaka u EU (npr. problemi u vezi sa režimom prevođenja, ulogom Evropskog suda pravde u okviru novog patentnog sistema), Uredbe o unitarnoj patentnoj zaštiti stupile su na snagu su 1. januara 2013. Ove dve Uredbe trebalo bi da počnu da se primenjuju od 1. januara 2014. ili od datuma stupanja na snagu Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu, u zavisnosti od toga koji od ovih datuma nastupi kasnije.

Što se tiče Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu, ovaj Sporazum potpisan je 19. februara 2013, a stupiće na snagu čim ga ratifikuje trinaest država, uključujući Francusku, Nemačku i Ujedinjeno Kraljevstvo. Očekuje se da će Jedinstveni patentni sud početi sa radom početkom 2015. godine.

U okviru prvog dela rada razmotrene su prepreke na putu ka uspostavljanju Jedinstvenog patentnog suda. Posebna pažnja posvećena je odnosu između ovog suda i Evropskog suda pravde. U drugom delu rada predstavljene su najznačajnije odredbe Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu.

---

<sup>2</sup> Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection, *OJ L 361/1*.

<sup>3</sup> Regulation (EU) No 1260/2012 of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements agreement, *OJ L 361/1*.

<sup>4</sup> Agreement on Unified patent Court, <http://www.unified-patent-court.org/images/documents/upc-agreement.pdf>, 17.10.2013.

<sup>5</sup> Tako titulari patenta mogu, na primer, da se opredele za unitarni patent za dvadeset pet država članica EU koje učestvuju u bližoj saradnji, zajedno sa klasičnim evropskim patentom koji ima dejstvo u jednoj ili više država članica Konvencije o evropskom patentu (KEP) koje ne učestvuju u bližoj saradnji, kao što su Španija, Italija, Švajcarska, Turska, Island itd.

## **2. Prepreke na putu ka uspostavljanju Jedinstvenog patentnog suda**

Dana 23. decembra 2003. godine, Evropska komisija je iznela prvu verziju Sporazuma o osnivanju suda za evropski i unitarni patent, koji je kasnije izmenjen i dopunjen u skladu sa Mišljenjem Evropskog suda pravde. Inače, jedno od najspornijih pitanja iz ovog sporazuma ticalo se odnosa između ovog suda i Evropskog suda pravde, tačnije uloge Evropskog suda pravde u okviru novog sistema za rešavanje patentnih sporova u EU.

### **2. 1. Predlog sporazuma o sudu za evropski i unitarni patent**

U Predlogu Komisije iz decembra 2003. godine o osnivanju Suda za evropski i unitarni patent, prvobitno je bilo predviđeno da za sporove koji se tiču klasičnog evropskog patenta i sporove koji se tiču novog unitarnog patenta, umesto nacionalnih sudova, bude nadležan novi sud za patentne sporove. Predlog o osnivanju ovakvog suda je podrazumevao pristupanje Evropske unije Evropskom zavodu za patente (EZP). Da bi EU pristupila EZP, morao bi da se potpiše međunarodni ugovor između EU, država članica EU i država ugovornica Konvencije o evropskom patentu (KEP) koje nisu članice EU. Potpisivanjem ovakvog ugovora, novi sud bi dobio isključivu nadležnost za rešavanje sporova koji se tiču unitarnog patenta.

Međutim, Evropski sud pravde je 8. marta 2011. dao negativno mišljenje o predloženom osnivanju Suda za evropski i unitarni patent, ističući da ovako koncipiran predlog zadire u ovlašćenja koja su Osnivačkim ugovorima poverena institucijama EU i državama članicama EU. U obrazloženju Suda stoji da je predlog u suprotnosti sa Ugovorom o EU i Ugovorom o funkcionisanju EU i to po najmanje dva osnova. S jedne strane, ovakvim predlogom se pravosudnim organima država članica oduzimaju ovlašćenja koja se odnose na tumačenje i primenu prava EU. Uzimajući u obzir da su upravo države članice EU te koje imaju ključnu ulogu u očuvanju prirode komunitarnog pravnog poretka, očigledno je da je predlog u suprotnosti sa pravom EU. S druge strane, sam Evropski sud pravde lišen je ovlašćenja da, u okviru prethodnog postupka,<sup>6</sup> odgovara na pitanja nacionalnih sudova država članica EU u vezi sa tumačenjem

<sup>6</sup> Čl. 267 Ugovora FEU (Postupak donošenja preliminarne odluke, postupak pribavljanja preliminarne, prethodne, prejudicijelne odluke).

odredbi komunitarnog prava (odredbi Ugovora, akata koje su doneli organi Unije i statuta tela osnovanih aktom Saveta).<sup>7</sup> Na ovaj način bi došlo do suštinske izmene karaktera ovlašćenja poverenih institucijama EU i državama članicama EU, koja su neophodna za očuvanje same prirode pravnog poretka EU.<sup>8</sup>

Predlog o osnivanju Suda za evropski i unitarni patent je izmenjen i dopunjen u skladu sa Mišljenjem Evropskog suda pravde. Novim predlogom predviđene su garancije da će se ovaj sud obraćati Evropskom sudu pravde po prethodnom pitanju, na isti način na koji to čine nacionalni sudovi država članica EU. Pored toga, prvobitnim predlogom o osnivanju Suda za evropski i unitarni patent bilo je predviđeno da on bude nadležan i za države potpisnice Konvencije o evropskom o patentu koje nisu članice EU (npr. Švajcarska, Norveška, Turska, itd.). Nakon negativnog mišljenja Evropskog suda pravde, odustalo se od te zamisli i predlog je izmenjen u smislu da je nadležnost novog suda ograničena samo na države članice EU.

Sporazumom je predviđeno da će Jedinstveni patentni sud (JPS) imati isključivu nadležnost za sporove u vezi sa evropskim patentom i budućim unitarnim patentom. Ovakvim rešenjem je otklonjena mogućnost da se niz patentnih parnica u vezi sa istim patentom pojavi u različitim državama članicama, kao i opasnost da se sudske odluke razlikuju od jedne do druge države. Osim toga, postojanje unitarnog patenta i jedinstvenog postupka rešavanja patentnih sporova treba da doprinese smanjenju troškova za mala i srednja preduzeća i bude podsticaj za rad na novim pronalascima, obezbeđujući patent koji nije skup, koji je visokog kvaliteta i za koji je u Evropi nadležan jedan, specijalizovani sud.<sup>9</sup>

Pitanje usklađenosti Predloga sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu sa primedbama koje je Sud pravde izneo u Mišljenju od 8. marta 2011. opet je postavljeno u oktobru 2012. godine. Naime, grupa najuglednijih profesora i advokata iz oblasti prava intelektualne svojine pokrenula je inicijativu za ponovno preispitivanje usklađenosti

---

<sup>7</sup> J. Čeranić, „Predlog novog sistema zaštite pronalazaka u EU – patent Unije“, *Pravo i privreda*, 7-9/2012, str. 369-370.

<sup>8</sup> E. Bonadio, „EJC Advocate General Rejects EU Patent Litigation Scheme“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 5/2010, str. 286-287.

<sup>9</sup> A. Pompidou, „Un brevet unique permettra à l’ Union européenne d’être plus compétitive [http://www.robert-schuman.eu/entretien\\_europe.php?num=55](http://www.robert-schuman.eu/entretien_europe.php?num=55), 17.10.2013.

ovog predloga sa pravom EU.<sup>10</sup> U pomenutoj inicijativi navodi se da su na osnovu Predloga sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu, nacionalnim sudovima država članica EU oduzete nadležnosti u vezi sa evropskim patentom i unitarnim patentom. Na taj način, strane u sporu su u potpunosti lišene mogućnosti da im sude nacionalni sudovi, što je u suprotnosti sa pravom EU. Naime, pravosudni sistem EU, kao i pravni poredak EU, počiva upravo na saradnji nacionalnih sudova i Evropskog suda pravde.<sup>11</sup> Iako je ova inicijativa imala velikog odjeka u javnom mnjenju, njome nije postignuto ono što su njeni potpisnici želeli.

## **2.2. Uloga Evropskog suda pravde u okviru sistema za rešavanje patentnih sporova**

Na redovan toka postupka uspostavljanja zaštite unitarnim patentom uticala je i odluka šefova država i vlada zemalja članica EU doneta na sastanku 29. juna 2012. Iako su uredbe o unitarnoj patentnoj zaštiti stupile na snagu u januaru 2013. godine, zakonitost ove odluke i dalje se osporava u pojedinim naučnim i stručnim klubovima. Na pomenutom sastanku, Evropski savet odlučio je da se Predlog uredbe o unitarnoj patentnoj zaštiti izmeni u smislu da se iz njegove sadržine ukoloni nekoliko odredbi koje se tiču nadležnosti Evropskog suda pravde. Reč je o članovima 6, 7 i 8 koji se odnose na direktne povrede unitarnog patenta, indirektne povrede i ograničenja prava dobijenih na osnovu unitarnog patenta. Dakle, reč je o članovima kojima je bio određen minimum zajedničkog materijalnog prava unitarnog patenta.<sup>12</sup>

Odluka da se Uredba o unitarnom patentnoj zaštiti izmeni kako bi se iz njenog sadržaja ukolinile odredbe koje se tiču nadležnosti Evropskog suda pravde Evropski savet obrazlagao je time da se identične odredbe nalaze u Predlogu sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu. Evropski savet se na ovaj korak odlučio pod uticajem britanske vlade koja se oduvek zalagala za to da Evropski sud pravde bude u potpunosti izopšten iz pravosudnog patentnog sistema EU. Dodela nadležnosti Sudu pravde mogla bi, prema mišljenju Velike Britanije, da dovede do neželjenih

<sup>10</sup> “Motion on the project on European Patent Court by Law professors and lawyers”, <http://www.unitary-patent.eu/content/motion-project-european-patent-court-law-professors-and-lawyers>, 17.10.2013.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> J. Čeranić, „Unitarni patent – evropski patent sa unitarnim dejstvom“, *Pravo i privreda*, 4-6/2013, 770.

posledica, npr. da odluke donose sudije koje nisu specijalisti za patentno pravo, da se donošenje odluka oduži, da se pojave dodatni troškovi itd.<sup>13</sup> Ukoliko Evropski sud pravde bude deo budućeg pravosudnog patentnog sistema, dovodi se u pitanje svrha postojanja Jedinstvenog patentnog suda.<sup>14</sup>

Zakonitost ove odluke osporavana je iz više razloga. Pre svega, isticano je da ukoliko ne postoje članovi 6-8 ne može se govoriti o pravu intelektualne svojine kojim se obezbeđuje uniformna zaštita, jer je samim državama članicama ostavljeno je da, u okviru nacionalnih zakona, odrede prava titulara evropskog patenta sa dejstvom na teritoriji cele Unije. S obzirom na to da svaka država članica može da materijalizuje zaštitu na drugačiji način, unitarno dejstvo te zaštite može biti ugroženo.<sup>15</sup> Zatim, Sporazum o jedinstvenom patentnom sudu je sporazum zaključen između država članica, tj. međudržavni sporazum. S obzirom na to da Evropska unija kao takva nije potpisnica Sporazuma, on ne predstavlja deo pravnih tekovina EU. Dakle, Sporazum se nalazi izvan pravnog okvira EU, te Evropski sud pravde neće biti nadležan ni po jednom pitanju koje se tiče patentnog prava, tj. neće postojati mogućnost da se proverí da li su odluke novog specijalizovanog suda u skladu sa pravom EU.<sup>16</sup> Najzad, ovakvom odlukom Evropski savet je prekoračio svoja ovlašćenja, jer je samim Ugovorima predviđeno da on daje neophodne podsticaje Uniji za njen razvoj i utvrđuje njenu opštu političku orijentaciju i prioritete, ali ne vrši zakonodavnu funkciju.<sup>17</sup>

Ovakva odluka Evropskog saveta naišla je na oštro protivljenje u naučnim i stručnim krugovima, ali i u samom Evropskom parlamentu, koji je, u julu 2012. godine, doneo odluku da se glasanje o patentnom zakonodavnom paketu odloži za jesen 2012. godine.

Da bi ubrzao postupak usvajanja tzv. patentnog zakonodavnog paketa, Kipar (koji je predsedavao EU u drugoj polovini 2012. godine) je predložio amandman na Uredbu o unitarnoj patentnoj zaštiti. Reč je o, sada već čuvenom, amandmanu broj 70, čiji se četvrti i najznačajniji

<sup>13</sup> *Ibid.*, 770-771.

<sup>14</sup> “Why the European Council has killed any workable EU patent?”, <http://unitary-patent.eu/content/why-european-council-has-killed-any-workable-eu-patent>, 08. 10. 2013.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Disunion and anti-Europeanism of the European Union with the unitary patent“, <http://www.unitary-patent.eu/content/disunion-and-anti-europeanism-european-union-unitary-patent>, 08.10.2013.

<sup>17</sup> Čl. 15, st. 1 Ugovora EU.

deo, poznatiji kao „kiparski kompromis“, odnosi upravo na nekadašnje članove 6-8.

„Kiparskim kompromisom“ predviđeno je upućivanje na odredbe nacionalnih zakonodavstava koje se tiču direktnih i indirektnih povreda i izuzetaka od toga (materija na koju su se odnosili članovi 6-8). Na taj način, uniformno dejstvo unitarnog patenta zagantovano je primenom jednog nacionalnog prava u zavisnosti od nacionalnosti podnosioca zahteva za priznanje patenta. Uniformnost između svih unitarnih patenata počiva na harmonizaciji odredbi nacionalnih zakonodavstava koje će biti harmonizovane u skladu sa odredbama o Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu.

„Kiparski kompromis“ kritikovan je iz više razloga. Pre svega, izbor nacionalnog prava u zavisnosti od podnosioca patenta podrazumeva određenu neizvesnost tokom trajanja patenta, jer on može biti prodat ili prenesen. Zatim, harmonizacija nacionalnih propisa na osnovu Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu ostavlja određeni stepen slobode svakoj državi prilikom usaglašavanja nacionalnih propisa sa Sporazumom. Stoga se često pominjalo da je „kiparski kompromis“ samo „prazna školjka“<sup>18</sup>, jer nikakva uniformna zaštita realno nije definisana. Zaštita se mora tražiti na drugom mestu, u nacionalnim pravima koja su harmonizovana na osnovu međunarodnog sporazuma. Naposljetku, uniformna zaštita koju obezbeđuje unitarni patent nije utvrđena u redovnom zakonodavnom postupku EU (postupak zajedničkog odlučivanja (saodlučivanja) Evropskog parlamenta i Saveta), već je definisan propisima koji se nalaze izvan pravnog poretka EU, propisima Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu.<sup>19</sup>

Iako ovaj amandman nije doprineo većoj usklađenosti Uredbe o unitarnom patentu sa Osnivačkim ugovorima, njime je ostvaren davnašnji cilj Velike Britanije, a to je uspostavljanje „mikrokosmosa patenata“.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> „Le seigneur des brevets unitaires : un aperçu du vote de plénière du Parlement européen”, <http://www.unitary-patent.eu/fr/content/le-seigneur-des-brevets-unitaires-un-aperçu-du-vote-de-pleniè-re-du-parlement-europeen>, 08.10.2013.

<sup>19</sup> J. Čeranić (2013), 773-774.

<sup>20</sup> „Le seigneur des brevets unitaires : un aperçu du vote de plénière du Parlement européen”, <http://www.unitary-patent.eu/fr/content/le-seigneur-des-brevets-unitaires-un-aperçu-du-vote-de-pleniè-re-du-parlement-europeen>, 08.10.2013.

### 3. Sporazum o jedinstvenom patentnom sudu

Uprkos protivljenju dela naučne i stručne javnosti, Evropski parlament i Savet su u decembru 2012. godine izglasali tzv. patentni zakonodavni paket. Dve uredbe o unitarnoj patentnoj zaštiti stupile su na snagu 1. januara 2013., a trebalo bi da počnu da se primenjuju od 1. januara 2014. ili od datuma stupanja na snagu Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu, u zavisnosti koji od ovih datuma nastupio kasnije.

Što se tiče Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu, ovaj sporazum potpisan je 19. februara 2013.,<sup>21</sup> a stupiće na snagu čim ga ratifikuje trinaest država, uključujući Francusku, Nemačku i Veliku Britaniju. Očekuje se da će Jedinstveni patentni sud početi sa radom početkom 2015. godine.

Jedinstveni patentni sud je zajednički sud svih država članica koje su potpisale Sporazum o JPS i stoga je deo njihovog pravosudnog sistema. Ovaj sud ima isključive nadležnosti u vezi sa evropskim patentom i evropskim patentom sa unitarnim dejstvom – unitarnim patentom. Isključive nadležnosti mogu biti predmet izuzeća tokom prelaznog (tranzicionog) perioda. Poslovnik Jedinstvenog patentnog suda važi na teritoriji onih država članica ugovornica koje su ratifikovale Sporazum u okviru predviđenog vremenskog perioda. Inače, Jedinstveni patentni sud nije nadležan za nacionalne patente.

Sporazum o jedinstvenom patentnom sudu je otvoren za sve države članice EU, ali ga ne mogu potpisati države koje su izvan EU. Za sada je Sporazum potpisalo dvadeset pet država članica EU, izuzev Španije i Poljske.

Sporazumom je predviđeno da Jedinstveni patentni sud ima svojstvo pravnog lica u svakoj državi članici i uživa najširu moguću pravnu sposobnost koju nacionalno pravo dodeljuje pravnim licima.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Sporazum su 19. februara 2013. potpisale dvadeset četiri države, a 8. marta 2013. potpisala ga je Bugarska, kao dvadeset peta zemlja. Poljska i Španija nisu potpisale Sporazum, ali predviđena je mogućnost i da to učine kasnije.

<sup>22</sup> Čl. 4, st. 1 Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu (dalje : Sporazum JPS):

### 3. 1. Sedište Jedinственog patentnog suda

Jedno od pitanja koje je bilo sporno od samog početka i oko koga su se vodile rasprave ticalo se sedišta suda za patentne sporove. Kako se znalo da će zemlja u kojoj bude uspostavljeno sedište suda, osim velike ekonomske koristi, uživati i ugled u svetu inovacija (kao London u svetu finansija ili silikonska dolina u oblasti istraživanja i razvoja), potpuno je bilo očekivano to što više od pola godine tri ozbiljne ekonomije EU, Francuska, Velika Britanija i Nemačka, nisu mogle da se dogovore da li da sedište suda bude u Parizu, Londonu ili Minhenu.

Najzad, predsednici država i vlada država članica EU su, na već pomenutom samitu održanom 29. juna 2012., postigli kompromis u vezi sa sedištem Jedinственog patentnog suda. Predviđeno je da sedište suda bude u Parizu, a specijalizovana odeljenja u Londonu i Minhenu.<sup>23</sup> Inače, pored sedišta u Parizu i odeljenja u Londonu i Minhenu, predviđena su i regionalna, tj. lokalna odeljenja ovog suda.

### 3. 2. Organizacija Jedinственog patentnog suda

Jedinствени patentni sud čine: Sud prve instance, Apelacioni sud (Žalbeni sud) i Registar.<sup>24</sup>

Sud prve instance ima centralno odeljenje, kao i lokalna i regionalna odeljenja.<sup>25</sup> Svaka država članica ugovornica uspostavlja lokalno odeljenje ili zajedno sa jednom ili više država članica ugovornica regionalno odeljenje Suda prve instance.

Sedište Apelacionog suda je u Luksemburgu, a Registar je takođe uspostavljen gde i sedište Apelacionog suda.

Pored toga, predviđeno je uspostavljanje patentne medijacije i centra za arbitražu sa sedištem u Ljubljani i Lisabonu i centar za obuku za sudija u Budimpešti.

---

<sup>23</sup> Ogranak u Minhenu biće nadležan za mehanički inženjering, a ovaj u Londonu za sporove u vezi sa farmaceutskim proizvodima.

<sup>24</sup> Čl. 6, st. 1 Sporazuma JPS.

<sup>25</sup> Čl. 7, st. 1 Sporazuma JPS.

### 3.3. Sudije Jedinstvenog patentnog suda

Što se tiče sudija, Sporazumom o jedinstvenom patentnom sudu predviđene su dve kategorije sudija: pravno kvalifikovane sudije i tehnički kvalifikovane sudije. Sudije moraju biti državljani države članice ugovornice, koji ispunjavaju najviše kriterijume u pogledu obavljanja pravosudne funkcije, imaju iskustva u oblasti patentnih parnica i dobro znanje bar jednog službenog jezika Evropskog zavoda za patente (engleski, francuski, nemački).<sup>26</sup>

Pravno kvalifikovane sudije moraju imati kvalifikacije koje se traže za izbor u pravosudnu službu u državi članici ugovornici,<sup>27</sup> a tehnički kvalifikovane sudije moraju imati univerzitetsku diplomu i dokaze o stručnosti u oblasti tehnologije, kao i dokaze o poznavanju građanskog prava i postupka relevantnih za patentne parnice.<sup>28</sup> Svako veće Jedinstvenog patentnog suda mora imati internacionalni sastav.

Što se tiče načina izbora sudija, kandidati mogu aplicirati direktno Jedinstvenom patentnom sudu. Savetodavni odbor Jedinstvenog patentnog suda utvrđuje listu najpogodnijih kandidata za imenovanje za sudije Jedinstvenog patentnog suda. Na osnovu te liste, Upravni odbor Jedinstvenog patentnog suda imenuje sudije Jedinstvenog patentnog suda na osnovu zajedničkog dogovora.

Savetodavni odbor se sastoji od patentnih sudija i stručnjaka za patentno pravo i patentne parnice sa najvišim priznatim kvalifikacijama.<sup>29</sup> Upravni odbor se sastoji od po jednog predstavnika iz svake države članice ugovornice. Inače, predviđeno je da je i Evropska komisija prisutna na sastancima Upravnog odbora u svojstvu posmatrača.<sup>30</sup>

### 3.4. Nadležnosti Jedinstvenog patentnog suda

Jedinstveni patentni sud, po pravilu, ima isključivu nadležnost za građanske parnice koje se tiču evropskih patenta i evropskih patenata sa

<sup>26</sup> Čl. 15, st. 1 Sporazuma JPS.

<sup>27</sup> Čl. 15, st. 2 Sporazuma JPS.

<sup>28</sup> Čl. 15, st. 3 Sporazuma JPS.

<sup>29</sup> Čl. 14, st. 2 Sporazuma JPS.

<sup>30</sup> Čl. 12, st. 1 Sporazuma JPS.

unitarnim dejstvom (ipak, tokom prelaznog perioda, predviđeni su izuzeci od ove isključive nadležnosti)<sup>31</sup>.

Jedinstveni patentni sud ima takođe isključivu nadležnost u pogledu tužbi u vezi sa odlukama Evropskog zavoda za patente u sprovođenju zadataka utvrđenih u Uredbi (EU) 1257/2012 o unitarnoj patentnoj zaštiti.

Nacionalni sudovi ostaju nadležni za tužbe koje ne potpadaju pod isključivu nadležnost Jedinstvenog patentnog suda.

Sporazumom o JPS detaljno su predviđene nadležnosti veća Suda prve instance JPS:<sup>32</sup>

- Tužbe za ili u vezi sa povredom, privremene i zaštitne mere i zabrane, štete ili kompenzacije koje proizilaze iz privremene zaštite i/ili prethodne upotrebe podnose se:
  - Lokalnom/regionalnom odeljenju gde je došlo do povrede, ili gde tuženi ima prebivalište ili mesto poslovanja;
  - Ako tuženi nema prebivalište ili mesto poslovanja unutar države članice ugovornice: lokalnom ili regionalnom odeljenju, gde je došlo do povrede ili centralnom odeljenju;
  - Ako država članica ugovornica nema lokalno/regionalno odeljenje, centralnom odeljenju;
- Tužbe za opoziv podnose se centralnom odeljenju, osim ako je tužba između istih strana koja se odnosi na isti patent podneta lokalnom ili regionalnom odeljenju, onda ove tužbe mogu biti podnete samo istom lokalnom/regionalnom odeljenju;
- Ako je protivtužba za opoziv pokrenuta u slučaju tužbe za povredu lokalno/regionalno odeljenje može :
  - Nastaviti sa obe tužbe;
  - Uputiti protivtužbu za opoziv centralnom odeljenju (bifurkacija); ili
  - Uz saglasnost stranaka, uputiti ceo slučaj centralnom odeljenju;
  - Stranke se mogu dogovoriti da podnesu tužbu odeljenju po njihovom izboru, uključujući centralno odeljenje.
- Tužbe koje se tiču odluka EZP u obavljanju poslova iz člana 9 Uredbe (EU) 1257/2012 o unitarnoj patentnoj zaštiti uvek se podnose centralnom odeljenju.

<sup>31</sup> Čl. 32 Sporazuma JPS.

<sup>32</sup> Čl. 33 Sporazuma JPS.

Jedinstveni patentni sud je zajednički sud za sve države članice potpisnice Sporazuma o jedinstvenom patentom sudu. Ovim sporazumom izričito je predviđeno da je JPS dužan da poštuje i primenjuje pravo Unije i zajedno sa Evropskim sudom pravde obezbediti njegovu korektnu primenu i ujednačeno tumačenje. Jedinstveni patentni sud ima obavezu, kao i svaki nacionalni sud, da postavi prethodno pitanje Evropskom sudu pravde u skladu sa članom 267 Ugovora o funkcionisanju EU.<sup>33</sup>

Sporazumom o jedinstvenom patentnom sudu predviđen je prelazni (tranzicioni) period koji iznosi sedam godina, ali ga Upravni odbor može produžiti za period do još sedam godina na osnovu konsultacija sa korisnicama patentnog sistema i mišljenjem Suda.

Na ovom mestu, dakle u vezi sa prelaznim ili tranzicionim periodom, pravi se razlika između evropskog patenta i evropskog patenta sa unitarnim dejstvom.

Tokom prelaznog perioda, kada je reč o evropskom patentu bez unitarnog dejstva, moguće su sledeće opcije :

- Tokom prelaznog perioda, tužbe za povredu ili opoziv mogu se i dalje podnositi nacionalnim sudovima;<sup>34</sup>
- Tokom prelaznog perioda titular – ili podnosilac zahteva – evropskog patenta dodeljenog ili primeljenog pre završetka prelaznog perioda ima mogućnost da izuzme (*opt-out*) patent/patentnu prijavu, osim ukoliko je tužba već podnesena JPS; tom cilju, on upisuje *opt-out* u registar; *opt-out* stupa na snagu upisom u registar; moguće je povući takav *opt-out* u svakom trenutku.<sup>35</sup>

Ne postoji mogućnost za *opt-out* za evropski patent sa unitarnim dejstvom.

JPS zasniva svoje odluke na pravu Unije (uključujući Uredbu 1257/2012 o unitarnoj patentnoj zaštiti i Uredbu 1260/2012 o unitarnoj patentnoj zaštiti koja se tiče prevođenja), Sporazumu o JPS, Konvenciji o izdavanju evropskih patenta, drugim međunarodnim sporazumima koji se primenjuju na patente i obavezuju sve države članice ugovornice i nacionalnom pravu.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Čl. 21 Sporazuma JPS.

<sup>34</sup> Čl. 83, st. 1 Sporazuma JPS.

<sup>35</sup> Čl. 83, st. 3 Sporazuma JPS.

<sup>36</sup> Čl. 24 Sporazuma JPS.

### 3.5. Jezik na kome se vodi postupak u okviru Jedininstvenog patentnog suda

Kada je reč o jeziku na kome se vodi postupak u okviru JPS, u Sudu prve instance pravilo je da je to zvanični jezik ili jedan od zvaničnih jezika države članice ugovornice u kojoj se nalazi lokalno odeljenje ili zvanični jezik/ci koje odrede države članice ugovornice koje dele regionalno odeljenje. Jezik postupka u centralnom odeljenju je jezik na kome je patent priznat (jezik patenta). Jezik postupka pred Apelacionim sudom je jezik postupka pred Sudom prve instance.<sup>37</sup>

Ipak, od ovog osnovnog pravila postoje izuzeci:

- Države članice ugovornice mogu odrediti jedan ili više zvaničnih jezika EZP kao dodatne ili umesto njihovog zvaničnog jezika kao jezik postupka njihovog lokalnog ili regionalnog odeljenja;
- Strane se mogu složiti da koriste jezik patenta (primenjuje se takođe i u Apelacionom sudu);
- Uz saglasnost strana, nadležno veće Suda prve instance može odlučiti da koristi jezik patenta;
- Na zahtev jedne od stranaka i nakon saslušanja drugih strana i nadležnog veća Predsednik Suda prve instance može odlučiti da koristi jezik patenta.

Kada je reč o prevođenju, Sporazumom o JPS predviđeno je da je potrebno da svaki dokument bude preveden na jezik postupka. Podnosilac dokumenta snosi troškove prevoda. Ipak, postoji mogućnost da ovaj trošak nadoknadi strana koja izgubi spor.<sup>38</sup> Svako veće Suda prve instance i Apelacionog suda može, u meri u kojoj je to potrebno, izostaviti zahteve za prevođenjem.<sup>39</sup>

Pod određenim okolnostima kada je tužba za povredu podneta centralnom veću Suda prve instance tuženi koji ima prebivalište ili mesto poslovanja u državi članici ugovornici ima pravo da dobije prevode relevantnih dokumenata na jeziku države članice prebivališta ili mesta poslovanja. Troškove pokriva tužilac.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Čl. 49 i 50 Sporazuma JPS.

<sup>38</sup> Pravilo 7 Nacrta poslovnika JPS.

<sup>39</sup> Čl. 51, st. 1 Sporazuma JPS.

<sup>40</sup> Čl. 51, st. 3 Sporazuma JPS.

Kada predsjednik Suda prve instance (na zahtev jedne od strana i nakon saslušanja drugih strana i nadležnog veća) odluči da se koristi jezik na kome je patent priznat kao jezik postupka Predsednik suda, takođe, ocenjuje da li postoji potreba za specifičnim prevodima i tumačenjima.<sup>41</sup>

Ukoliko jezik postupka pred Apelacionim sudom nije jezik postupka pred Sudom prve instance, postoje prevodi za sudije Apelacionog suda. Tada sudija izvestilac može naložiti podnosiocu žalbe da podnese prevode na jezik postupka pred Apelacionim sudom pisanih podnesaka i drugih dokumenata koje su podnele stranke kao i odluke ili naredbe Suda prve instance. Troškove pokriva podnosilac.<sup>42</sup>

Ukoliko sudija izvestilac odluči da je simultano prevođenje prikladno, onda troškove pokriva JPS. U slučaju da sudija izvestilac odbije da naredi simultano prevođenje, stranke mogu tražiti, ukoliko je to praktično izvodljivo, da se organizuje, simultano prevođenje o njihovom trošku.<sup>43</sup>

**Jelena Čeranić, Ph.D,**

Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

Assistant professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka

**UNIFIED PATENT COURT – NEW JUDICIARY BODY  
ESTABLISHED FOR THE SETTLEMENT OF DISPUTES  
RELATING TO THE EUROPEAN AND UNITARY PATENTS**

Summary

The paper deals with the Unified Patent Court established for the settlement of disputes relating to European patents and European patents with unitary effect. On February 19, 2013 the Agreement on a Unified Patent Court was signed by 24 states (Poland and Spain refused to sign it) and Bulgaria as 25<sup>th</sup> state signed it in March 2013. On the current timeline

---

<sup>41</sup> Čl. 49, st. 5 Sporazuma JPS. .

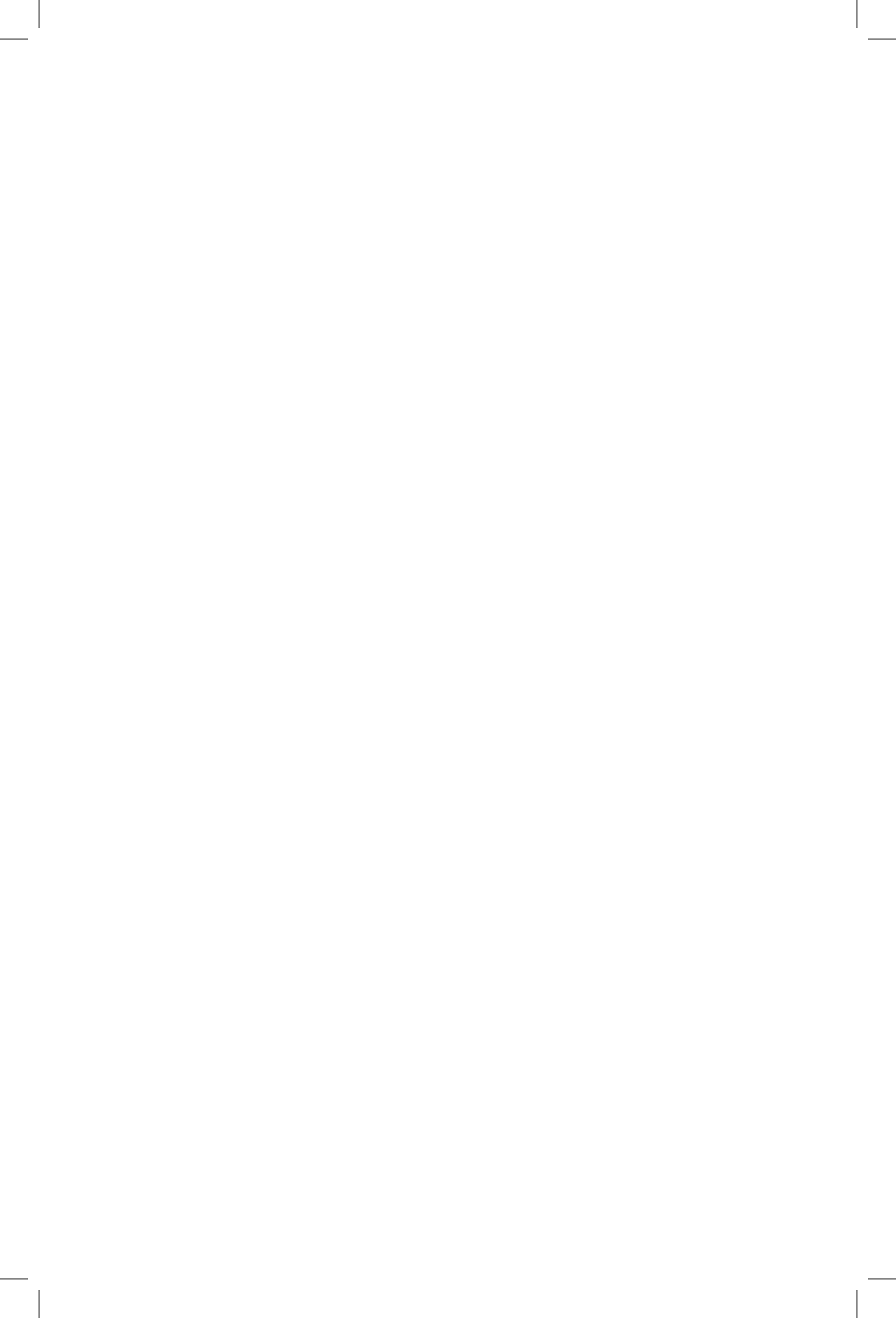
<sup>42</sup> Pravilo 232 Nacrta poslovnika JPS.

<sup>43</sup> Čl. 51, st. 2 Sporazuma JPS i Pravilo 109 Nacrta poslovnika JPS.

---

it is likely that the system will be operational from the beginning of 2015 following the ratification by each Member State (or at least 13 Member States, as long as Britain, France and Germany are among them). After introductory notes with regard to the establishment of unified patent protection system in the European Union, the first part of the article is devoted to the problems on the road of establishment of the Unified Patent Court. The special attention is paid to the relations between the Unified Patent Court and The European Court of Justice. In the second part of the article, the author presents the most important provisions of the Agreement on a Unified Patent Court related to competence of the Court, eligibility criteria for the appointment of judges, language of proceedings etc.

**Key words:** Unified Patent Court, unitary patent, European patent, European Union, European Court of Justice.



## PRAVNI LEKOVI U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA I UJEDINJENOM KRALJEVSTVU VELIKE BRITANIJE I SEVERNE IRSKE-DRUGI DEO

### Apstrakt

*U drugom delu ove monografije autor se najpre bavi standardima prema kojima će biti razmatrana odluka protiv koje je uložena žalba Apelacionom sudu u pravnom sistemu SAD. Zatim analizira postupak po žalbi pred Apelacionim sudom, odluke Apelacionog suda po žalbi i troškove postupka po žalbi. Najzad, autor prelazi na razmatranje slučajeva u kojima je za postupanje po žalbi nadležan Vrhovni sud SAD, kao i postupka po žalbi pred Vrhovnim sudom SAD.*

**Ključne reči:** *SAD, standardi za preispitivanje po žalbi, odluke u žalbenom postupku, troškovi žalbenog postupka, Vrhovni sud SAD.*

### 1. Uvodne napomene

U prvom delu ove monografije bilo je reči o istorijatu građanskog sudskog postupka SAD, organizacijom sudova u SAD, osnovnim pravilima za postupanje po žalbi, slučajevima u kojima je žalba dozvoljena, sadržini žalbe, licima koja mogu da ulože žalbu, vremenu podnošenja žalbe. Razmatran je i nadležnost Okružnog suda za postupanje po žalbi, kao i alternativni načine rešavanja sporova u stadijumu žalbe. U ovom delu ćemo se najpre usredsrediti na standarde prema kojima Apelacioni sud preispituje razloge na kojima je žalba zasnovana, kao i na postupak i

---

<sup>1</sup> Vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Union

odlučivanje po žalbi od strane Apelacionog suda. Nakon toga, analiziranje ćemo posvetiti Vrhovnom sudu SAD<sup>2</sup>.

## 2. Standardi za preispitivanje odluke po žalbi

Standard preispitivanja prema kome će biti razmatrana odluka protiv koje je uložena žalba, određuje koliko će rigorozno Apelacioni sud razmatrati taj razlog. Odluka o primeni odgovarajućeg standarda preispitivanja razloga za žalbu je mešavina praktične, institucionalne i političke odluke.<sup>3</sup>

### 2.1. Obična i neškodljiva greška<sup>4</sup>

Kada je reč o ovom standardu preispitivanja, treba se najpre osvrnuti na generalno pravilo prema kome stranka, osim u izuzetnim okolnostima ne može kao razlog za žalbu istaći grešku u postupanju suda koji je doneo napadnutu presudu, ako isti prethodno nije iznela pred tim sudom, istovremeno tražeći od njega da je ispravi.<sup>5</sup> Ovo se ponekad zove zahtev za istovremenim prigovorom.<sup>6</sup> Od ovog pravila postoji izuzetak. Naime, kada je u pitanju obična greška, ona koja je tako očigledna i škodljiva, Apelacioni sud je dužan da preinači napadnutu presudu iako je stranka nije iznela pred sudom koji je tu presudu doneo.<sup>7</sup> Drugim rečima, potrebno je da je greška jasna i da utiče na materijalna prava. Apelacioni sud neće moći da preinači ili ukine presudu čak i ako nađe da je postojala greška u postupku pred sudom koji je doneo napadnutu presudu, ako je ona neškodljiva, dakle ako ne utiče na materijalna prava stranke<sup>8</sup> ili ishod spora.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> engl. *Supreme Court of the United States of America*.

<sup>3</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, *Federal Appellate Practice and Procedure*, Thomson/West, 2008, 176-177.

<sup>4</sup> engl. *plain error and harmless error*.

<sup>5</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 31.

<sup>6</sup> engl. „*Contemporaneous-objection*“ requirement (V. *Black s Law Dictionary*, West Group, 2001, 137).

<sup>7</sup> engl. *plain error* (V. *Black s Law Dictionary*, 244).

<sup>8</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 178.

<sup>9</sup> engl. *harmless error*-greška koja ne utiče niti na materijalna prava stranke niti na ishod spora (V. *Black s Law Dictionary*, 243).

## 2.2. Preispitivanje de novo<sup>10</sup>

U predmetu *Pierce v. Underwood*, 487 U.S. 552 558 (1988), sud je stao na stanovište da su u svrhu standarda preispitivanja sudske odluke tradicionalno podeljene na tri kategorije:

- a. označena pravna pitanja (podobna za preispitivanje de novo);
- b. činjenična pitanja (podobna za preispitivanje po osnovu evidentne greške); i
- c. pitanja vezana za diskreciona ovlašćenja (podobna za preispitivanje po osnovu “zloupotrebe diskrecionih ovlašćenja”).

Ovaj standard je naročito podoban za preispitivanje pravnih pitanja, kao i predmeta u kojima se javljaju i pravna i činjenična pitanja.<sup>11</sup> Preispitivanje de novo predstavlja nezavisno preispitivanje po žalbi pravne analize Okružnog suda. Prema ovom standardu preispituje se predlog za obustavljanje postupka zbog zaključenja poravnjanja, povlačenja tužbe ili procesne povrede.<sup>12</sup> Pored toga, on se koristi i za preispitivanje predloga za donošenje presude bez raspravljanja.<sup>13</sup> To je dakle, presuda koja se donosi bez raspravljanja u slučaju kada ne postoji sporno pitanje o materijalnim činjenicama i kada je podnosilac predloga ima jače pravo od protivnika.<sup>14</sup> Najzad, po ovom standardu se preispituje predlog za donošenje presude po sili zakona.<sup>15</sup> Ovaj institut poznat i pod skraćenicom JMOL, propisan je Pravilom 50 Federalnih pravila građanskog sudskog postupka. Naime, reč je o predlogu jedne stranke da sud pre nego što je predmet iznesen pred porotu donese presudu u njenu korist, budući da nema dovoljno dokaza u koji potkrepljuju navode protivne stranke, te stoga ni jedna razumna

<sup>10</sup> Ponovno preispitivanje (V. *Black s Law Dictionary*, 194).

<sup>11</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 179.

<sup>12</sup> engl. *motion to dismiss* (V. *Black s Law Dictionary*, 461).

<sup>13</sup> engl. *summary judgment*-presuda koja se donosi bez raspravljanja (V. *Black s Law Dictionary*, 679).

<sup>14</sup> C. A. Wright, M. K. Kane, *Law of Federal Courts*, West Group, 2002, 709.

<sup>15</sup> engl. *Motion for judgment as a matter of law*- u federalnim sudovima presuda po sili zakona isto je što i presuda koja ne podržava odluku porote (engl. *judgment notwithstanding the verdict*) u državnim sudovima (sudovima pojedinačnih država SAD). Razlika je u tome što se potonja donosi samo u slučaju kada je presuda već donesena, pa stranka na čiju je štetu presuđeno traži da sud donese drugačiju presudu, argumentujući da nijedna razumna porota, sa izuzekom porote koja je postupala u tom predmetu, ne bi donela takvu presudu. Poznata je pod nazivom *directed verdict* (Cornell University Law School, Judgment as a matter of Law, [http://topics.law.cornell.edu/wex/motion\\_for\\_judgment\\_as\\_a\\_matter\\_of\\_law](http://topics.law.cornell.edu/wex/motion_for_judgment_as_a_matter_of_law) [http://topics.law.cornell.edu/wex/motion\\_for\\_judgment\\_notwithstanding\\_the\\_verdict](http://topics.law.cornell.edu/wex/motion_for_judgment_notwithstanding_the_verdict), 16.06.2011).

porota ne bi donela presudu u korist protivne stranke. Ako sud ne usvoji ovaj predlog smatraće se da je predmet dostavio poroti na razmatranje. Nezadovoljna stranka može da ponovi ovaj predlog u roku od 28 dana pošto porota donese presudu, a može i da traži ponavljanje postupka, odvojeno ili zajedno sa ovim predlogom. Ako sud ne usvoji predlog za donošenje presude po sili zakona, stranka čije je pravo jače, može u svojstvu žalioaca da traži ponavljanje postupka. Ovim pravom može da se koristi samo ukoliko Apelacioni sud nađe da je prvostepeni sud trebalo da usvoji predlog za donošenje presude po sili zakona. Ako Apelacioni sud ukine prvostepenu presudu, on može da naloži ponavljanje prvostepenog postupka, da naloži prvostepenom sudu da ispita da li ima mesta ponovnom postupku ili da naloži donošenje presude po sili zakona.<sup>16</sup>

Drugim rečima, odluke kojima se usvajaju ili odbijaju pomenuti predlozi se preispituju po osnovu standarda *de novo*. Iako ovi predlozi zapravo zahtevaju intenzivno preispitivanje činjenica navednih u zapisniku iz prvostepenog postupka, ovaj standard preispitivanja naziva se preispitivanje *de novo* (ponovno preispitivanje) zato što sud ispituje pravnu osnovanost tužbe, zapisnika i dokaza iz postupka iz koga potiče presuda koja se pobija žalbom.<sup>17</sup>

### 2.3. Preispitivanje po osnovu evidentne greške<sup>18</sup>

U skladu sa Pravilom 52(a)(6) Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku, dokazi koji su u postupku iz koga potiče napadnuta odluka izneseni usmeno ili na drugi način, ne smeju da budu ukinuti osim ako je evidentno da su pogrešni, a sud koji vrši preispitivanje po žalbi mora da pruži dostojnu priliku sudu koji je vodio taj postupak da oceni kredibilitet svedoka.

Vrhovni sud je definisao standard "evidentna greška" u predmetu *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 333 u.S. 364, 395 (1948). Tada je zauzeo stav da je evidentno da je nalaz pogrešan ako je sud koji vrši preispitivanje po žalbi na osnovu svih dokaza došao do definitivnog i čvrstog ubeđenja da je greška bila počinjena.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Cornell University Law School, Federal Rules of Civil Procedure, Rule 50., <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule50.htm>, 16.06.2011.

<sup>17</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 182.

<sup>18</sup> engl. *Clear Error Review*.

<sup>19</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 183.

U načelu, Apelacioni sud poštuje zaključke do kojih je došao sud u postupku iz koga potiče pobijana presuda, i preispituje ih samo ako je ubeden da je pri njihovom donošenju načinjena evidentna greška.<sup>20</sup> Reč je o principu poštovanja nalaza o spornim činjenicama do koga je došao sud koji je bio nadležan da ih istražuje.<sup>21</sup>

## 2.4. Preispitivanje po osnovu zloupotrebe diskrecionih ovlašćenja<sup>22</sup>

Definicija ovog standarda preispitivanja sadržana je u stavu koji je Vrhovni sud zauzeo u predmetu *United States v. Pugh*, 405 F.3d 390, 397 (6th Cir. 2005).<sup>23</sup> Vrhovni sud je stao na stanovište da Okružni sud zloupotrebljava svoja diskreciona ovlašćenja kada primenjuje neispravan pravni standard, nepravilno primenjuje ispravan pravni standard, ili se oslanja na evidentno pogrešan činjenični nalaz.<sup>24</sup>

Kada se kaže da Okružni sud ima diskreciona ovlašćenja da usvoji ili odbije neki predlog, to ne znači da sud može da postupa kako hoće, već da ima čitavu paletu izbora i dok se kreće u njenim okvirima on ne zloupotrebljava svoja diskreciona ovlašćenja.

Zloupotreba diskrecionih ovlašćenja može da se javi u tri vida:

- a. kada relevantna činjenica koja je bila od značaja za rešenje spora nije uzeta u razmatranje;
- b. kada je činjenica koja nije relevantna ili nije podesna u datom slučaju uzeta u razmatranje zato što je sud pogrešno smatrao da je ona od značaja za rešenje spora; i
- c. kada su sve činjenice relevantne za rešenje spora uzete u razmatranje, ali je sud počinio evidentnu grešku prilikom donošenja presude.<sup>25</sup>

Evo primera nekih razloga za žalbu koji se preispituju na osnovu standarda zloupotrebe diskrecionih ovlašćenja:

---

<sup>20</sup> K. M. Clermont, *Civil Procedure*, Thomson West, 2004, 130.

<sup>21</sup> engl. *fact finder*- sudija (u postupcima u kojima ne učestvuje porota), ili porota, koji/a ispituje dokaze kako bi doneli odluku o istinitosti činjeničnih tvrdnji (V. *Black's Law Dictionary*, 269. i *TheFreeDictionary*, *Fact finder*, <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/fact+finder>, 17.06.2011).

<sup>22</sup> engl. *Abuse of Discretion Review*.

<sup>23</sup> Koji citira predmet *Schneck v. City of Hudson*, 114 F 3d 590, 593 (6th Cir.1997).

<sup>24</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 187.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 188.

- a. Obavezujući stavovi suda o prihvatanju ili odbijanju izvođenja pojedinih dokaza;
- b. Obavezujući stavovi kojima se usvaja ili odbija dozvola za preinačenje tužbe (pri čemu je Apelacioni sud češće nalazio da postoji zloupotreba diskrecionih ovlašćenja u slučajevima u kojima je dozvola za preinačenje odbijena);
- c. Obavezujući stavovi koji se odnose na prinudno otkrivanje činjenica od značaja za rešenje spora<sup>26</sup> na zahtev stranaka, ali sudovi mogu da u ograničenom obimu zahtevaju otkrivanje činjenica od lica koja nisu stranke. Primarna sredstva kojima se nalaže otkrivanje ovih činjenica jesu formalno i sistematsko saslušanje,<sup>27</sup> zapisnik o saslušanju svedoka<sup>28</sup>; zahtev za priznanje istinitosti činjenica<sup>29</sup> i zahtev za iznošenje dokaza<sup>30</sup>;
- d. Obavezujući stavovi koji se odnose na predoge vezane za zajedničku tužbu<sup>31</sup>
- e. Potvrde u skladu sa Pravilom 54(b) Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku o podobnosti delimične konačne presude;
- f. Obavezujući stavovi o sankcijama;
- g. Obavezujući stavovi o zahtevima za naknadu advokatskih troškova;

---

<sup>26</sup> engl. *discovery* (V. *Black s Law Dictionary*, 208).

<sup>27</sup> engl. *interrogation*-formalno i sistematsko ispitivanje lica npr. od strane policije ako je lice uhapšeno zbog sumnje da je počinilo krivično delo (V. *Black s Law Dictionary*, 367).

<sup>28</sup> engl. *deposition*-iskaz svedoka dat van suda o kome se sačinjava zapisnik kako bi se kasnije upotrebio u sudskom postupku (V. *Black s Law Dictionary*, 196).

<sup>29</sup> engl. *admission (request for admission)*-priznanje da su činjenice istinite (V. *Black s Law Dictionary*, 19).

<sup>30</sup> engl. *production (request for production)*-na tužiocu je teret da iznese dokaze kako bi potvrdio da su istiniti navodi tužbe (V. *Black s Law Dictionary*, 560).

<sup>31</sup> engl. *class action*- tužba u kojoj jedna osoba ili manja grupa ljudi predstavlja interese veće grupe. Da bi mogla da bude podnesena u skladu sa Pravilom 23 Federalnih Pravila o građanskom sudskom postupku, potrebno je da zajednica ljudi u čije se ime podnosi tužba bude toliko velika, da bi bilo nepraktično podneti pojedinačne tužbe; da postoje pravna ili činjenična pitanja koja su za sve njih zajednička; napad ili odbrana predstavnika cele zajednice bude tipična za sve njih; i da predstavnici zajednice adekvatno štite interese zajednice (V. *Black s Law Dictionary*, 103).

- h. Odbacivanje tužbe<sup>32</sup> po osnovu *forum non conviniens*<sup>33</sup>;
- i. Odluke o tome da li treba usvojiti predlog za dobrovoljno povlačenje tužbe<sup>34</sup>;
- j. Odluke o pravičnim pravnim lekovima<sup>35</sup>;
- k. Odluke koje se odnose na krivične sankcije u skladu sa Vodičem SAD za primenu sankcija<sup>36</sup>;
- l. Odluke o intervenciji (mešanju);
- m. Obavezujući stavovi suda o predlozima za ponovni postupak;
- n. Obavezujući stavovi suda o predlogu za ukidanje presude u skladu sa Pravilom 60(b) Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku.<sup>37</sup>

## 2.5. Preispitivanje presuda koje je donela porota<sup>38</sup> i odluka koje je doneo sudija pojedinac

U principu Vrhovni sud SAD po žalbi preispituje odluke koje je donela porota, no u građanskim stvarima i Apelacioni sudovi mogu da preispituju ove odluke naročito u slučajevima kada je Okružni sud pogrešno odbio predlog za donošenje presude po sili zakona.<sup>39</sup> Ovi sudovi

<sup>32</sup> engl. *dismissal*- odbacivanje tužbe pre otpočinjanja postupka (V. *Black s Law Dictionary*, 210).

<sup>33</sup> *Forum non conviniens* je doktrina na osnovu koje odgovarajući sud (forum) iako je po zakonu nadležan za rešenje spora, može da se oslobodi nadležnosti ako strankama i svedocima bilo pogodnije da po tužbi postupa drugi sud (forum) kome je tužba inicijalno i mogla da bude podnesena. (V. *Black s Law Dictionary*, 291).

<sup>34</sup> engl. *voluntary dismissal without prejudice*- odbacivanje tužbe koje ne sprečava tužioca da ponovo podnese istu tužbu po proteku odgovarajućeg roka (V. *Black s Law Dictionary*, 210).

<sup>35</sup> engl. *equitable remedies*-reč je zapravo o naknadi štete koja se ne sastoji u novcu, u slučajevima u kojima novac ne može da na adekvatan način posluži kao obeštećenje za povredu. (V. *Black s Law Dictionary*, 599).

<sup>36</sup> engl. *the United States Sentencing Guidelines*.

<sup>37</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 191-193.

<sup>38</sup> U građanskim sudskim postupcima u SAD može da učestvuje porota u skladu sa Pravilom 38 Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku i to na zahtev samih stranaka/ stranke pošto je pravo na suđenje uz učešće porote garantovano sedmim amandmanom Ustava SAD. Kada je takav zahtev postavljen, sud daje dozvolu za suđenje uz učešće porote ili odbija u skladu sa Pravilom 39 Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku (Cornell University Law School, Federal Rules of Civil Procedure, Rule 39., [http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_38](http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_38) [http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_39](http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_39), 01.06.2012).

<sup>39</sup> engl. *motion for a judgment as a matter of law*, propisan Pravilom 50 Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku.

moгу da preispituju pravna pitanja-da li je dokazni materijal prezentovan u postupku iz koga potiče napadnuta presuda pravno posmatrano bio dovoljan da pruži osnov poroti da odluči u korist stranke na čiju je štetu presuđeno Pošto je reč o pravnim pitanjima, ona se preispituju prema standardu de novo.<sup>40</sup> Ipak, pitanje da li je materijal iznesen u postupku iz koga potiče presuda koja se napada žalbom bio dovoljan, može da se preispituje i prema standardu obične greške u slučajevima kada nema osnova za primenu Pravila 50 ili 59 Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku.

Odbijanje predloga za ponavljanje postupka u skladu sa Pravilom 59 Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku preispituje se samo prema standardu zloupotrebe diskrecionih ovlašćenja.<sup>41</sup>

Standard za preispitivanje odluka koje je doneo sudija pojedinac u građanskim stvarima je regulisan Pravilom 52(a) Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku. Kod preispitivanja ovih odluka po žalbi, zapravo se primenjuje mešoviti standard-činjenična pitanja preispituju se prema standardu evidentne greške, dok se pravna pitanja preispituju prema standardu de novo.<sup>42</sup>

## **2.6. Preispitivanje odluka Okružnog suda o primeni prava pojedinačne države SAD<sup>43</sup> i o stranom pravu**

Prema pravilu usvojenom u predmetu *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938), u slučaju u kome su stranke državljanima različitih država SAD, federalni sudovi moraju da primenjuju materijalno pravo države u kojoj se nalazi sedište suda.<sup>44</sup>

Sa tim u vezi, postavilo se pitanje da li federalni apelacioni sud treba da poštuje odluku Okružnog suda o određivanju prava pojedinačne države SAD. Vrhovni sud je u predmetu *Salve Regina Coll. v. Russell*, 499 U.S. 225 (1991), stao na stanovište da ne treba i da se odluke Okružnog suda o određivanju prava pojedinačne države SAD ispituju prema standardu de novo.

<sup>40</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 194.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 195.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 196.

<sup>43</sup> engl. *State law*.

<sup>44</sup> Na osnovu ovog predmeta nastala je tzv. *Erie* doktrina koja postavlja pravilo o primeni prava države sedišta suda. (V. *Black s Law Dictionary*, 242).

Kada je reč o slučajevima koji uključuju prekogranične transakcije, Pravilo 44.1 Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku propisuje da okružni sudovi mogu da odrede sadržinu stranog prava na osnovu bilo kog relevantnog materijala ili izvora, u skladu sa Federalnim pravilima o dokazima,<sup>45</sup> te da se odluke Okružnog suda koje se odnose na sadržinu stranog prava smatraju kao odluke o pravnim pitanjima. Sa tim u vezi, federalni sudovi stoje na stanovištu da se pitanja stranog prava po žalbi preispituju prema standardu *de novo*.

Neki apelacioni sudovi zabranjuju, a neki dozvoljavaju da stranka u žalbi iznosi nove dokaze uključujući i pisane izjave o činjenicama o kojima se podnosilac izjave zakleo pred organom nadležnim za zakletve kao npr. notarom.<sup>46</sup> u cilju potvrde da je Okružni sud pogrešio prilikom određivanja sadržine stranog prava.<sup>47</sup>

### 3. Zapisnik o žalbi <sup>48</sup>

Pravila 10 i 11 Federalnih pravila o postupku po žalbi propisuju sadržinu zapisnika o žalbi način njegovog dostavljanja Apelacionom sudu. Sam zapisnik treba da sadrži:

- a. originalne podneske koji su podneseni Okružnom sudu;
- b. transkript postupka pred sudom koji je doneo napadnutu presudu ako je to traženo od strane žalioca;
- c. kopiju predmeta koja sadrži potvrdu sačinjenu od strane sudije izvestioca okružnog suda.<sup>49</sup>

Od ovog pravila postoje dva izuzetka propisana Pravilom 10(e), koje pruža mogućnost dopune zapisnika. Prvo, ako se stranke ne slažu o tome šta se zaista dogodilo pred Okružnim sudom, razlike u mišljenju moraju da budu dostavljene tom sudu koji će ih urediti i složiti se sa novim zapisnikom. Drugo, ako je propušteno da se u zapisnik unese procena građa od značaja za bilo koju od stranaka ili ako postoji netačna tvrdnja vezana za neku činjenicu, postoji mogućnost dopune zapisnika u smislu

<sup>45</sup> engl. *Federal Rules of Evidence*.

<sup>46</sup> engl. *affidavit* (V. *Black's Law Dictionary*, 22).

<sup>47</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 204-207.

<sup>48</sup> engl. *record on appeal* -zvanični izveštaj o postupku i uključuje podneske, doslovan prepis suđenja i izvođenja dokaza, i opipljivih dokaza.

<sup>49</sup> C. A. Wright, M. K. Kane, 769.

ispravke pomenutih grešaka i propusta. U takvom slučaju, novi zapisnik treba da bude potvrđen i dostavljen na inicijativu stranaka, Okružnog suda (čak iako je prvobitni zapisnik već prosleđen Apelacionom sudu), ili samog Apelacionog suda.

Van ova dva izuzetka, sva ostala pitanja koja se odnose na formu i sadržinu zapisnika, moraju da budu iznesena pred Apelacionim sudom.<sup>50</sup>

Prema Pravilu 10 Federalnih pravila o postupku po žalbi, iznošenje novih dokaza pred Apelacionim sudom nije dozvoljeno. Ovo Pravilo ima za cilj da osigura da zapisnik o žalbi zaista potvrđuje zapisnik o postupku pred Okružnim sudom, tako da čak i kada postoje materijalni dokazi koji se ne nalaze u zapisniku o postupku pred Okružnim sudom nije moguća dopuna zapisnika povodom žalbe, osim ako su propusti prouzrokovani greškom ili slučajem.<sup>51</sup>

Prema Pravilu 10(b), u roku od deset dana od podnošenja žalbenog podneska žalilac mora da traži od sudije izvestioca transkript onih delova postupka koji se ne nalaze u zapisniku o postupku pred sudom koji je doneo napadnutu presudu, na način na koji žalilac smatra da je neophodan za postupanje po žalbi, ili da ispuni potvrdu u kojoj izjavljuje da neće tražiti takav transkript.

Ako kao razlog žalbe žalilac navodi da nalazi i zaključci nisu potkrepljeni dokazima ili su u suprotnosti sa njima, onda treba da u zapisnik o žalbi priloži transkript svih dokaza koji su prema njegovom mišljenju relevantni za takav nalaz ili zaključak.

Ako žalilac ne planira da traži ceo transkript postupka i izvedenih dokaza, mora da priloži izjavu o pitanjima koje namerava da iznese u žalbi i razlozima koje će navesti kao razloge za žalbu. Nakon toga, treba da dostavi protivniku transkript tog dela zapisnika ili potvrde da neće tražiti takav transkript.

Stranke mogu i da dostave Okružnom sudu izjavu o tome odakle proizilaze pitanja i razlozi za žalbu i kako su ona rešena u Okružnom sudu.

Ta izjava mora da sadrži samo činjenice koje su dokazane ili je traženo da budu dokazane, a neophodne su za rešenje pomenutih pitanja od strane suda. Ako je izjava istinita, Okružni sud mora da je odobri, potvrdi i dostavi Apelacionom sudu (sa eventualnim dopunama o tim pitanjima koje smatra neophodnim za njihovu potpunu prezentaciju).<sup>52</sup>

<sup>50</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 208.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 209.

<sup>52</sup> *Ibid.*, 212.

Prema Pravilu 11 Federalnih pravila o postupku po žalbi, sudija izvestilac treba da pripremi transkript postupka pred sudom koji je doneo napadnutu presudu, ako je žalilac to zahtevao. Nakon što sudija izvestilac to učini, Okružni sud dostavlja transkript i ostala dokumenta koja sačinjavaju zapisnik o žalbi zapisnik dostavlja Apelacionom sudu. Stranke mogu da zahtevaju da taj zapisnik privremeno ostane u Okružnom sudu kako bi ga koristile prilikom sastavljanja žalbe. Apelacioni sud, sa druge strane može da odluči da traži samo kopiju rezimea zapisnika snabdevenu potvrdom, a ne ceo zapisnik. I Okružni sud može da naloži da zadrži deo zapisnika dok ne bude rešeno po žalbi, s tim da i Apelacioni sud i stranke mogu da traže dostavljanje zapisnika.<sup>53</sup> Treba podvući da je na žalioocu teret da učini sve što je neophodno da sudija izvestilac sačini i dostavi zapisnik povodom žalbe.<sup>54</sup>

## 4. Predlozi, rezimei i dodaci

### 4.1. Predlozi<sup>55</sup>

Zahtevi koje treba da ispune predlozi koji se podnose federalnim apelacionim sudovima propisani su Pravilom 27 Federalnih pravila o postupku po žalbi. Osnovno pravilo je da se predlozi uglavnom podnose u pisanoj formi. Potrebno je da u predlogu bude naveden osnov za njegovo podnošenje, obeštećenje koje podnosilac predloga želi da postigne i pravni argumenti na kojima je zasnovan. Predlozi i odgovori na predloge ne smeju da budu duži od 20 strana osim u slučajevima u kojima sud odobri ili naloži drugačije. Izvornik i 3 kopije predloga treba da budu predati Apelacionom sudu, osim u slučajevima u kojima sud odredi drugačije.<sup>56</sup>

Rok za odgovor na predlog iznosi 8 dana od dana podnošenja predloga, s tim da sud može da skрати ili produži ovaj rok. Predlozi koji se odnose na procesna rešenja (uključujući i predloge za produženje roka), mogu da budu usvojeni u svako doba, i to i pre isteka roka za odgovore na ovakve predloge.

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, 213-214.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 213.

<sup>55</sup> engl. *motions*.

<sup>56</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 222-223.

U odgovoru na predlog koji sadrži protivpredlog<sup>57</sup> kojim protivnik predlagača zahteva obeštećenje u svoju korist, mora biti naznačeno da i protivnik predlagača takođe zahteva obeštećenje.

Odgovor kojim se podržava predlog podnosi se u roku od 5 dana, osim ukoliko je reč odgovoru na predlog koji sadrži protivpredlog kojim protivnik predlagača zahteva obeštećenje u svoju korist. U potonjem slučaju rok za odgovor je 8 dana, a rok za odgovor novog protivpredlagača je 5 dana.

Sudija pojedinac može da postupa po predlogu, ali on ne sme da obustavi postupak ili da na drugi način da odluči o sporu.<sup>58</sup> Svaka odluke sudije pojedinca može da bude predmet preispitivanja bilo od strane sudija porotnika odnosno sudskog veća<sup>59</sup> ili svih sudija jednog suda odnosno većine sudija tog suda.<sup>60</sup>

#### 4.2. Rezime<sup>61</sup> i dodaci<sup>62</sup>

Žalilac treba da iznese rezime i da sastavi dodatak koji treba da sadrži one delove zapisnika o žalbi na koje bilo žalilac bilo njegov protivnik žele da skrenu pažnju sudu. Ipak, treba imati u vidu da je ceo zapisnik dostupan Apelacionom sudu. Ovaj rezime treba da ispuni određene zahteve forme. Prema Pravilu 32 Federalnih pravila o postupku po žalbi treba da bude sačinjen na neprozirnom papiru bez sjaja sa jasnim crnim slikama, a za reprodukciju fotografija, ilustracija i tabela može da se koristi bilo koji metod koji obezbeđuje dobru kopiju.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> engl. *affirmative relief*-slučaj kada protivnik predlagača -tuženi-i sam predlaže obeštećenje podizanjem protivtužbe koja bi mogla da opstane nezavisno od tužbe predlagača-tužioca (V. *Black s Law Dictionary*, 596).

<sup>58</sup> G. A. Castanias, Robert H. Klonoff, 234-235.

<sup>59</sup> engl. *panel of the court*-sudije porotnici ili sudsko veće sastavljeno od sudija jednog suda u cilju odlučivanja o konkretnom predmetu (V. *Black s Law Dictionary*, 510-511).

<sup>60</sup> engl. *en banc sitting*- slučaj kada o žalbi odlučuju sve sudije jednog suda ili većina sudija tog suda (V. *Black s Law Dictionary*, 649).

<sup>61</sup> engl. *briefs*-kratki prikazi činjenica sadržani u pismenom, u kojima se iznose i pravni i faktički argumenti (Vid.: *Black s Law Dictionary*, 78).

<sup>62</sup> engl. *appendix*.

<sup>63</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 235.

#### 4.2.1. Rezime koji podnosi žalilac

U skladu sa Pravilom 28(a) Federalnih pravila o postupku po žalbi, ovaj rezime treba da sadrži:

- a. Korporativnu izjavu o otkrivanju dotad nepoznatih činjenica<sup>64</sup>;
- b. Sadržaj sa upućivanjem na stranice;
- c. Sadržaj odluka, propisa i sekundarnih izvora na koje se žalilac poziva;
- d. Izjavu o osnovu nadležnosti suda za odlučivanje o predmetu spora potkrepljenu propisima, slučajevima i relevantnim činjenicama;
- e. Izjavu o pitanjima koja su predmet preispitivanja po žalbi;
- f. Izjavu o istoriji slučaja koja ukratko ukazuje na njegovu prirodu, tok postupka i dispoziciju činjenica;
- g. Izjavu o činjenicama sa upućivanjem na delove zapisnika koji se odnose na iznesena pitanja i koje su prisutne u zapisniku<sup>65</sup>;
- h. Rezime argumenata koji treba da posluži kao vodič kroz sam rezime;
- i. Argumente koji treba da objasne zbog čega žalilac iznosi određene tvrdnje u rezimeu, uz odgovarajuće citiranje delova zapisnika o žalbi. U ovom delu treba da bude i naveden odgovarajući standard za preispitivanje po žalbi;<sup>66</sup>
- j. Kratak zaključak koji treba da sadrži precizno navedeno obeštećenje koje žalilac želi da postigne (npr. presuda treba da bude preinačena);
- k. Potvrdu o saglasnosti, predviđenu Pravilom 28(a)(11) Federalnih pravila o postupku po žalbi.

Rezimei imaju ograničenje vezano za obim, odnosno broj strana. Pravilo 32(a)(7) predviđa da se potvrda o saglasnosti zahteva kada je izabran opseg rezimea, kao i kada je određen tačan broj reči u tekstu rezimea.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> engl. *disclosure*-postupak otkrivanja do tad nepoznatih činjenica (V. *Black s Law Dictionary*, 207).

<sup>65</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 240.

<sup>66</sup> *Ibid.*, 241.

<sup>67</sup> *Ibid.*, 243.

#### 4.2.2. Rezime koji podnosi protivnik žalioca

Rezime koji podnosi protivnik žalioca, mora da bude u skladu sa Pravilom 28(b) Federalnih pravila o postupku po žalbi. Njegov rezime treba da ima isti sadržaj kao i onaj koji podnosi žalilac. Ipak, on može da izostavi sledeće delove<sup>68</sup>:

- a. Izjavu o osnovu nadležnosti suda za odlučivanje o predmetu spora potkrepljenu propisima, slučajevima i relevantnim činjenicama;
- b. Izjavu o pitanjima koja su predmet preispitivanja po žalbi;
- c. Izjavu o činjenicama sa upućivanjem na delove zapisnika koji se odnose na iznesena pitanja i koje su prisutne u zapisniku; i
- d. Izjavu o stanadardu za preispitivanje po žalbi.

On će i ove delove uneti u svoj zapisnik ako nije zadovoljan načinom na koji ih je izneo žalilac u svom rezimeu. Na kraju, protivnik žalioca u svom rezimeu ne mora da iznosi zaključak.<sup>69</sup>

#### 4.3. Dodatak

Dodatak se sastoji od delova zapisnika koji su od posebnog značaja za odlučivanje o žalbi. Podnosi u onolikom broju primeraka koliko ima sudija koji će odlučivati o žalbi. Pravilo 32(b)(3) propisuje formu dodatka:

- a. Dodatak treba da bude odvojeno ograđen belim omotom;
- b. Može da sadrži jasne fotokopije bilo kog dokumenta koji se nalazi u zapisniku ili fotokopiju odštampane odluke suda ili administrativne agencije;
- c. Potrebno je da stavljanje nekih dokumenata (kao na primer tehničkih crteža) u dodatak bude olakšano-on ne sme da bude veći od 8 i 1/2 sa 11 inča i ne treba da bude potpuno ravan.<sup>70</sup>

Pravilo 30(c) Federalnih pravila o postupku po žalbi, predviđa da u slučaju kada je sud doneo pravilo koje važi samo za određenu grupu

<sup>68</sup> Protivnik žalioca može da izostavi ove delove rezimea, ako se slaže sa načinom na koji ih je žalilac izneo u svom rezimeu.

<sup>69</sup> *Ibid.*, 244.

<sup>70</sup> *Ibid.*, 263.

predmeta, ili kada to u tačno određenom slučaju sud naloži rešenjem, sastavljanje dodatka može da bude odloženo sve dok se ne sačine rezimei, za 21 dan nakon sačinjavanja rezimea od stane protivnika žalioaca. Smisao ovog pravila jeste da se ne može smatrati da su dodaci sastavljeni sve dok se ne sačine rezimei kako bi stranke mogle da uvide koja su pitanja navedena kao razlozi za žalbu, i koji delovi zapisnika treba da budu umnoženi. Ovo pravilo takođe treba da doprinese sastavljanju manjih dodataka.

Pravilo 30(f) Federalnih pravila o postupku po žalbi, propisuje da Apelacioni sud može da izostavi sastavljanje dodataka i da dozvoli da se o žalbi odlučuje na osnovu kopije relevantnih delova originalnog zapisnika. Smatra se da ova procedura upotrebom modernih kopir mašina, može da utiče na smanjenje troškova umnožavanja za dve trećine i takođe uštedi vreme advokatima. Mnogi sudovi dozvoljavaju upotrebu originalnog zapisnika i dve njegove kopije u brojnim slučajevima.<sup>71</sup>

## 5. Usmeno izlaganje

Pravilo 34(b) Federalnih pravila o postupku po žalbi, propisuje da osim ako je drugačije određeno pravilom koje važi za sve predmete ili grupe predmeta, svaka strana ima 30 minuta za usmeno izlaganje argumenata za žalbu. Nezavisno od ovog pravila, uobičajena praksa u federalnim apelacionim sudovima je da usmeno izlaganje traje po 15 minuta za svaku stranku.<sup>72</sup>

Prema Pravilu 34(a)(1) Federalnih pravila o postupku po žalbi, svaka stranka ili sud putem lokalnog pravila može da zahteva izjavu zašto usmeno izlaganje treba ili ne treba da bude dozvoljeno. Pravilo 34(a)(2) propisuje da usmeno izlaganje mora da bude dopušteno u svakom predmetu osim ako veće od troje sudija koji su ispitali rezimee i zapisnik jednoglasno odluči da je usmeno izlaganje nepotrebno:

- a. zato što je žalba frivolna<sup>73</sup>;
- b. zato što već postoji autoritativna odluka o razlozima u konkretnom slučaju;
- c. zato što su kratki prikazi činjenica i zapisnik dovoljno adekvatni.

---

<sup>71</sup> C. A. Wright, M. K. Kane, 770.

<sup>72</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 267.

<sup>73</sup> Žalba je frivolna kada joj nedostaje pravni osnov, kada je neozbiljna, kada njeno ulaganje nema razumnu svhu (*V. Black's Law Dictionary*, 296).

Smatra se da u ovakvim slučajevima usmeno izlaganje ne bi pomoglo u odlučivanju. Ovi izuzeci su česti. Pored toga, advokati obeju stranaka mogu da postignu saglasnost da predmet po žalbi treba da bude odlučan na osnovu rezimea, a ne na osnovu usmenog izlaganja. Ipak, ukoliko sud smatra da je to neophodno, može da naloži usmeno iznošenje razloga za žalbu.<sup>74</sup> Advokati obeju stranaka tokom usmenog izlaganja mogu da koriste dokumeta, zapisnike ili druge dokaze.<sup>75</sup>

## 6. Odluke Apelacionog suda po žalbi

Neposredno po okončanju usmenog izlaganja, u slučajevima u kojima je ono dozvoljeno, sudsko veće sastaje se u sednici kako bi odlučilo o predmetu.

Uobičajeno je da se to veće sastoji od troje sudija (osim ako je u pitanju slučaj kada o žalbi odlučuju sve sudije jednog suda).<sup>76</sup> Nakon toga sledi glasanje, i odlučuje se koji će od sudija napisati mišljenje suda. Ako se neki od sudija ne slaže sa mišljenjem većine on može da napiše izdvojeno mišljenje, koje se pridružuje mišljenju suda.<sup>77</sup>

Treba reći da su kasnije veća Apelacionog suda vezani ranijim odlukama tog suda, bilo da ih je doneo veće od troje sudija, bilo sve sudije tog suda. Reč je o ranijim precedentima tog suda. Izuzetak od ovog pravila moguć je kada je prethodna odluka sudskog veća očigledno nedosledna u odnosu na kasniju odluku Vrhovnog suda.<sup>78</sup>

Pravilo 36 Federalnih pravila o postupku po žalbi, propisuje da je presuda donesena onda kada je notirana u spisu predmeta.<sup>79</sup> Od tog momenta ona postaje pravnosnažna.<sup>80</sup> To se obično dešava istovremeno sa donošenjem mišljenja suda.

<sup>74</sup> *Ibid.*, 269-271.

<sup>75</sup> engl. *exhibits*-dokumenta, zapisnici ili drugi opipljivi dokazi koji formalno služe kao dokazno sredstvo u sudskom postupku (V. *Black's Law Dictionary*, 261).

<sup>76</sup> engl. *en banc sitting*.

<sup>77</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 294-295.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 303.

<sup>79</sup> engl. *docket*-spis predmeta koji sadrži sve zapisnike i podneske koji su korišćeni tokom sudskog postupka (V. *Black's Law Dictionary*, 216).

<sup>80</sup> Do donošenja ovog Pravila nije bilo jasno da li presuda postaje pravnosnažna danom donošenja, ili danom donošenja posebnog rešenja kojim Apelacioni sud izdaje nalog nižem sudu da preduzme određenu/e radnju/e.

Treba praviti razliku između sudske presude i posebne vrste rešenja kojim Apelacioni sud izdaje nalog nižem sudu da preduzme određenu/e radnju/e.<sup>81</sup>

Presuda u dispozitivu sadrži način na koji je sud rešio slučaj po žalbi ( na primer, potvrđena presuda nižeg suda, ukinuta presuda nižeg suda). Prethodno pomenuto rešenje je uputstvo koje Apelacioni sud daje Okružnom sudu. Ono sadrži i presudu i mišljenje suda (ako ga je bilo) i uputstvo o naknadi troškova. Dan donošenja presude je bitan zbog rokova za eventualno traženje daljeg preispitivanja odluke pred Vrhovnim sudom SAD, koji počinu da teku od dana donošenja presude (ne dana donošenja ovog posebnog rešenja). Ono se obično donosi nekoliko nedelja nakon donošenja presude i mišljenja suda, 7 dana nakon što istekne rok za molbu za ponovno preispitivanje po žalbi<sup>82</sup>, ili 7 dana nakon odbijanja te molbe, osim ukoliko Apelacioni sud odluči da posebno rešenje donese istovremeno sa presudom i mišljenjem suda.<sup>83</sup>

Pravilo<sup>84</sup> je da niži sud mora da postupa po uputstvima višeg suda.<sup>85</sup> Sud o molbi za ponovno preispitivanje po žalbi uglavnom odlučuje u veću od troje sudija. Ipak, postoji mogućnost da stranka traži da o toj molbi odlučuje ceo sud.<sup>86</sup> Osim toga, i sam sud može da donese odluku o tome da će sve sudije tog suda odlučivati o ovakvoj molbi.<sup>87</sup>

Treba napomenuti da blagovremeno podnošenje molbe za ponovno preispitivanje po žalbi bilo od strane sudske veća ili celog suda, odlaže izdavanje posebnog rešenja kojim Apelacioni sud izdaje nalog nižem sudu da preduzme određenu/e radnju/e. Isto dejstvo ima i blagovremeno podnošenje molbe za odlaganje donošenja ovog rešenja.<sup>88</sup> Naime, stranka koja nije zadovoljna odlukom Apelacionog suda može da traži odlaganje njegovog donošenja, zbog toga što nije još nije odlučeno o molbi za

---

<sup>81</sup> engl. *mandate* (V. *Black s Law Dictionary*, 436).

<sup>82</sup> engl. *rehearing*-ponovno preispitivanje predmeta po žalbi, obično zbog greške ili propusta pri prvom preispitivanju (V. *Black s Law Dictionary*, 594).

<sup>83</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 306.

<sup>84</sup> engl.. *Madate rule*.

<sup>85</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 314.

<sup>86</sup> engl. *rehearing en banc*.

<sup>87</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 311.

<sup>88</sup> *Ibid.*, 315.

odlučivanje po žalbi od strane Vrhovnog suda<sup>89</sup>, Podnošenje molbe za odlaganje donošenja pomenutog rešenja nije uslov za podnošenje molbe za odlučivanje po žalbi od strane Vrhovnog suda, pošto njegovo donošenje od strane Apelacionog suda ne isključuje ovlašćenje Vrhovnog suda da preispita presudu Okružnog suda.<sup>90</sup>

## 7. Troškovi postupka po žalbi

Osnovno pravilo vezano za naknadu troškova po žalbi, postavljeno je Pravilom 39(a)(1)-(3) Federalnih pravila o postupku po žalbi prema kome je stranka koja je uspela u žalbenom postupku ovlašćena na naknadu troškova, osim ako zakon ili sud odredi drugačije.

Ako je postupak obustavljen ili je napadnuta presuda potvrđena, žalilac treba da naknadi troškove postupka, čak iako je odbacivanje tužbe on zahtevao. Ako je presuda preinačena, troškove postupka treba da naknadi protivnik žalioca.<sup>91</sup>

Treba međutim, znati da sud može da odobri ili odbije naknadu troškova postupka po žalbi iz različitih razloga kao što su savesnost odnosno nesavesnost stranaka, istorija predmeta, i stvarna suma novca koja se traži.

Ako je napadnuta presuda delimično ukinuta, a delimično potvrđena, onda se troškovi nadoknađuju na način na koji to odredi sud.

Apelacioni sud može da odredi i da se troškovi postupka ne duguju, ili da svaka stranka snosi svoje troškove, ili da dosudi troškove jednoj ili drugoj stranci, ili da podeli troškove među strankama ( određujući, na primer, da svaka stranka treba da plati 50 posto troškova postupka po žalbi.

Nekada je osnovno pravilo o nadoknadi troškova postupka potisnuto ne odlukom suda, već odredbom nekog drugog zakona. Tako, na primer, Zakon o ugroženim vrstama,<sup>92</sup> zabranjuje dosuđivanje troškova

---

<sup>89</sup> engl. *petition for certiorari* -danas je nadležnost Vrhovnog suda SAD u najvećem broju slučajeva zasnovana putem *writ of certiorari* (nalog koji Vrhovni sud izdaje nižem sudu kako bi mu on dostavio zapisnik o predmetu u cilju ponovnog preispitivanja odluke).

<sup>90</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 317-318.

<sup>91</sup> *Ibid.*, 319.

<sup>92</sup> engl. *Endangered Species Act*.

postupka<sup>93</sup>, osim ako je parnica bila frivolna<sup>94</sup>.

Pravilo 39(a) ne sadrži listu troškova koji mogu da budu nadoknađeni, već primera radi navodi sledeće troškove:

- a. troškove za taksu za spise predmeta, ako je žalilac strana koja je dobila postupak po žalbi;
- b. troškovi umnožavanja potrebnih kopija rezimea i dodataka, ili zapisnika (u slučajevima u kojima je dozvoljeno samo da se kopira zapisnik bez sastavljanja dodataka);
- c. troškovi kopija umnožavanja dokaza<sup>95</sup> sadržanih u dodacima.

Kao što je napred napomenuto, lista nije iscrpna, te je moguće tražiti i nadoknadu drugih troškova, na primer advokatskih troškova za rad koji je advokat uložio u sačinjavanje dokumentacije za žalbu.<sup>96</sup> Moguće je i da se traži naknada sledećih troškova pred Okružnim sudom:

- a. troškova za pripremu i prenošenje zapisnika;
- b. za transkript sudije izvestioca ako je bio potreban za određenost žalbe;
- c. premije plaćene za tzv. zamenljive obveznice<sup>97</sup> ili druge obveznice koje zadržavaju prava po osnovu uložene žalbe;
- d. taksa za podnošenje žalbenog podneska ako je žalilac dobio postupak po žalbi.<sup>98</sup>

Ako sud nađe da je žalba frivolna<sup>99</sup>, on može da dosudi pravičnu naknadu štete (koja može da se sastoji u paušalno određenoj sumi novca ili razumnim advokatskim troškovima) i jednostruku ili dvostruku naknadu troškova postupka.<sup>100</sup>

---

<sup>93</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 319-312.

<sup>94</sup> Ako nije postojao pravni osnov za parnicu, odnosno ako je on bio neozbiljan ili bez razumne svrhe (V. *Black's Law Dictionary*, Second 296).

<sup>95</sup> V. fn. 74.

<sup>96</sup> Ovaj zahtev mora da bude podnesen u roku od 14 dana koji se zahteva za podnošenje računa za troškove.

<sup>97</sup> engl. *supersedeas bond*- obveznica koja odlaže sudskog poverioca da naredi izvršenje obično je to uložena žalba (V. *Black's Law Dictionary*, 680).

<sup>98</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 322-323.

<sup>99</sup> Žalba je frivolna kada joj nedostaje pravni osnov, kada je neozbiljna, kada njeno ulaganje nema razumnu svhu (V. *Black's Law Dictionary*, 296).

<sup>100</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 327 i 331.

Najzad, moguće je da obe stranke odustanu od žalbe i traže obustavu postupka. Ovakav zahtev moguć je na nivou Okružnog ili na nivou Apelacionog suda, u zavisnosti od konkretnih okolnosti.

Sud ima diskreciono ovlašćenje da odluči da li će udovoljiti zahtevu stranaka, odnosno moguće je da sud odbije ovakav zahtev u interesu pravde i pravičnosti.<sup>101</sup>

## 8. Preispitivanje po žalbi od strane Vrhovnog suda SAD

Prema paragrafu 1254(1) Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku, Vrhovni sud je nadležan da preispituje predmete Apelacionog suda putem posebnog zahteva za izdavanje naloga nižem sudu kako bi mu on dostavio zapisnik o predmetu u cilju ponovnog preispitivanja<sup>102</sup>. Nadležnost Vrhovnog suda za ponovno preispitivanje može da bude zasnovana ne samo nakon donošenja presude ili dekreta<sup>103</sup> nego i pre njihovog donošenja.<sup>104</sup>

Kao što je već rečeno, Vrhovni sud SAD je jedini sud koji je osnovan Ustavom SAD, i stara se da važna pitanja primene federalnog prava uključujući i pitanje tumačenja Ustava SAD budu rešena na jedinstven način za cele SAD. On odlučuje jedino o onim predmetima Apelacionog suda koji se odnose na pitanja primene federalnog prava.

O pomenutim predmetima uvek odlučuju sve sudije Vrhovnog suda SAD,<sup>105</sup> u gotovo uvek na osnovu usmenog raspravljanja u trajanju od 30 minuta za svaku stranku (osim u retkim slučajevima gde Sud odluči, uglavnom u cilju ukidanja napadnute odluke, da o žalbi odlučuje na osnovu molbe za preispitivanje odluke od strane Vrhovnog suda).<sup>106</sup> Ovu molbu može da podnese bilo koja stranka, uključujući i intervenijenta. U malom broju slučajeva, Sud dopušta stranci da interveniše u cilju podnošenja ove

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, 333-334.

<sup>102</sup> engl. *writ of certiorari* (V. fn. 88).

<sup>103</sup> engl. *decree*-tradicionalno, pod ovom vrstom odluke (dekret) podrazumeva se sudska odluka koja se donosi u bračnim sporovima, predmetima vezanim za sudski overenu kopiju testamenta i predmetima ministarstva ratne mornarice (V. *Black s Law Dictionary*, 180).

<sup>104</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 362.

<sup>105</sup> engl. *sitting en banc*.

<sup>106</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 357.

molbe, ako za to ima interesa.<sup>107</sup> Podrazumeva se da podnosilac molbe mora da bude stranka za koju je presuda koja se napada žalbom nepovoljna.<sup>108</sup>

### **8.1. Preispitivanje odluka okružnih sudova od strane Vrhovnog suda SAD**

Vrhovni sud može da odlučuje po direktnoj žalbi<sup>109</sup> protiv presuda koje je u građanskim stvarima doneo Okružni sud, a kojima se usvajaju ili odbijaju privremeni ili stalni nalozi<sup>110</sup>. Prema paragrafu 2284(a) Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku, ova nadležnost Vrhovnog suda naročito se uspostavlja u predmetima u kojima se postavlja pitanje ustavnosti raspodele kongresnih okruga ili raspodele bilo kog zakonodavnog tela u državama SAD<sup>111</sup>

### **8.2. Preispitivanje odluka apelacionih sudova od strane Vrhovnog suda SAD**

Odluke apelacionih sudova mogu da budu preispitane od strane Vrhovnog suda SAD samo na osnovu posebnog naloga<sup>112</sup>. Vrhovni sud Sad može da izda ovaj nalog Apelacionom sudu, nezavisno od predmeta spora, državljanstva stranaka, ili vrednosti predmeta spora. On može da izda ovaj nalog, čak i ako odluka Apelacionog suda nema svojstvo konačne presude. Ipak, to može da bude razlog zbog koga će Vrhovni sud odbiti izdavanje ovog naloga. Stranka nije obavezna da podnese molbu za preispitivanje odluke od strane Vrhovnog suda u, a činjenica da nije podnela ovu molbu ili da je molba odbijena ne sprečava Vrhovni

---

<sup>107</sup> Sud je to na primer dozvolio, u predmetu *Banks v. Chicago Grain Trimmers Ass'n*, 390 U.S. 459 (1968).

<sup>108</sup> *Ibid.*, 365.

<sup>109</sup> engl. *direct appeal*.

<sup>110</sup> engl. *interlocutory or permanent injunctions*-sudski nalog kojim se nalaže ili sprečava neko činjenje (V. *Black's Law Dictionary*, 349).

<sup>111</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 366.

<sup>112</sup> Nadležnost Vrhovnog suda SAD se najvećem broju slučajeva zasniva putem *writ of certiorari* (nalog koji Vrhovni sud izdaje nižem sudu kako bi mu on dostavio zapisnik o predmetu u cilju ponovnog preispitivanja odluke).

Sud da izda nalog<sup>113</sup> nakon donošenja konačne presude i da tada uzme u razmatranje eventualne greške vezane za donošenje privremenog rešenja u tom konkretnom slučaju.

Sud može da donese pomenuti nalog i pre donošenja presude Apelacionog suda, u slučajevima koji se odnose na važno ustavno pitanje, ili neko drugo pitanje od velike nacionalne važnosti<sup>114</sup>, kada se zahteva brza odluka od strane Vrhovnog suda SAD.<sup>115</sup>

Pored posebnog naloga<sup>116</sup>, jedini način na koji danas Vrhovni sud može da preispita predmet koji je iznesen pred Apelacioni sud jeste putem tzv. izdavanja potvrde.<sup>117</sup> To je zapravo postupak putem koga se federalni Apelacioni sud obraća Vrhovnom sudu SAD<sup>118</sup> u cilju preispitivanja pravnog pitanja koje proizilazi iz predmeta povodom koga se vodi postupak pred njim i radi čijeg je rešenja potrebno da dobije uputstva od strane Vrhovnog suda SAD<sup>119</sup>

Ovaj postupak je ograničen na pravna pitanja koja moraju da budu jasna i određena, ne široko postavljena. Iako zakon nameće Vrhovnom sudu obavezu da preispita pitanja koja su mu postavljena putem pomenute potvrde, on može da odbije preispitivanje iz brojnih razloga, tako da se može reći da u tom pogledu ima diskreciona ovlašćenja. Poslednjih godina stav Vrhovnog suda SAD jeste da je zadatak Apelacionog suda da reši sva pitanja koja se pred njim postave. Ipak u nekim slučajevima izdavanje potvrde<sup>120</sup> je celishodno u cilju ubrzanja sudske administracije i rada sudova uopšte (na primer, kada se isto pitanje postavlja u dva postupka koja se vode pred Apelacionim sudom).<sup>121</sup>

---

<sup>113</sup> engl. *certiorari* (V. fn. 111).

<sup>114</sup> Tako, na primer, u predmetu *DAMES&Moore v. Regan*, 1981, 101 S.Ct. 2972, 453 U.S. 654, 69 L.Ed.2d 918, ili *U.S. v. Nixon*, 1974, 94 SCt. 3090, 418 U.S. 683, 41 L.Ed.2d 1039.

<sup>115</sup> C. A. Wright, M. K. Kane, 778.

<sup>116</sup> V. fn. 88 i 111.

<sup>117</sup> engl. *certification* (V. *Black s Law Dictionary*, 91).

<sup>118</sup> Na isti način se Apelacioni sud može obratiti i najvišem sudu u konkretnoj državi SAD.

<sup>119</sup> Ili od strane najvišeg suda u konkretnoj državi SAD.

<sup>120</sup> engl. *certification*.

<sup>121</sup> C. A. Wright, M. K. Kane, 780-781.

### 8.3. Preispitivanje odluka sudova pojedinačnih država SAD od strane Vrhovnog suda SAD

Ustav SAD ne ovlašćuje Vrhovni sud SAD da preispituje odluke sudova pojedinačnih država SAD (dalje državni sudovi). Ipak, on proširuje nadležnost Vrhovnog suda SAD na određene grupe predmeta povodom kojih se vodi postupak u državnim sudovima, a u kojima se postavljaju pitanja koja bi se mogla postaviti i u federalnim sudovima. Ustav SAD dodeljuje Vrhovnom sudu SAD nadležnost za rešavanje takvih predmeta, nezavisno od izvorne nadležnosti ovog suda, sa izuzecima i prema propisima koje donosi Kongres SAD.<sup>122</sup>

Samo najvišeg suda u konkretnoj državi SAD mogu da budu preispitane od strane Vrhovnog suda SAD. Izuzetno, to može da bude i odluka suda nižeg stepena, kao na primer u slučaju kada je Vrhovni sud SAD odlučio da na osnovu posebnog naloga<sup>123</sup> preispita odluku o novčanim kaznama koju je doneo Policijski sud Luisvil u Kentakiju. U tom slučaju, izrečene novčane kazne bile toliko niske, da nije bilo moguće preispitivanje od strane bilo kog drugog suda u Kentakiju, tako da je za preispitivanje ove odluke bio nadležan Vrhovni sud SAD.<sup>124</sup>

Takođe, Vrhovni sud SAD može da preispituje samo konačne presude ili dekrete<sup>125</sup> državnih sudova. Za određivanje da li je presuda državnog suda konačna primenjuju se isti kriterijumi kao za određivanje konačnosti presude okružnih sudova u smislu podobnosti za preispitivanje ovih presuda od strane apelacionih sudova.<sup>126</sup> Tradicionalno, smatra se da odluka državnog suda (u smislu podobnosti za preispitivanje od strane Vrhovnog suda SAD), nije konačna, iako rešava najvažnije sporne činjenice, ako su ostala nerešena pitanja od manjeg značaja, a koja mogu da otvore neko federalno pitanje.<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> *Ibid.*, 782.

<sup>123</sup> engl. *writ of certiorari*.

<sup>124</sup> *Thomson v. City of Louisville*, 1960, 80 S.Ct. 624, 362 U.S. 199, 4 L.Ed.2d 654.

<sup>125</sup> V. fn. 102.

<sup>126</sup> C. A. Wright, M. K. Kane, 784.

<sup>127</sup> *Ibid.*, 786.

Ipak, postoje 4 kategorije predmeta u kojima Vrhovni sud tretira odluku državnog suda kao konačnu kako bi bio nadležan za odlučivanje o njima bez okončanja eventualnih dodatnih postupaka u nižim sudovima.<sup>128</sup>

- a. Prvo, to su predmeti povodom kojih bi se naknadni postupci mogli voditi u državnim sudovima ali je iz nekog razloga federalno pitanje konačno ili je način okončanja tih naknadnih postupaka predodređen;
- b. Drugu grupu predmeta čine oni u kojima je federalno pitanje rešeno od strane najvišeg državnog suda konkretne države, ali će se ono opet postavljati, te zahteva odluku nezavisno od načina okončanja budućih postupaka u državnim sudovima;
- c. Treći su oni predmeti u kojima je konačno odlučeno povodom federalne tužbe, s tim da postupci povodom tog pitanja mogu da budu vođeni pred državnim sudovima. Kasnije preispitivanje tog federalnog pitanja neće biti moguće, bez obrira na ultimativni način rešenja spora. Ova treća grupa slučajeva je ograničena na krivične predmete. U predmetu *Cox Broadcasting Corporation v. Cohn*, 1975, 95 S.Ct. 1029, 1037, 420 U.S. 469, 502-503, 43 L.Ed.2d 328 objašnjen je stav suda u predmetu *California v. Stewart*, 1966, 86 S.Ct. 1602, 1640 n. 71, 384 U.S. 436, 498 n. 71, 16 L.Ed.2d 694<sup>129</sup> u kome je državni sud ukinuo kriminalnu osudu zasnovanu na kršenju Ustava SAD i vratio predmet na ponovno suđenje. Prema *Cox* predmetu, u predmetu *Stewart*:“ Iako bi Država imala jače pravo u postupku, presuda državnog suda je konačna budući da bi oslobađajuća presuda prekludirala pravo države na ulaganje žalbe u skladu sa državnim pravom.“<sup>130</sup>
- d. Najzad, četvrtu grupu predmeta čine oni u kojima je federalno pitanje konačno rešeno pred državnim sudovima, uz buduće postupke koji eventualno mogu da budu pokrenuti u kojima stranka koja traži preispitivanje odluke od strane Vrhovnog suda, može da uspe po osnovu koji nije vezan za federalno pitanje. Preispitivanje federalnog pitanja od strane Vrhovnog suda bilo bi stoga nepotrebno. U tim predmetima bi ukidanje odluke državnog suda o federalnom pitanju

<sup>128</sup> Ovo pravilo je proizašlo iz predmeta *Cox Broadcasting Corporation v. Cohn*, 1975, 95 S.Ct. 1029, 1037, 420 U.S. 469, 502-503, 43 L.Ed.2d 328.

<sup>129</sup> Ovaj predmet je rešen u vezi sa predmetom *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602 (1966) koji je postavilo tzv. Pravilo *Miranda* prema kome osumnjičeni za krivično delo u policijskom pritvoru mora da bude obavešten o određenim pravima zagarantovanim Ustavom pre nego što bude saslušan.

<sup>130</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 369.

bilo prekluzivno za bilo koju dalju parnicu po osnovu tužbe zasnovane na relevantnom pravnom osnovu. Ako bi odbijanje preispitivanja odluke državnog suda pod ovakvim okolnostima narušilo federalnu politiku, Vrhovni sud treba da odluči o federalnom pitanju, koje je konačno rešeno u državnim sudovima.<sup>131</sup>

Odluka državnog suda mora da uključuje u sebi federalno pitanje kako bi se ustanovila nadležnost Vrhovnog suda SAD, i to pitanja od suštinske važnosti.<sup>132</sup>

Vrhovni sud SAD neće biti nadležan da preispituje odluku državnog suda koja je nezavisna i i ima adekvatno uoprište u pravu te države SAD. Tako, na primer, ne može da preispita odluku državnog suda ako je on rešio spor na osnovu određenog zakona konkretne države SAD i to ne uzimajući u obzir federalno pitanje koje se javilo u tom predmetu (ili ako federalno pitanje nije bilo od suštinskog značaja za rešenje spora). Preispitivanje takve odluke od strane Vrhovnog suda, ne bi uticalo na krajnji ishod, već bi imalo smisao davanja savetodavnog mišljenja.<sup>133</sup> Ali, ako je državni sud zasnovao rešenje spora rešio isključivo na federalnom pitanju koje se postavilo, Vrhovni sud može da preispituje takvu odluku, iako se u predmetu postavilo i pitanje vezano za pravo konkretne države pred čijim se državnim sudom vodio postupak koje je moglo da služi kao osnov za donošenje odluke državnog suda.<sup>134</sup>

U nekim slučajevima, državno pravo je isprepletano sa federalnim pitanjima, tako da Vrhovni sud može o njima da odluči i da vrati predmet državnom sudu kako bi on ponovno razmotrio rešenje pitanja vezanog za pravo te države u svetlu stava Vrhovnog suda o rešenom federalnom pitanju.<sup>135</sup>

Ukoliko nije jasan osnov na kome je državni sud zasnovao svoju odluku, pretpostavka je da je reč o federalnom pravu. Tako, na primer, u predmetu *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032, 1040-41 (1983) Vrhovni sud se oglasio nadležnim budući da je pretraga vozila bila nelegalna i prema Ustavu SAD i prema Ustavu države Mičigen.<sup>136</sup> Državni sud u cilju potvrde za svoju odluku nije naveo ni jednu odluku državnog suda, već samo

<sup>131</sup> C. A. Wright, M. K. Kane, 786-787, Upor. G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 368-370.

<sup>132</sup> C. A. Wright, M. K. Kane, 789.

<sup>133</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 373.

<sup>134</sup> C. A. Wright, M. K. Kane, 793.

<sup>135</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 373.

<sup>136</sup> engl. *Michigan*.

odluke federalnih sudova o tumačenju i primeni Četvrtog amandmana Ustava SAD. U nedostatku jasnog osnova za odluku državnog suda, Vrhovni sud se oslonio na pretpostavku o federalnom pravu i zadržao nadležnost.<sup>137</sup>

## 9. Uspostavljanje nadležnosti Vrhovnog suda<sup>138</sup>

Kao što je već napomenuto, Vrhovni sud SAD nema obavezu da odlučuje povodom žalbe već samo pravo. Pravilo 10 Pravila Vrhovnog suda<sup>139</sup> daje konture razloga koji motivišu Vrhovni sud da donese nalog za ponovno preispitivanje odluke nižeg suda.

Generalno, ovo pravilo Predviđa da je izdavanje naloga diskreciono pravo Vrhovnog suda, i da će molba za preispitivanje odluke od strane Vrhovnog suda biti usvojena samo iz razloga koji su opravdavaju uspostavljanje njegove nadležnosti. Iako lista nije iscrpna, Pravilo 10 navodi razloge koji odslikavaju karakter razloga koje Vrhovni sud uzima u obzir<sup>140</sup>:

- a. Ako je jedan Apelacioni sud SAD doneo odluku koja nije u skladu sa odlukom drugog Apelacionog suda SAD o istom značajnom pitanju; ako je odlučio o o značajnom federalnom pitanju na način koji nije u skladu sa odlukom drugog državnog suda najvišeg stepena; ili je odstupio od usvojenog i uobičajenog toka sudskog postupka; ili je sankcionisao takvo odstupanje od strane nižeg suda kako bi tražio da Vrhovni sud izvrši svoju nadzornu dužnost;
- b. Ako je jedan državni sud najvišeg stepena odlučio o značajnom federalnom pitanju na način koji nije u skladu sa odlukom drugog državnog suda najvišeg stepena ili sa odlukom Apelacionog suda SAD;
- c. Ako je državni sud ili Apelacioni sud SAD odlučio o značajnom federalnom pitanju koje nije bilo rešeno od strane Vrhovnog suda SAD, a trebalo je da ga reši taj sud; ili je državni sud ili Apelacioni sud SAD odlučio o federalnom pitanju na način koji nije u skladu sa relevantnim odlukama Vrhovnog suda SAD.

<sup>137</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 374.

<sup>138</sup> Putem *writ of certiorari* (V. fn. 111.).

<sup>139</sup> engl. *Supreme Court Rules*.

<sup>140</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 375.

U Pravilu 10 se dalje navodi da Vrhovni sud neće usvojiti molbu za preispitivanje odluke po žalbi, ako je zasnovana isključivo na razlogu pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja ili pogrešne primene državnog prava.

Drugim rečima, najkritičniji faktori za izdavanje naloga od strane Vrhovnog suda su:

- a. Značajno federalno pitanje i
- b. Postojanje sukoba vezanog za to pitanje (najčešće sukoba između različitih okružnih sudova ili između okružnih sudova i najviših sudova u državi). Ipak, ni postojanje sukoba o određenom pitanju između apelacionih sudova neće biti dovoljno za preispitivanje odluke od strane Vrhovnog suda, ako pitanje nije dovoljno značajno. Da bi Vrhovni sud usvojio molbu za preispitivanje odluke po žalbi, potrebno je da četvoro sudija glasa u korist usvajanja molbe. Ovo „pravilo četvorke”<sup>141</sup> je običajno pravilo.<sup>142</sup>

Postoji posebna kategorija slučajeva u kojima je uputno da Vrhovni sud donese nalog uprkos tome što ne postoje napred navedeni razlozi. U tim slučajevima, Vrhovni sud donosi nalog, ukida presudu nižeg suda i vraća predmet na ponovno suđenje. Ova rešenja koja se skraćeno zovu “odobrenje ukidanja i vraćanje na ponovno suđenje”<sup>143</sup> donose se u slučajevima u kojima postoji razlog za verovanje da niži sud nije u potpunosti uzeo u razmatranje sve činjenice ili kada na to ukazuje najnoviji razvoj događaja. Stoga se kao razumna smatra mogućnost da bi odluka nižeg suda bila drugačija, ako bi mu bila data mogućnost za dalje razmatranje, i kada ima izgleda da bi ponovno odlučivanje odredilo ultimativni ishod parnice. Ovim rešenjima “odobrenje ukidanja i vraćanje na ponovno suđenje”, pruža se mogućnost nižim sudovima da primene odluku Vrhovnog suda koje nisu bile dostupne u vreme kada je niži sud doneo svoju odluku. Nije neuobičajeno da Vrhovni sud, u roku od nekoliko sedmica od donošenja neke odluke, donese „Listu rešenja”<sup>144</sup> u kojoj navodi smernice za brojna rešenja “odobrenje ukidanja i vraćanje na ponovno suđenje” vraćajući

<sup>141</sup> engl. *Rule of four*.

<sup>142</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 375-376.

<sup>143</sup> engl. *GVR-grant-vacate-remand*.

<sup>144</sup> engl. „*Orders List*.”

predmete nižim sudovima na ponovno odlučivanje u svetlu njegove nove odluke.<sup>145</sup>

Postoji i slučaj u kome će Vrhovni sud odobriti preispitivanje odluke po žalbi i u tom cilju izdati nalog, iako ne postoji niti sukob između sudova u pogledu rešenja određenog pitanja, ni pitanje od izuzetnog značaja. To je slučaj u kome je odluka čije se preispitivanje traži od Vrhovnog suda duboko pogrešna, tako da Vrhovni sud po kratkom postupku preinačuje odluku i donosi svoje mišljenje.<sup>146</sup>

Najzad, postoje slučajevi u kojima je Vrhovni sud izdao nalog, ali se u kasnijem sledu događaja, na osnovu rezimea i usmenog izlaganja ispostavilo da on treba da bude odbačen kao ishitren. Ova grupa slučajeva je kolokvijalno poznata pod skraćenicom „DIG“, kada Vrhovni sud nađe određeno pitanje treba da bude rešeno, ali ne od strane Vrhovnog suda, ili kada dalja analiza predmeta ukaže na to da pitanje koje izneseno pred Vrhovni sud nije bilo ispravno postavljeno u nižim sudovima. Vrhovni sud ima pravo da odbaci nalog i samo u određenom delu.<sup>147</sup>

### 10., Udeli u nalogu<sup>148</sup> i „Lista diskusije<sup>149</sup>“

Razmatranje molbi za preispitivanje odluke od strane Vrhovnog suda poznato je pod nazivom „Udeli u nalogu“ Osam sudija Vrhovnog suda ovlašćuje svoje činovnike da razmotre određeni broj molbi i napišu kratak memorandum o tome da li molbu treba usvojiti ili odbiti. Na svakoj molbi se upisuje datum održavanja konferencije, na kojoj će se diskutovati o molbama. Kako se datum približava sastavlja se „Lista diskusije“ na kojoj se nalaze molbe o kojima će se diskutovati istog dana. Ova lista je poverljiva. Samojoj konferenciji na kojoj se diskutuje o molbama prisustvuje devet sudija Vrhovnog suda SAD. Po okončanju konferencije Sud dostavlja pisarima u sudu listu predmeta u kojima je molba usvojena i predmeta u kojima je Vrhovni sud konačno odlučio da ne izda nalog. Vrhovni sud može da odloži za određeno vreme odlučivanje o pojedinim molbama, do održavanja sledeće konferencije, zato što je na primer, u toku postupak

<sup>145</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 376- 377.

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> *Ibid.*, 378.

<sup>148</sup> engl. „*Certiorari Pool*“-reč je o *writ of certiorari* (V. fn. 111).

<sup>149</sup> engl. „*Discuss List*.“

pred Vrhovnim sudom koji će mu po okončanju pružiti više informacija o tome da li u predmetu u kome je odlučivanje odloženo treba izdati nalog. Vrhovni sud može da odloži donošenje odluke o izdavanju naloga, i u slučaju u kome je donošenje te odluke u vezi sa ishodom predmeta koji će tek biti na redu za odlučivanje na sledećoj konferenciji.<sup>150</sup>

## **11. Sadržaj molbe za preispitivanje odluke po žalbi od strane Vrhovnog suda<sup>151</sup>**

U skladu sa Pravilom 14 Pravila Vrhovnog suda SAD, molba za preispitivanje odluke po žalbi od strane Vrhovnog suda treba da sadrži:

- a. Pitanje čije se preispitivanje traži, koncizno izneseno u vezi sa činjenicama slučaja, bez nepotrebnih detalja. Treba da se nalazi na prvoj stranici nakon naslovne strane, i ta stranica ne treba da sadrži ništa osim tog pitanja. Samo jedno pitanje izneseno u molbi biće rešeno od strane Vrhovnog suda;
- b. Listu svih stranaka u postupku;
- c. Citate odluka i mišljenja suda i agencija;
- d. Konciznu izjavu o osnovu nadležnosti Vrhovnog suda uz odgovarajuće dokaze (kao na primer, propis koji potvrđuje nadležnost ovog suda);
- e. Zakone i druge propise u pitanju (ako su dugački, treba da budu navedeni u dodatku);
- f. Konciznu izjavu o predmetu koja treba da sadrži materijalne činjenice i da ukaže na osnov za federalnu nadležnost;
- g. Direktne i koncizne argumente koji pojačavaju važnost razloga za izdavanje naloga od strane Vrhovnog suda;
- h. Dodatak koji treba da sadrži: mišljenje čije se preispitivanje traži, ostala relevantna rešenja, bilo koje rešenje koje ukazuje na mogućnost ponovnog suđenja, presudu čije se preispitivanje traži (ako datum izdavanja presude nije isti kao i datum izdavanja mišljenja) kao i bilo koji dugačak zakon ili drugi propis u pitanju.

<sup>150</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 380-381.

<sup>151</sup> engl. *petition for certiorari* (V. fn. 88).

Svi argumenti u korist usvajanja molbe moraju da budu sadržani u samoj molbi, a ne u zasebnom rezimeu. Sama molba mora da bude napisana jednostavnim jezikom i da sadrži najviše 33 strane. Vrhovni sud može da odbaci molbu zbog toga što nije jasna, tačna i kratka. Postoji mogućnost vraćanja molbe podnosiocu na ispravku u roku od 60 dana.<sup>152</sup>

## **12. Rok za podnošenje molbe za preispitivanje odluke po žalbi od strane Vrhovnog suda**

U skladu sa Pravilom 13.1. Pravila Vrhovnog suda SAD, molba za preispitivanje presude suda poslednjeg stepena ili federalnog Apelacionog suda, od strane Vrhovnog suda mora biti podnesena u roku od 90 dana od dana njenog donošenja. U slučaju u kome se traži preispitivanje odluke nižeg suda od strane državnog suda poslednjeg stepena (po njegovom diskrecionom ovlašćenju) ovaj rok iznosi 90 dana, a počinje da teče od dana donošenja rešenja kojim se odbija diskreciono preispitivanje od strane državnog suda poslednjeg stepena.

Sud iz opravdanog razloga može da produži ovaj rok do 60 dana, uz uslov da je zahtev za produženje dostavljen najmanje 10 dana pre isteka izvornog roka (osim u izuzetnim okolnostima). Zahtev za produženje roka treba da sadrži označenje presude čije se preispitivanje traži, mišljenje ili bilo koje rešenje koje ukazuje na mogućnost ponovnog suđenja, i objašnjenje zbog čega je neophodno produženje roka.<sup>153</sup> Standard „opravdani razlog“ je stvar slobodne ocene suda.

Sud ne uzima u razmatranje neblagovremeno podnesene molbe.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 382-383.

<sup>153</sup> *Ibid.*, 385.

<sup>154</sup> *Ibid.*, 386.

### 13. Nadležnost Vrhovnog suda za odlučivanje o direktnoj žalbi

Iako je Kongres SAD 1988. godine ukinuo direktnu nadležnost Vrhovnog suda za odlučivanje o žalbi<sup>155</sup>, postoji jedna manja kategorija predmeta koji se dostavljaju Vrhovnom sudu u vidu direktnih žalbi na odluke okružnih sudova.<sup>156</sup>

Značajna razlika između nadležnosti Vrhovnog suda za preispitivanje po žalbi koja se ustanovljava putem molbe<sup>157</sup> i nadležnosti za ispitivanje po direktnoj žalbi, jeste priroda odluke koju će on doneti.

Naime, ako sud odbije molbu za preispitivanje odluke, to praktično znači da se on neće upustiti u razmatranje predmeta i ovo odbijanje nema karakter precedenta. Drugim rečima, odbijanje molbe od strane Vrhovnog suda, ne implicira odobravanje ili neslaganje sa shvatanjem nižeg suda koji je doneo odluku čije je preispitivanje traženo.

Odluka Vrhovnog suda o direktnoj žalbi<sup>158</sup>, vezuje niže sudove i ima karakter precedenta.<sup>159</sup>

Direktna žalba se podnosi Okružnom sudu, i rok za njeno podnošenje,<sup>160</sup> u slučajevima u kojima je razlog za podnošenje žalbe neustavnost federalnog zakona je 30 dana. U ostalim slučajevima rok je 30 dana za podnošenje žalbe protiv privremenih odluka i 60 dana protiv konačnih odluka. U svim ostlim slučajevima (uključujući i one u kojima je moguće uspostavljanje nadležnosti Vrhovnog suda jedino putem molbe za preispitivanje odluke od strane Vrhovnog suda, koji zatim izdaje nalog) je 90 dana. U nekim slučajevima veoma važan federalni zakon može da skрати tok na 10 dana. Rok je prekluzivan.

Žalba koja se podnosi Vrhovnom sudu treba da sadrži: označenje stranaka, označenje presude ili njenog dela koji se napada žalbom, datum

<sup>155</sup> Prema *Public Law No. 110-352, 102 Stat. 662. Duquesne Light Co. v. Barasch, 488 U.S. 299, 307 n.4 (1989)*-(V. G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 397).

<sup>156</sup> Prema paragrafu 2284 *Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku*, najčešće je reč o presudama koje donosi veće sastavljeno od troje sudija Okružnog suda, kojima se usvajaju ili odbijaju privremeni ili stalni nalozi (V. Fn. 109). Ova nadležnost Vrhovnog suda naročito se uspostavlja u predmetima u kojima se postavlja pitanje ustavnosti raspodele kongresnih okruga ili raspodele bilo kog zakonodavnog tela u državama SAD.

<sup>157</sup> engl. *petition for certiorari* (V. fn. 88).

<sup>158</sup> Odbijanje ove žalbe zbog nepostojanja federalnog pitanja ili njeno usvajanje.

<sup>159</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 397-398.

<sup>160</sup> Osim ukoliko drugačije nije određeno posebnim zakonom koji ustanovljava nadležnost Vrhovnog suda SAD.

njenog donošenja i zakon odnosno zakone na osnovu kojih se žalba ulaže. Nakon podnošenja žalbe Okružnom sudu, žalilac treba da dostavi predmet Vrhovnom sudu u roku od 40 dana od dana ulaganja žalbe Okružnom sudu. Istovremeno žalilac treba da dostavi izjavu o nadležnosti Vrhovnog suda. Ovaj rok može da bude produžen najviše do 60 dana. Nakon toga, protivnik žalioca može da u roku od 30 dana odgovori na izjavu o nadležnosti Vrhovnog suda. I ovaj rok može da bude produžen. U istom roku može da bude podnesena i protivžalba<sup>161</sup> i to kao uslovna.<sup>162</sup>

#### 14. Izvorna nadležnost Vrhovnog suda SAD

Član III paragraf 2 Ustava SAD propisuje da je u svim predmetima koji se odnose na ambasadore, ministre, konzule i one u kojima je jedna stranka strana država, nadležnost Vrhovnog suda izvorna. Drugim rečima, u jednom malom broju predmeta Vrhovni sud SAD ima nadležnost suda prvog stepena. Tada je on zapravo i sud prvog i sud poslednjeg stepena.

Paragraf 1251 Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku propisuje da:

- a. Vrhovni sud SAD ima izvornu i isključivu nadležnost za odlučivanje o svim tužbama i postupcima u kojima su stranke ambasadori, ministri konzuli ili vice-konzuli stranih država;
- b. Vrhovni sud SAD ima izvornu, ali ne i isključivu nadležnost za odlučivanje o svim sporovima između SAD i pojedinačnih država SAD i svim tužbama i postupcima u koje vodi jedna država SAD protiv državljana druge države SAD ili protiv stranih državljana.<sup>163</sup>

U kategoriji predmeta pod b., nadležnost Vrhovnog suda jeste izvorna, ali ne i isključiva, što znači da oni mogu da budu rešavani i od strane nižih sudova i u slučaju da jedna stranka nije zadovoljna odlukom, da nađu svoj put do Vrhovnog suda putem regularnih žalbenih kanala. U tim slučajevima, Vrhovni sud može da odluči da predmet nije dovoljno značajan da bi on o njemu odlučivao. On ovo diskreciono pravo ima čak i kada je reč o kategoriji predmeta u kojima ima izvornu i isključivu nadležnost.<sup>164</sup>

<sup>161</sup> engl. *cross-appeal* je protivžalba-podnesak koji podnosi protivnik stranke koja je uložila žalbu i obično se o njoj odlučuje zajedno sa žalbom (V. *Black s Law Dictionary*, 38).

<sup>162</sup> G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 400.

<sup>163</sup> *Ibid.*, 401.

<sup>164</sup> *Ibid.*, 403.

Možemo da zaključimo da Vrhovni sud SAD ima izvornu nadležnost<sup>165</sup> i nadležnost za odlučivanje po žalbi<sup>166</sup>.

## 15. Zaključna razmatranja

Za preispitivanje odluka okružnih sudova po žalbi u pravnom sistemu SAD, nadležni su apelacioni sudovi. U određenim slučajevima, u njihovu nadležnost spada i preispitivanje rešenja<sup>167</sup> izdatih od strane administrativnih agencija i izdavanje izvornih naloga.<sup>168</sup>

Vrhovni sud SAD postupa u važnim predmetima koji su propisani federalnim Ustavom, federalnim zakonima, ugovorima ili proizilaze iz federalnog Common Law-a. On ima ograničenu opštu nadležnost i nadležnost za postupanje po žalbi. Nadležnost za postupanje po žalbi je diskrecione prirode i gotovo redovno se zasniva putem zahteva za izdavanje naloga nižem sudu kako bi mu on dostavio zapisnik o predmetu u cilju ponovnog preispitivanja odluke<sup>169</sup>. U manjem broju slučajeva, ovaj sud odlučuje po direktnim žalbama na odluke okružnih sudova.

---

<sup>165</sup> engl. *original jurisdiction*.

<sup>166</sup> engl. *appellate jurisdiction* (V. G. A. Castanias, R. H. Klonoff, 362).

<sup>167</sup> engl. *order*- izdavanje naređenja ili davanje smernica ili uputstva (V. *Black s Law Dictionary*, 505.).

<sup>168</sup> engl. *original writ*.

<sup>169</sup> engl. *writ of certiorari* (V. fn. 111).

**Monika Milošević, Ph.D.**

Associate professor at the Faculty of Law  
Union University

## **LEGAL REMEDIES IN THE UNITED STATES AND IN THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND-PART TWO**

### Summary

In the second part of this monograph, the author firstly deals with standards for review of the decision on the appeal before the Appellate court in the legal system of the USA. Then the author analyzes the appellate procedure, decisions on appeal, and costs of the appellate procedure. Finally, the author analyzes the cases in which the U.S. Supreme Court have the jurisdiction for review of the decision on the appeal.

**Key words:** USA, standards for the appellate review, decisions in the appellate procedure, costs of the appellate procedure, the Supreme Court of the USA.

**ACQUISITION OF PROPERTY THROUGH  
PRESCRIPTION  
AND ILLEGAL OCCUPATION OF IMMOVABLE  
PROPERTY OF IDPs FROM KOSOVO\* AFTER THE 1999  
CONFLICT<sup>2</sup>**

Abstract

*The Law on Property and Other Real Rights, adopted by the Kosovo Assembly in 2009, changed the rules on acquisition by prescription by altering the requirements of bona fide and lawful possession existing under the previously applicable law. This brought the provisions regulating acquisitive prescription closer to the doctrine of adversarial possession, which enables acquisition of property irrespective of whether or not the person holding property knew that another person is the actual owner. The author argues that in the context of Kosovo, where the post-conflict property restitution is far from being complete and the illegal occupation of immovable property belonging to internally displaced persons (IDPs) is widespread, these changes of the doctrine of acquisitive prescription could run contrary to a number of international and domestic human rights norms.*

**Key words:** *acquisition of property through prescription, bona fide possession, legal possession, post-1999 Kosovo, internally displaced persons (IDPs), international human rights standards;*

---

<sup>1</sup> Research Associate, Institute of Comparative Law, Beograd

<sup>2</sup> This designation is in line with the United Nations Security Council Resolution 1244/99 and the International Court of Justice (ICJ) Opinion on the Kosovo Declaration of Independence.

\* The paper is based on the results of a wider research on the violations of property rights of internally displaced persons in Kosovo, which was conducted by the author within the EU-funded Project "Further support to refugees and IDPs in Serbia" (EuropeAid/129208/C/SER/RS; implemented by Diadikasia Business Consultants S.A. in consortium with Hilfsverk Austria International, ICMPD and Group 484).

## 1. Introduction

The aim of this paper is to examine effects of the provisions regulating acquisition of property through prescription, laid down by the Kosovo legislator in 2009, on the right to property of internally displaced persons (IDPs). The paper combines the normative method with the law in context approach given that it not only analyses relevant legal norms but it also tries to understand them in the light of the specific features of the society and group under consideration. In the first part of the paper the author looks into the process of post-conflict property repossession in Kosovo and outlines the problem of illegal occupation of IDPs' immovable property. Following that, the author compares the relevant provisions of the Law on Property and Other Real Rights from 2009 with the previously applicable rules on the acquisition through prescription. In the third part of the paper, the new legal rules are scrutinised *vis-à-vis* the applicable international human rights standards read in the light of the specific position of Kosovo IDPs. Finally, in the conclusion the author summarises the results of the conducted analysis and gives recommendations on how to remedy the identified deficiencies of the norms on acquisitive prescription.

## 2. Illegal occupation of immovable property belonging to IDPs from Kosovo

Illegal occupation of immovable property has been among the greatest challenges to the individual property rights in post-1999 Kosovo.<sup>3</sup> Neither the local judicial and quasi-judicial institutions nor the international stakeholders so far have managed to adequately address this problem.<sup>4</sup> The immovable property left behind displaced owners is particularly affected by the illegal occupation.<sup>5</sup> Although more than fourteen years

<sup>3</sup> See: Anti-corruption Resource Centre, *Corruption in Land Administration/Land Management in Kosovo*, 2008, available at <http://www.u4.no/publications/corruption-in-land-administration-land-management-in-kosovo/>, 2 April 2013.

<sup>4</sup> Council of Europe, Report of the Council of Europe Commissioner for Human Rights' Special Mission to Kosovo, July 2009, CommDH(2009)23, p. 30. About the international stakeholders' activities targeting the illegal occupation, see, for instance, the campaign "Illegal Occupation is Not a Solution" launched in 2005 by the OSCE Mission in Kosovo at <http://www.osce.org/kosovo/46893>, 4 April 2013.

<sup>5</sup> See: OSCE Mission in Kosovo, *Challenges in the Resolution of Conflict-Related Property Claims in Kosovo*, June 2011, 3; OSCE Mission in Kosovo, *Kosovo Communities Profile*, 2010, 25.

have passed since the end of the hostilities in Kosovo, the process of post-conflict property repossession has not yet been completed. Certain portion of 42,531 claims lodged before the Kosovo Property Agency<sup>6</sup> - quasi-judicial body mandated with the post-conflict property repossession - is still awaiting adjudication while less than half of its decisions were implemented.<sup>7</sup> Apart from the cases dealt with by the Kosovo Property Agency (KPA) a significant portion of the conflict-related property claims is awaiting adjudication before the local courts.<sup>8</sup>

Weak justice system and remoteness of the owners are the most common explanations for the frequent illegal occupation of the real estate of IDPs. The specific reasons are usually sought in the lenient approach of the courts towards these types of criminal offences<sup>9</sup> and the underdeveloped mechanisms for the execution of the eviction orders.<sup>10</sup> This explanation is sustained by the data on the frequency of multiple illegal occupations, in the case of which the same person(s) re-occupies real property immediately after his/her eviction from the illegally occupied property has taken place.<sup>11</sup> For instance, the Kosovo Property Agency in relation to this phenomenon reports about the cases where “the number of re-occupations and evictions has exceeded ten of the same

<sup>6</sup> The Kosovo Property Agency (KPA) is an independent agency mandated to resolve, subject to the right of appeal to the Supreme Court of Kosovo, conflict-related ownership claims and right of use claims in respect of private immovable property, including agricultural and commercial property, resulting from the armed conflict that occurred between 27 February 1998 and 20 June 1999. It was established in 2006 by UNMIK Regulation 2006/10 On the Resolution of Claims Relating to Private Immovable Property, Including Agricultural and Commercial property, which was soon after amended by UNMIK Regulation 2006/50 of the same name. Since 31 December 2008 the KPA is operating under Law No. 03/L-079 adopting and amending UNMIK Regulation 2006/50 adopted by the Assembly of Kosovo on 13 June 2008.

<sup>7</sup> According to the data presented at the KPA web site at [http://www.kpaonline.org/ClaimsTotalDecided\\_caseload.asp](http://www.kpaonline.org/ClaimsTotalDecided_caseload.asp). 1 June 2013 and in its Annual Report for 2012 (See: Kosovo Property Agency, Annual Report for 2012, p. 35, available at: <http://www.kpaonline.org/PDFs/AR2012.pdf>, 15 May 2013.

<sup>8</sup> IDPs are the group with the greatest number of property related claims lodged before the regular courts, most of which are conflict related. See in: OSCE Mission in Kosovo, *Challenges in the Resolution of Conflict-Related Property Claims in Kosovo*, June 2011, 3.

<sup>9</sup> Based on the insights of the author gained through her engagement in the Project “Further support to refugees and IDPs in Serbia” (*supra*, footnote 1), the main activity of which was the provision of free legal aid to IDPs in cases of illegal occupation of their immovable property in Kosovo.

<sup>10</sup> See, for instance, Recommendations no. 4.7 and 4.8 from the First Thematic Meeting on Exercising the Rights of Internally Displaced Persons from the Territory of Kosovo, organised in July 2012 by Group 484 with the support of the OSCE Mission to Serbia, available at <http://www.osce.org/odihr/94111>, 2 March 2013. See also the annual reports of the Kosovo Property Agency available at <http://www.kpaonline.org/public.asp>, 20 September 2013.

<sup>11</sup> Also called the “serial occupation cases”.

person and property”.<sup>12</sup> Moreover, because of a failure of the legislator to recognize the specific needs of IDPs this group faces numerous obstacles when trying to access the justice system in Kosovo,<sup>13</sup> which effectively preclude them from obtaining protection against illegal (re)occupation of their property.<sup>14</sup>

While forced eviction of Kosovo minority communities from their homes in 1999 caused their displacement,<sup>15</sup> the illegal occupation of IDPs’ property has been among the principal reasons for them to remain in displacement fourteen years after the conflict. The illegal occupation of IDPs’ homes not only prevents their return but also undermines their overall capacity to choose between the other two durable solutions to displacement – resettlement or integration in the place of origin. According to the available statistics, almost half of IDPs from Kosovo live in poverty,<sup>16</sup> which is at least partly caused by the expenses created through renting of the apartments or houses in the place of displacement.<sup>17</sup> Likewise, as in many other places around the globe, the sub-standard conditions in which

<sup>12</sup> Kosovo Property Agency, Annual Reports for 2011 and 2012, p. 25, available at: <http://www.kpaonline.org/PDFs/AR2011.pdf> and <http://www.kpaonline.org/PDFs/AR2012.pdf>, 15 May 2013. See on this also the findings of the OSCE Mission in Kosovo from 2010: “More than ten years after the 1999 conflict, Kosovo Serbian properties remain occupied, often repeatedly re-occupied after eviction orders have been implemented following decisions by the UN Housing and Property Directorate or the Kosovo Property Agency (KPA). The Kosovo police implement eviction orders, but because the properties regularly remain empty and unprotected with the rightful owner still in displacement, the former illegal occupants re-enter the properties. [...] Arable land is also often illegally occupied or used by the majority Kosovo Albanian community, such as for the illegal cutting of wood in forest areas.”; in OSCE Mission in Kosovo, *Kosovo Communities Profile*, 2010, 25-26.

<sup>13</sup> Such as the problem of legal representation, use of language, high court fees, etc.

<sup>14</sup> On the basis of a number of indicators it could be claimed that the legal and institutional system established in Kosovo does not recognise the specific needs of IDPs in their pursuit of justice for the conflict-related property claims, which leads to their access to justice being limited. See more on this in: EU-funded Project “Further support to refugees and IDPs in Serbia”, *Access to Justice for the Internally Displaced Persons from Kosovo*, June 2012 available at [http://www.pravnapomoc.org/web/Access\\_to\\_Justice.pdf](http://www.pravnapomoc.org/web/Access_to_Justice.pdf) and in EU-funded Project “Further support to refugees and IDPs in Serbia”, *On Certain Aspect of the Right of Access to Courts in Kosovo for the Internally Displaced Persons – Statistical Analysis*, April 2012 available at [http://www.pravnapomoc.org/web/statistical\\_analysis.pdf](http://www.pravnapomoc.org/web/statistical_analysis.pdf)

<sup>15</sup> See for instance the UNHCR Position on the Continued Protection Needs of Individuals from Kosovo (UN High Commissioner for Refugees, “UNHCR’s Position on the Continued International Protection Needs of Individuals From Kosovo”, June 2006, para. 19, 6, available at <http://www.unhcr.org/3c3ab77b4.pdf>, 5 May 2013.

<sup>16</sup> UNHCR and Commissariat for Refugees, *Assessment of the Needs of Internally Displaced Persons in Serbia*, February 2011.

<sup>17</sup> While majority of the IDP households with the insufficient monthly income do own an apartment or a house in Kosovo (49%), more than half of these persons are subtenants (48.9%) or live with relatives or friends (21.6%), *Ibid.*, 3-4.

many IDPs live are leading to their social exclusion and increasing their exposure to the intergenerational perpetuation of poverty.

This paper tries to examine whether the illegal occupation, apart from being *de facto* obstacle to the recovery of their property rights and one of the main reasons for the protracted displacement of IDPs, could also become a **legal impediment** to the post-conflict property repossession in Kosovo.

### **3. Acquisition of property rights through prescription under the Law on Property and Other Real Rights<sup>18</sup>**

The Law on Property and Other Real Rights (hereinafter “the Law on Property”), which “governs the creation, content, transfer, protection, and termination of real rights”,<sup>19</sup> introduced an important novelty in the system of acquisition of property in 2009. Namely, the Law on Property introduced the new rules on acquisition by prescription, which are significantly different from those existing under the previously applicable law. Its relevant provisions read as follows:

#### **“Article 40 Acquisition by Prescription**

1. A proprietary possessor acquires ownership of an immovable property, or a part thereof, after twenty (20) years of uninterrupted possession.
2. A proprietary possessor acquires ownership of an immovable property, or a part thereof, after ten (10) years of uninterrupted

<sup>18</sup> For two reasons the following analysis will be based on the official text of the English version of the Law on Property and Other Real Rights, as published in the Official Gazette of Kosovo No. 57 of 4th August 2009. Firstly, many of the laws which were enacted by the Kosovo Assembly after 1999, including the Law on Property and Other Real Rights, were drafted in English with the engagement of foreign consultants working for the main international organizations present in Kosovo. Hence, the use of the method of historical interpretation of the law is only possible with the reference to the text of the English language version in which the laws was drafted. Secondly, although Serbian and Albanian are the official languages in Kosovo and these language versions of the laws should have precedence over the English text, one should not forget that the Kosovo judiciary is characterized by a significant presence of the foreign judges which in their daily work rely on the English texts of the laws. Yet, whenever there is a discrepancy between the English text of the Law on Property and Other Real Rights and its versions in the two official languages which are considered relevant for our analyses, this will be explicitly mentioned.

<sup>19</sup> Article 1 of the Law on Property and Other Real Rights.

possession and if he is registered as the proprietary possessor in the immovable property rights register and no objection against this registration is filed during this period.”<sup>20</sup>

Under the previously applicable Law on Basic Property Relations, which was in effect in Kosovo since 1980, the acquisition of ownership on immovable property through prescription could take place under the following conditions:

### “Article 28

[...] The **conscientious** and **legal holder** of the real estate, over which somebody else disposes of the property right, shall acquire the property right over such object through positive prescription after expiration of ten years.

[...] The **conscientious** holder of the real estate, over which somebody else disposes of the property right, shall acquire the property right over such an object through positive prescription after expiration of twenty years (emphasis added).”<sup>21</sup>

The first notable difference between the old and new provisions is that the new law introduces a notion of “**proprietary possessor**” into the rules on acquisitive prescription. The legislator does not provide definition of a “proprietary possessor of an immovable property” and uses the terms “proprietary possessor” and “proprietary possession” in a rather confusing manner. For instance, in Article 110 the proprietary possessor of movable property is defined as “[a] person possessing movable property that is *owned* by that person”. This is obviously contradictory to the above-cited Article 40, as well to the text of Article 28 that regulates the acquisition of movables by prescription:

<sup>20</sup> As evident from the cited provisions, they depart from the ordinary method of acquisition of immovable property prescribed in Article 36 of the Law on Property according to which the transfer of ownership of an immovable property requires a valid contract concluded in [...] written form [...] before a competent court or a notary public” and the registration of the change of ownership in the immovable property rights register.

<sup>21</sup> Article 28 para. 2 of the Law on Basic Property Relations, *Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia* 6/1980, 30 January 1980.

**“Article 28**  
**Acquisition [of movables] by Prescription**

1. A person who has a movable property in his proprietary possession for a period of ten (10) uninterrupted years acquires ownership of the property at the end of the ten (10) year period (acquisition by prescription) if, at the beginning of the ten (10) year period, he was not aware that he was not entitled to ownership.”<sup>22</sup>

Given this rather confusing usage of the term proprietary possessor in the Law on Property, it could be useful to make parallel to the way in which other civil law systems regulate the matter. In German Civil Code, for instance, the term “proprietary possessor” (“*eigenbesitzer*”) denotes a person who possesses an object as if it was his own (Article 872). This is different from “possessor in another’s interest” (“*fremdbesitzer*”), a notion used to denote a person who possesses an asset without the intention to own it and who acknowledges that the legal entitlement lays with the indirect possessor.<sup>23</sup> The same differentiation is also found in Article 27 of the Slovenian Code of Property Law<sup>24</sup> (“*lastniški posestnik*” and “*nelastniški posestnik*”), while the Polish Civil Code similarly prescribes an “owner-like” possession of the property as a requirement for the acquisition of property through prescription (Article 172).<sup>25</sup> These comparative examples as well the systemic interpretation of Article 40 of the Law on Property leads to the conclusion that the Kosovo legislator uses the term “proprietary possessor” in its standard meaning *i.e.* as “anyone acting like an owner, notwithstanding whether or not he is actually an owner”.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> The remaining text of this article reads as follows: 2. Prescription is excluded if the person, on acquiring the proprietary possession, was not in good faith or if he discovers during the ten-year period that he is not entitled to the ownership of the movable property; 3. Upon the acquisition of ownership by prescription, all third-party rights in the movable property which arose prior to the acquisition by proprietary possession are extinguished, unless the proprietary possessor is not in good faith with regard to these rights while acquiring proprietary possession.”

<sup>23</sup> Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (*Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt]* I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 1 of the Statute of 27 July 2011 (*Federal Law Gazette* I page 1600).

<sup>24</sup> Stvarnopravni zakonik, *Uradni list Republike Slovenije* No. 87/2002.

<sup>25</sup> Civil Code (in Polish: *Kodeks Cywilny*) of 23 April 1964, published in *Journal of Laws (Dziennik Ustaw)* No. 16, item 93, with subsequent amendments.

<sup>26</sup> Claudia Rudolf, Vesna Rijavec and Tomaž Keresteš, National Report on the Transfer of Movables in Slovenia, in Wolfgang Faber and Brigitta Lurger (eds.), *National Reports on the Transfer of Movables in Europe*, Vol. 1, European Law Publishers, 2008, 533. See also Wolfgang Faber and Brigitta Lurger, *Acquisition and Loss of Ownership of Goods*, European Law Publishers, 2011, 351 - 352.

This also ensues from the teleological reading of Article 40 that shows that a proprietary possessor is above all defined by his or her intention to exercise material control over property for his/her own benefit (*animus possidendi*), irrespective of whether he or she knew that another person is the owner of a property. The given understanding of the term “proprietary possessor” is also supported by the wording found in the Serbian language version of Articles 28 and 110 of the Law on Property, which contain the term “autonomous holder” (“samostalni držalac”).

It should, however, be noted that the Serbian text of Article 40 is entirely confusing when compared to the English version since its provisions use two completely different notions where the English text uses the term “proprietary possessor”. Namely, the first paragraph contains the word “person” (“osoba”), while the second paragraph of the same article refers both to “person” (“osoba”) and “proprietary possessor” (“vlasnički posedovatelj”):

#### “Član 40

#### Sticanje po osnovu zastarevanja

1. **Osoba** koja poverenjem ima u neprekidnom posedu dvadeset (20) godina jednu nekretninu ili deo iste, stiče vlasništvo nad njom.
2. **Osoba** koja ima u neprekidnom posedu deset (10) godina jednu nekretninu i ukoliko je isti registrovan kao **vlasnički posedovatelj** u katastru stiče vlasništvo nad nekretninom ili nekim njenim delom, ukoliko u okviru tog roka nije registrovan neki prigovor u vezi sa registracijom (emphasis added).<sup>27</sup>

The same is observed in the Albanian text of Article 40:

#### “Neni 40

#### Fitimi me parashkrim

1. **Personi** i cili me mirëbesim e ka njëzetë (20) vjet në posedim të pandërprerë një paluajtshmëri ose një pjesë të saj, e fiton pronësinë në të.

<sup>27</sup> In fact, the second paragraph indicates that the term “proprietary possessor” in the Serbian text refers to the person who was registered as the proprietary possessor in the immovable property rights register.

2. **Personi** i cili e ka dhjetë (10) vjet në posedim të pandërprerë një paluajtshmëri dhe nëse ai është regjistruar si **posedues pronësor** në kadastër e fiton pronësinë në paluajtshmërinë ose në ndonjë pjesë të saj, në qoftë se brenda këtij afati nuk është regjistruar ndonjë kundërshtim lidhur me regjistrimin (emphasis added).”

As seen, the wording used in both the Serbian and Albanian texts of Article 40, which are the official texts of the Law on Property, further supports the view that Article 40 refers to a person who exercises material control over property in an autonomous manner, irrespective of whether or not that person believes to have legal title over the property in question.

The interpretation of the term “proprietary possessor” is important for understanding of the two key differences between the old and new rules on the acquisition of property through prescription. Namely, at the heart of the doctrine of acquisitive prescription, as provided in the previous law, was **bona fide and lawful character of possession**. This was clearly expressed in the notion of a “*conscientious and legal holder*” contained in Article 28 para. 2, and the notion of “*conscientious holder*” used in paragraph 4 of the same article of the Law on Basic Property Relations.<sup>28</sup> The analysis of the new rules on acquisitive prescription shows that in this regard they significantly differ from the old rules. The *lawfulness* of possession, as it seems, is no longer required because this requirement cannot be inferred from the terms “osoba”, “vlasnički posedovatelj” and “proprietary possessor”, as used in the different language versions of Article 40 of the Law on Property. As to the question whether the possession in good faith remained the requisite for the prescription under the new rules, the answer depends on the language version of the law under consideration. According to the Serbian and the Albanian text of the Law on Property, the *bona fide* character of possession is only required for the so-called “extraordinary acquisitive prescription”. On the other hand, in the English version of the same article the possession in good faith is not the condition for the acquisition of property.

Here it is argued that the departure from the type of acquisitive prescription existing under the previous law brings the new rules closer to the doctrine of adversarial possession typical of the common law jurisdictions.<sup>29</sup> Although the acquisitive prescription and the adversarial possession have the same role – to correct the differences between the

<sup>28</sup> See above, p. 5.

<sup>29</sup> For the difference between the Roman law and English law see Charles P. Sherman, Acquisitive Prescription: Its Existing World-Wide Uniformity, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 4442, 1911,152, available at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4442](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4442)

legal status and the factual situation – their *ratio legis* is different.<sup>30</sup> The main intention of a legislator when laying down the doctrine of acquisitive prescription is to remedy defects in title. Where a person acquired property from the non-owner believing that he or she is the owner, or where the transfer of property did not satisfy the prescribed form (for instance, the contract was not verified before the competent court or the transfer of ownership was not registered), the doctrine of acquisitive prescription, as regulated by the previous law, would provide remedy for the defects which occurred during the transfer of the right to property. On the other hand, the doctrine of adversarial possession operates through the extinction of the title of the original owner and its defining element is the adverse or hostile use of the property *vis-à-vis* the interests of the owner. Namely, adverse possession places a statute of limitation on the owner's right to bring action and enables "the occupier of a land who is not the true owner [to acquire] title to the land without consent from or compensation to the 'true' owner."<sup>31</sup>

Although these differences seem to be rather superfluous in the modern legal systems -characterized by the compulsory registration of property that enables an easy identification of the real estate owners - in some other settings they may have far reaching consequences. Where the ordinary "rule of law" mechanisms are ineffective, as it is often the case in the post-conflict territories, it is questionable whether the goal of ensuring legal certainty should be given primacy over the goal of preserving individual rights. The struggle of IDPs from Kosovo to repossess their properties lost as a consequence of 1999 conflict might be a good case in point. Namely, in the situation in which a legitimate owner was forcefully displaced from his/her real estate, it is hard to claim that the fact that another person is using his/her property should lead to the loss of a property title in order to safeguard the principle of legal certainty. This is even harder to argue where property of displaced owners is subject to widespread illegal occupation as described above.

---

<sup>30</sup> See British Institute of Comparative and International Law, *Comparative Analysis of Adverse Possession: J. A. Pye (Oxford) Ltd. v. United Kingdom*, 2006, available at [http://www.biicl.org/adverse\\_possession/](http://www.biicl.org/adverse_possession/), 5 September 2013.

<sup>31</sup> Bouckaert Baudewijn and Ben Depoorter, "Adverse Possession and Title Systems", in **Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (eds.)**, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, 2001, 18.

#### 4. The new system of acquisition of property through prescription and the applicable international human rights standards

After 1999 the most important international human rights instruments have been directly applicable in Kosovo by virtue of Article 1.3 of UNMIK Regulation 1999/24<sup>32</sup>, which subsequently entered into the Constitutional Framework for the Provisional Self-Governance<sup>33</sup> and the post-UDI Constitution of Kosovo<sup>34</sup>. Among them, the European Convention of Human Rights (ECHR)<sup>35</sup> bears particular importance given that Article 53 of the post-UDI Kosovo Constitution provides that “[h]uman rights and fundamental freedoms guaranteed by this Constitution shall be interpreted consistent with the court decisions of the European Court of Human Rights”.<sup>36</sup>

Hence, this part of the analysis starts from the rights guaranteed in the ECHR. In the meaning of the second sentence of Article 1 of Protocol 1 to the ECHR, loss of ownership over immovable property through the operation of the doctrine of adverse possession can be categorized as “deprivation of possession”. According to the principle of proportionality, any such interference with the peaceful enjoyment of possession must strike fair balance between the demands of public interest and the protection of fundamental rights.<sup>37</sup>

The legal certainty is a legitimate public interest and hence could justify enactment of a law that enables acquisition of property rights on the basis of adversarial possession; however, this alone does not automatically provide that the legislation in question has stricken a

---

<sup>32</sup> Adopted by UNMIK on 12 December 1999.

<sup>33</sup> Article 3 of the Constitutional Framework for the Provisional Self-Governance promulgated by the UNMIK Regulation No. 2001/9 on 15 May 2001.

<sup>34</sup> The Constitution of Kosovo adopted by the Assembly of Kosovo after the unilateral declaration of independence, on 15 June 2008.

<sup>35</sup> Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5. The ECHR is directly applicable in Kosovo by virtue of Article 22 of the post-UDI Constitution of Kosovo.

<sup>36</sup> It is also worth mentioning that three out of nine judges of the Constitutional Court of Kosovo were appointed by the International Civilian Representative, upon consultation with the President of the European Court of Human Rights, in accordance with ex-Article 152.4 of the post-UDI Constitution of Kosovo.

<sup>37</sup> Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar and Ana Vilfan, *The right to property under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and Its Protocols*, Human Rights Handbook No. 10, Council of Europe, 2007, 14.

fair balance between the individual rights and public aims. In *J.A. Pye (Oxford) Ltd v. The United Kingdom*,<sup>38</sup> the European Court of Human Rights found that the application of the doctrine of adverse possession with the effect of depriving the applicants of their title to the registered land, “imposed on them an individual and excessive burden and upset the fair balance between the demands of the public interest on the one hand and the applicants’ right to the peaceful enjoyment of their possessions on the other.”<sup>39</sup> The Court especially noted that in the systems where the owner of the immovable property can be identified by inspecting the immovable property register, it is questionable to what extent this kind of interference with the right to peaceful possession could be seen as necessary and proportionate.<sup>40</sup>

The question whether the goal of ensuring legal certainty could justify deprivation of the owners of their title *i.e.* its transfer to those in unauthorised possession, deserves even more attention in a post-conflict settings. In fact, where the right to property is strongly interlinked with the post-conflict property restitution, as it is the case in Kosovo, the rules on the acquisition of property should be also analysed with respect to the international law governing application of the human rights standards in the context of mass displacement.

The UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (the so-called “Pinheiro Principles”), translate the right to property into the right of “everyone who has been arbitrarily or unlawfully deprived of housing, land and/or property [to] be able to submit a claim for restitution and/or compensation to an independent and impartial body”.<sup>41</sup> Moreover, this soft law document also recommends that in a context of mass displacement, the authorities should “[pre-empt] the formation of bona fide property” through a “constructive notice of the illegality of purchasing abandoned property”.<sup>42</sup> In the similar vein, the UN Guiding Principles on Internal Displacement specify the duty of the competent authorities to assist IDPs to recover property and possessions they left behind or were dispossessed of upon their displacement.<sup>43</sup> In the European context, the Council of Europe Resolution 1708 (2010) on

<sup>38</sup> Application no. 44302/02, Judgment of 15 November 2005.

<sup>39</sup> *Ibid.*, para. 75.

<sup>40</sup> *Ibid.*, para. 65.

<sup>41</sup> Principle 13.1. (E/CN.4/Sub.2/2005/17).

<sup>42</sup> Principle 17.4.

<sup>43</sup> Article 29.2 of the Guiding Principles (E/CN.4/1998/53/Add.2).

Solving Property Issues of Refugees and Internally Displaced Persons<sup>44</sup> calls upon the responsible authorities to “guarantee timely and effective redress for the loss of access and rights to housing, land and property abandoned by refugees and IDPs without regard to pending negotiations concerning the resolution of armed conflicts or the status of a particular territory”. The Resolution 1780 (2010) emphasizes the importance of ensuring “that such redress takes the form of restitution in the form of confirmation of the legal rights of refugees and displaced persons to their property”.<sup>45</sup>

Arguably, the application of Article 40 also violates the duties of the Kosovo authorities in the realm of the post-conflict property restitution process and return of IDPs.<sup>46</sup> The duty of the local authorities to provide all the necessary conditions for “the safe and dignified return of refugees and internally displaced persons and assist them in recovering their property and possession” is clearly established in the post-UDI Constitution of Kosovo.<sup>47</sup>

The application of the doctrine of acquisitive prescription to the situation of mass displacement could also run contrary to an important international principle which requires that each victim of human rights violations should be restored as closely as possible to the conditions existing before the violations occurred. Under certain conditions, IDPs can be considered to be victims of forced displacement, which is a crime against humanity. Hence, their deprivation of the property title could be seen as violation of the right to reparation for victims of mass human rights violations. This right is elaborated in the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations

---

<sup>44</sup> Adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (CoE) on 28 January 2010.

<sup>45</sup> Paras. 10.1. and 10.2.

<sup>46</sup> See on this: Brookings Institution – University of Bern: Project on Internal Displacement, *Protecting Internally Displaced Persons: A Manual for Law and Policymakers*, 2008, 171.

<sup>47</sup> Article 156. On 28 March 2012, the Government of Kosovo adopted a Decision No. 02/68 with the aim of amending the Kosovo Constitution of 2008, including its Article 156. On 15 May 2012 the Constitutional Court of Kosovo decided that the proposed deletion of Article 156 could affect the individual rights and freedoms guaranteed by the post-UDI Constitution (see Constitutional Court Decision in Case K038/12). See also Article 3a of the Law on the Protection and Promotion of the Rights of Communities No. 03/L-047 and their Members as amended by the Law on Amending and Supplementing of the Laws related to the Ending of international Supervision of Independence of Kosovo No. 04/L-115 of 31 August 2012.

of International Humanitarian Law.<sup>48</sup> The right to a remedy for victims of human rights violations is also provided in several other important international instruments<sup>49</sup>, such as Article 8 of the Universal Declaration of Human Rights<sup>50</sup>, Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)<sup>51</sup> and Article 6 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)<sup>52</sup>.

Furthermore, the adverse consequences for the IDP owners ensuing from Article 40 of the Law on Property could violate the principle of prohibition of discrimination.<sup>53</sup> When a law or institutional practice negatively affects the right to peaceful enjoyment of one's property only for certain segment of population and where that segment of population is defined by its specific status or ethnic origin<sup>54</sup>, the issue of protection of property rights becomes interlocked with the issue of indirect discrimination.<sup>55</sup> The illegal occupation of immovable property in Kosovo and the lack of adequate access to courts affect IDPs to a greater extent than other owners thus leading to their greater vulnerability to being dispossessed of their immovable property through the operation of Article 40 of the

---

<sup>48</sup> UN General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Resolution adopted by the General Assembly, 21 March 2006, A/RES/60/147.

<sup>49</sup> The right to an effective remedy for victims of international humanitarian law are provided in Article 3 of the Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907 (Convention IV), Article 91 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) of 8 June 1977.

<sup>50</sup> UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III).

<sup>51</sup> UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171.

<sup>52</sup> UN General Assembly, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, p. 195.

<sup>53</sup> As defined in Article 3 of the Antidiscrimination Law No. 2004/3 of 19 February 2004. See also Article 3 of the Law No. 03/L-047 on the Protection and Promotion of the Rights of Communities and Their Members of 13 March 2008.

<sup>54</sup> Any practices or laws that indicate existence of discrimination on ethnic ground are always subject of a strict scrutiny test.

<sup>55</sup> Unless that law or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary. This definition is based on the definition contained in Article 2 para. 2 of the EU Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin ([2000] OJ L180/22), which has also served as a model of a definition of indirect discrimination contained in Kosovo Antidiscrimination Law (Law No. 2004/3) of 19 February 2004.

Law on Property.<sup>56</sup> Since IDPs mostly belong to minority communities,<sup>57</sup> the application of Article 40 without a consideration being given to the specific position of this group could in effect result in discrimination along ethnic lines. This is against the prohibition of discrimination spelled out in Article 14 and Protocol 12 to the ECHR, Article 26 of the ICCPR, Article 2 of the ICERD and Article 2 of the Kosovo Anti-discrimination Law<sup>58</sup>. The given provisions could also become a barrier to the fulfilment of the special obligations of the local institutions “to ensure the full and effective equality of communities and their members, taking into consideration their specific needs” as prescribed in the Kosovo Law on the Protection and Promotion of the Rights of Communities and their Members.<sup>59</sup>

## 5. Conclusion

The analysed norms on acquisitive prescription provide good illustration of how a misguided “transplantation” of an ordinary legal concept into a post-conflict legal environment, characterised by *inter alia* lack of rule of law and the mass displacement of population, could lead to the violation of the individual rights. As shown, the rules provided in Article 40 of the Kosovo Law on Property have the potential to become an insurmountable legal barrier for the repossession of property lost as a consequence of conflict and displacement. By not requiring that the possessor hold property lawfully and in good faith as a condition for this type of property acquisition, these rules could enable “legalisation” of illegal occupations and lead to *de facto* termination of IDPs’ right to

---

<sup>56</sup> According to Principle 29 of the UN Guiding Principles on Internal Displacement (E/CN.4/1998/53/Add.2.), IDPs who have returned or resettled “shall not be discriminated against as a result of their having been displaced”. The prohibition of discrimination on the ground of personal status is also prohibited by the provisions of Article 24 (2) of the post-UDI Constitution of Kosovo as well by Article 2 of the Antidiscrimination Law.

<sup>57</sup> Some 80% of the overall IDP population are of Serbian nationality, while the remaining 20% are made up of the members of RAE and Gorani communities. See e.g. Table 2 at the official web site of the Government of Serbia (GoS) at <http://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/?id=20031>, 26 January 2012. Cf. 75% of Serbian nationality in the National Strategy Resolving the Problems of Refugees and Internally Displaced Persons for the period 2011-2014. When it comes to the internally internally displaced population (IIDPs), this group also includes members of the Albanian community which are in certain regions in the so-called “minority position”.

<sup>58</sup> The Kosovo Antidiscrimination Law clearly prohibits discrimination in all its forms, including indirect discrimination, and on all relevant grounds. Law No. 2004/3, adopted by the Kosovo Assembly on 19 February 2004.

<sup>59</sup> Article 1(2) of Law No. 03/L-047 on the Protection and Promotion of the Rights of Communities and their Members.

repossess their property and return to their homes. The examination of these provisions in the specific context of Kosovo has shown that their enactment might violate a number of international and domestic human rights standards.

For these reasons the paper suggests several amendments to the analysed provisions of the Law on Property. Firstly, it is suggested that Article 40 be amended in a manner that would explicitly exclude its application from the situation in which the occupation of immovable property has commenced during or after the 1999 conflict. It is proposed that this limitation remains in place until the post-conflict property restitution is effectively completed and all displacement-related issues adequately resolved. Secondly, where the occupation of immovable property has commenced before the 1999 conflict the acquisition of ownership through prescription should be allowed only if the property holder could demonstrate *bona fide* nature of his/her possession and if the court could ensure that owner or registered possessor is adequately informed about the given intention of the property holder. Thirdly, the author is of the opinion that the legislator should restore the requirement of possession in good faith, as it existed under the previously applicable law, by unambiguously requiring that the property holder be in good faith from the outset of the possession throughout its duration.

At the end it should be also said that a more systemic approach to the issues affecting the IDPs' right to property is needed in Kosovo given that the process of property restitution, which was initiated in 2000, is not over yet.

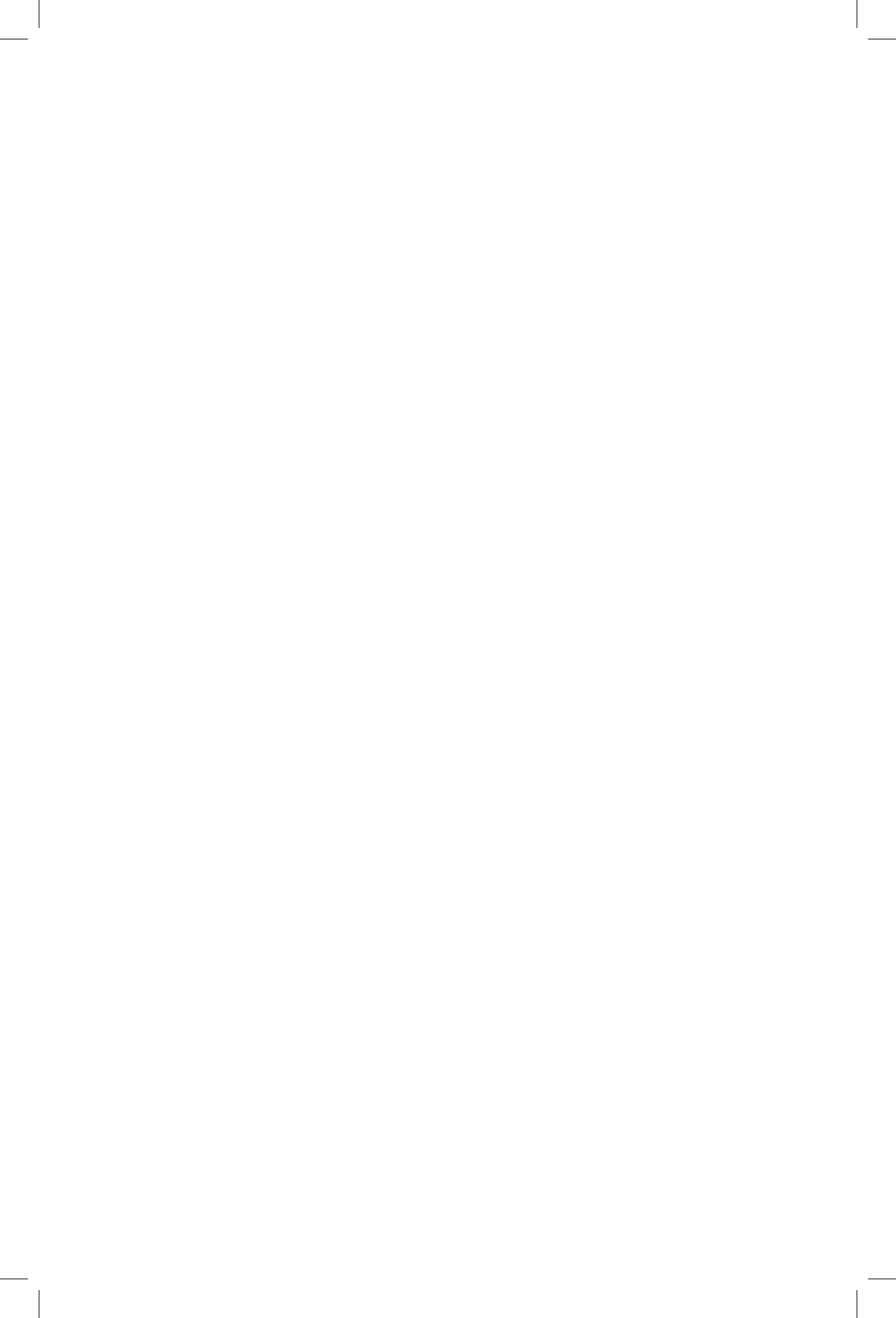
**Мр Милица В. Матијевић**  
Истраживач сарадник  
Институт за упоредно право Београд

**СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ И НАСИЛНО  
ЗАУЗЕЋЕ НЕПОКРЕТНЕ ИМОВИНЕ ЛИЦА  
РАСЕЉЕНИХ СА КОСОВА И МЕТОХИЈЕ НАКОН  
СУКОБА 1999. ГОДИНЕ**

Апстракт

Законом о власништву и другим стварним правима, донетим од стране косовских институција 2009. године, значајно се мењају услови за стицање својине одржајем. Најзначајнија промена тиче се савесности и законитости државине, као услова за стицање својине одржајем према Закону о основама својинскоправних односа из 1980. године, који је на Косову и Метохији био на снази до доношења новог закона. Према решењу садржаном у новом закону, законитост државине више уопште није услов за стицање својине одржајем док се савесност захтева само када је у питању стицање својине путем редовног одржаја. Дате промене суштински мењају институт одржаја приближавајући га законским решењима присутним у великој већини савремених европских законодавстава. Но, да ли је модернизација доктрине одржаја поједностављивањем услова за стицање права својине на непокретности у складу са општим одликама правног и својинскоправног система на Косову и Метохији? Огроман број расељених лица чије су непокретности узурпиране, неуређеност земљишно-књижних регистара и озбиљни проблеми у функционисању правосудног система успостављеног на Косову након сукоба из 1999. године само су неки од разлога за сумњу у адекватност нових одредаба. Шта више, анализирајући их у светлу релевантних међународноправних стандарда, ауторка заузима становиште да се одредбама о одржају садржаним у косовском Закону о власништву и другим стварним правима доводе у опасност нека од основних људских права расељених лица.

**Кључне речи:** одржај, савесна државина, законита државина, Косово након сукоба из 1999. године, интерно расељена лица, међународни стандарди за заштиту људских права.



## КРИВИЧНА ДЕЛА ОРУЖАНЕ ПОБУНЕ И АГРЕСИВНОГ РАТА

### Апстракт

*Анализирајући радње извршења код кривичних дела оружане побуне и агресивног рата можемо закључити да оне у себи не садрже елементе било каквог насиља, али и да је њихова апстрактна опасност изузетно велика уз могућност изазивања несагледивих и чак трагичних последица за неку државу или чак међународну заједницу. Тако да можемо закључити да се ова кривична дела у теорији и пракси налазе између политике и права. Из неких непознатих разлога, стручна јавност се није у довољној мери бавила анализом праксе и теорије ових кривичних дела, иако је то било крајње оправдано ради анализе рада различитих међународних кривичних судова, а посебно Међународног трибунала за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права на територији бивше Југославије након 1991 (Хашког трибунала). Сам рад је имао за циљ да покрене размишљања о односима кривичних дела агресивног рата и оружане побуне, као и да укаже на проблематику у примени националног кривичног права у односу на међународно кривично право.*

**Кључне речи:** *међународно кривично право, кривично право, безбедност, агресивни рат, оружана побуна, пропаганда.*

---

<sup>1</sup> Директор Канцеларије Савета за националну безбедност и заштиту тајних података Владе Републике Србије

## 1. Увод

Кривична дела оружане побуне и агресивног рата нису кривична дела која подразумевају насилне радње извршења веће групе људи. Сама радња извршења код ових дела се огледа у предузимању акције, односно, декларативном одбијању ауторитета државе од стране наоружане или ненаоружане групе људи, код кривичног дела оружане побуне, односно, код агресивног рата радње подстрекавање и подстицања на рат. Објекат заштите код оба кривична дела је готово идентичан, осим што се код оружане побуне третира кроз национално кривично законодавство као политички деликт, а код агресивног рата, иако је у суштини дело усмерено против уставног уређења и безбедности државе, заштита се остварује кроз међународно кривично право у склопу групе злочина против мира. Из неких непознатих разлога, стручна јавност се није у довољној мери бавила анализом праксе и теорије ових кривичних дела, иако је то било крајње оправдано ради анализе рада различитих међународних кривичних судова, а посебно Међународног трибунала за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права на територији бивше Југославије након 1991 (Хашког трибунала). Велико је питање колико је оружани сукоб на просторима тадашње СФРЈ заиста био претња светском миру, јер се по свим показатељима радило о класичном грађанском рату, који се дешавао на одређеном прилично ограниченом географском простору, без реалних изгледа да се прошири. Оружани сукоб је почео као сепаратистичка оружана побуна која се проширила у грађански рат, уз несумњиву подршку страних држава, који се на такав начин и завршио на прострима некадашње СФРЈ, изузимајући простор Србије и Црне Горе, где је након започетих тарористичких акција тзв. ОВК, као и оружане побуне Албанаца на Косову и Метохији, дошло до агресије НАТО-а против тадашње Југославије, тако да је време трајања те агресије било једини међународни сукоб на овим просторима<sup>2</sup>.

Кривично дело оружане побуне из члана 311. Кривичног законика спада у групу кривичних дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије из главе XXVIII КЗ, док кривично дело агресивног рата из члана 386. КЗ-а спада у групу кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом из главе XXXIV КЗ-а.

<sup>2</sup> Детаљније М. Шкулић; „Један поглед на Хашки трибунал и његово место у историји“; Зборник радова Хашки трибунал између права и политике, Институт за упоредно право Београд 2013, 61.

У погледу субјективног елемента треба рећи да је за ова кривична дела карактеристична њихова усмереност на угрожавање уставног уређења и безбедности земље и човечности и међународног права, као и да је код њих намера тог угрожавања изричито унета у њихов законски опис. Природа ових кривичних дела подразумева увек и постојање умишљаја.<sup>3</sup>

## 2. Кривичноправна заштита уставног уређења и безбедности земље

Кривичноправна заштита уставног уређења и безбедности земље одувек је и у свим државама имала велики значај због посебне опасности кривичних дела управљених на повреду ових друштвених вредности. Узета у целини, ова кривична дела непосредно угрожавају друштвени поредак земље у његовим основама, а посредно и највећи број других вредности заштићених кривичним правом. Због тога је кривично законодавство и право од свог настанка и у свим фазама развоја настојало да прописивањем и изрицањем врло строгих кривичних санкција, спречи делатност „чији сам ехо изазива узбуну и потрес друштва“, без обзира да ли су те делатности довеле до резултата који се желео постићи<sup>4</sup>. Објект заштите кривичног дела оружане побуне је уставно уређење и безбедност Републике Србије. Под основима уставног уређења Републике Србије (у складу са Уставом Републике Србије<sup>5</sup> из 2006. године), треба третирати: начела става (чланови од 1. до 17.); људска и мањинска права и слободе (чланови од 18. до 81.); економско уређење и финансије (чланови од 82. до 96.); надлежности Републике Србије (члан 97.); уређење власти (чланови 98. до 165.); територијално уређење (чланови 176. до 193.); као и уставност и законитост (чланови 194. до 202.).

Безбедност Републике Србије обухвата како њену унутрашњу, тако и њену спољну безбедност. Сваки напад на унутрашњу безбедност, у исто време је напад и на спољну, као и обрнуто. Заштита безбедности државе је услов и претпоставка за заштиту уставног уређења, тако да свако угрожавање безбедности државе уједно представља и угрожавање уставног уређења. Због тога се

<sup>3</sup> З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, 'Службени гласник, Београд 2007, 670.

<sup>4</sup> Н. Срзентић и др., Коментар Кривичног закона СФРЈ, Савремена администрација, Београд 1978 409.

<sup>5</sup> Службени гласник РС, бр. 98/2006;

кривичноправна заштита безбедности државе не може издвојити од заштите уставног уређења, а та заштита је јединствена и чини један јединствени заштитни објекат ове групе кривичних дела, без обзира што су нека кривична дела из ове групе непосредније усмерена на угрожавање уставног уређења, а друга на безбедност државе.

## 2.1. Кривично дело оружане побуне

Појам побуне није одређен бићем овога кривичног дела. Побуна представља посебан начин неког супротстављања. Она може бити оружана и ненасилна. Оружана побуна, као начин, је карактеристична, пре свега, по својој противправности, јер оружана побуна није никада правни пут супротстављања. Побуна је мотивисана одређеним циљем који може бити и оправдан, али начин на који се долази до тог циља је друштвено опасан.

Појам оружане побуне се изводи из ставова судске праксе и становишта теорије кривичног права. Основним обележјима оружане побуне сматрају се: а) акција индивидуално неодређеног броја лица, у оружаној побуни учествује по правилу већи број учесника, али се тај број не може унапред одредити; б) организована акција – оружана побуна не настаје спонтано, већ као резултат одређених претходних делатности управљених на њено припремање и усмеравање. Иза оружане побуне најчешће стоји нека организација или страна држава; в) учесници у оружаној побуни су наоружани оружјем или неким оруђем и спремни су да га употребе, али до саме употребе не мора доћи; г) оружана побуна је увек усмерена на насилно остваривање одређених циљева – који су најчешће усмерени на угрожавање уставног уређења или безбедности земље<sup>6</sup>.

Без обзира на побуде и мотиве из којих се врши, оружана побуна је увек противправно деловање и угрожавање државног уређења, односно, она је управљена против уставног уређења и безбедности Србије. То значи да је циљ учесника у побуни рушење, односно, насилна промена постојећег државног уређења, односно, угрожавања безбедности Србије. Објекат напада овог кривичног дела је уставно уређење и безбедност земље. Ово обележје упућује да је овим делом инкриминисана такозвана “политичка оружана побуна”.

<sup>6</sup> Д. Јовашевић, Лексикон кривичног права, Службени лист СРЈ, Београд 1998, 382.

Кривично дело се састоји у учествовању у оружаном побуни која је управљена на угрожавање уставног уређења или безбедности Србије. Дакле, радња овога кривичног дела се огледа у учествовању у оружаном побуни, односно, суделовању у делатностима које се предузимају у оквиру оружане побуне. То могу бити различите активности, као што је предузимање одређених акција против државних органа, кршење јавног реда и мира, напади на објекте органа и установа, предузимање оружаног напада и акција и слично. За постојање овог облика кривичног дела није од значаја да ли се учествује у једној или више таквих акција, али је битно да делатност у којој учествује лице има карактер оружане побуне.

Могло би се рећи да је оружаном побуна акција појединачно неодређеног броја лица која су спремна да употребе оружје. То значи да је један део оних који учествују у оружаном побуни (спорно је колики број лица) наоружан. За постојање овог кривичног дела потребно је да је оружаном побуна управљена на угрожавање уставног уређења, безбедности или територијалне целине Србије. Када је оружаном побуна усмерена на то угрожавање представља фактичко питање. Супротстављање појединачним мерама извршне или судске власти засновано на уставу и закону, само по себи ће представљати неко друго, а не ово кривично дело (на пример кривично дело – учествовање у групи која спречи службено лице у вршењу службене радње из члана 324. КЗ или побуну лица лишених слободе из члана 338. КЗ). Само изузетно те радње могу прерасти у оружаном побуну, при чему је пресудно да ли је побуна усмерена на политичке циљеве, односно угрожавање уставног уређења, безбедности и територијалне целине земље. Извршилац кривичног дела оружане побуне може бити свако лице. Степен организованости није битан за постојање кривичног дела. У том погледу је довољан минимум који се испољава у учествовању на било који начин у оружаном побуни<sup>7</sup>.

Главни садржаји оружаног делатности су експонирани облици циљно усмереног насиља, које се назива и оружаном дејством. Под појмом оружаног дејства, подразумевамо садржај противправне оружане делатности са непосредном применом оружја, као и других средстава насиља на најчешће, недискриминативно изабране објекте са циљевима да се изазове општи страх и несигурност грађана, али и да се изазове неповерење у државни поредак. Најзначајнији облици оружаног дејства могу бити: акција, операција, кампања и агресија.

<sup>7</sup> З. Стојановић, 679.

Акцијом се сматрају оружана дејства мањег значаја, изведена традиционалним методама и средствима којима се наноси ограничена штета. Изводе се на релативно једноставан начин и најчешћи им је циљ политички притисак на јавност или органе власти, оглашавање неке организације, интернационализација проблема или медијска промоција (унутрашња или спољна) неког политичког проблема и слично. Операцијом се сматрају сложенији облици оружаних дејстава. Подразумева ангажовање већих снага и више средстава да би се угрозили важни објекти и постигли значајнији деструктивни ефекти. Самим тим и припреме за извођење операција су дуготрајније и скупље, тако да их могу изводити само организације са већим потенцијалом, односно, значајнијим укупним ресурсима и искуствима у извођењу оружаних дејстава. Савремена војна пракса и искуства многих земаља, указују да постоје и сложенији облици оружаних дејстава који превазилазе традиционалне појмове акције и операције. У међународној пракси се често користи појам оружане кампање који подразумева серију оружаних акција и операција усклађених на остваривање јединственог циља стратегијског значаја. Када иза синхронизованих дејстава, стоји страна држава, која учесницима оружане побуне уступа своју територију, пружа логистичку подршку, омогућава несметано финасирање или не предузима мере на својој територији и у оквиру својих ингеренција да онемогући боравак и припреме учесника оружане побуне, онда говоримо о оружаног агресији. Агресија представља синхронизовану кампању коју спроводи или подржава државни субјект против друге државе са међународно признатим суверенитетом, територијом и правним поретком<sup>8</sup>.

Сама оружана побуна се одвија у три сукцесивне фазе. У првој фази, идеолошко језгро (група, организација, политичка партија) настоји да створи што ширу базу за своје деловање и притом користи искључиво политичко-вербалне методе деловања. Друга фаза подразумева деловање на прогресивном слабљењу противника – јавне власти и преузимању контроле над становништвом – при чему се користе и облици физичког насиља (уцене, физички обрачуни са неистомишљеницима, масовне рушилачке демонстрације, као и спорадични оружани сукоби са органима реда). Трећа фаза је офанзивна и карактерише је појава већег броја мањих организованих наоружаних група, па и већих војно организованих формација. Коначни циљ ове фазе је преузимање власти, односно, отцепљење

<sup>8</sup> М. Стојановић, *Савремени тероризам и одбрана Републике Србије*, Министарство одбране, Београд 2007, 141.

дела територије која се налази под контролом побуњеника од матичне државе<sup>9</sup>.

Кривично дело има два облика која се разликују само са обзиром на учиниоца или извршиоца. Код првог облика учинилац је лице које учествује у оружаном побуну (став 1.), а код другог, тежег облика, као учинилац се јавља организатор побуне (став 2.). То значи да закон прави разлику у погледу предвиђене казне, обзиром на то да ли дело врши учесник у оружаном побуну или лице које је организатор. За разлику од ранијих решења, коловођа се посебно не издваја од осталих учесника. То што неки од учесника непосредно руководи појединачним акцијама у току побуне, узме се у обзир приликом одмеравања казне која је прописана у широком распону тако да омогућава да се вреднује допринос и улога сваког учесника оружане побуне. Учесник је свако оно лице које је на било који начин, непосредно или посредно, учествује, односно узима учешће у оружаном побуну. Организатор је лице које организује, припрема и планира оружану побуну. У конкретном случају могуће је да се исто лице јави у улози организатора и учесника. Наравно, ту не постоји стицај кривичних дела, а чињеницу да је организатор и непосредно учествовао оружаном побуну требало би узети у обзир као отежавајућу околност приликом одмеравања казне.

За постојање кривичног дела неопходан је умишљај, директни или евентуални. Мада се не тражи код неких других кривичних дела из ове главе и намера угрожавања уставног уређења и безбедности земље, умишљај учиниоца мора обухватити и околност да је сама оружана побуна управљена на то угрожавање. Само кривично дело је свршено узимањем учешћа у оружаном побуну, док покушај извршења овог кривичног дела није могућ<sup>10</sup>.

Припремне радње за извршење овога кривичног дела су кажњиве. Шта се сматра припремним радњама, као и казне за њих прописане су на исти начин као и за друга кривична дела из ове главе. Између припремања оружане побуне и учествовања у оружаном побуну, нема стицаја, јер учинилац оба кривична дела одговара по принципу субсидијарности, само за учествовање у оружаном побуну. Квалификовани облик за ово кривично дело предвиђен је у члану 321. КЗ, али само за радње из става 3., када је она извршена за време непосредне ратне опасности, ратног стања, оружаног сукоба или

<sup>9</sup> М. Милошевић, Одбрана од тероризма, Свет књиге, Београд 2005, 35, 36.

<sup>10</sup> Љ. Лазаревић, Кривично право Југославије – посебни део, Савремена администрација, Београд 1995, 44.

ванредног стања. Ако дође до оружане побуне, могу бити остварени и неки елементи других кривичних дела (телесних повреда, убистава, оштећења ствари, угрожавања сигурности људи и слично). У таквим случајевима се поставља питање постојања стицаја овога кривичног дела са другим кривичним делима. Као основна орјентација за решавање овога питања може се навести следеће: а) ако су извршењем овога кривичног дела наступиле последице обухваћене чланом 321. КЗ, стицај не постоји, већ квалификовани облик овога дела; б) сваки учесник оружане побуне самостално одговара за кривична дела која су извршена независно до циља оружане побуне; в) организатор оружане побуне одговара за сва кривична дела која су у плану и која произлазе из плана оружане побуне.

Поред тога, посебно питање у правној теорији представља прерастање оружане побуне у неки од облика оружаног сукоба (грађанског рата, агресије, војне интервенције...), предвиђених Женевским конвенцијама и допунским протоколима, када се на извршиоце оваквих кривичних дела, али и других кривичних дела проистеклих из аката незаконитог политички мотивисаног насиља, примењује посебан режим кривичноправне заштите предвиђен међународним ратним или хуманитарним правом.

## 2.2. Кривично дело агресивни рат

Класично међународно право је сматрало да је вођење рата израз суверености државе и да стога свака држава има право да води рат, уколико га је правилно објавила. Према правилима међународног права, рат представља оружани сукоб између држава у коме одређени циљеви ратујућих страна и њихови међусобни спорови решавају употребом оружја (ватреног, хемијског, нуклеарног итд.). Сваки рат представља оружани сукоб, али сваки оружани сукоб није истовремено и рат<sup>11</sup>. Под појмом оружаног сукоба, подразумева се како оружана борба између држава која нема формална обележја рата, тако и оружана борба између политичких, националних и других снага у оквиру исте државе. Иако између рата и оружаног сукоба, постоје одређене разлике, у кривичноправном смислу нема суштинске разлике између ова два појма, јер сваки оружани сукоб доводи до посебно опасног стања и до посебно тешких последица за животе и материјална добра државе у којој се води оружана борба.

<sup>11</sup> Н. Срзентић и др., 434.

При томе треба имати у виду и спољнополитички утицај, односно, да су и данас унутрашњи сукоби најчешће инсценирани и помогнути од стране друге државе (или групе држава здружених у неким савезима), тако да је тешко одвојити унутрашње сукобе од специфичних облика стране агресије, стране оружане интервенције и других облика напада стране државе на територијалну целину једне државе, њену независност, уставно уређење или политички систем.

Тек после Првог светског рата, под утиском страха изазваних агресивним ратом Немачке и осталих централних сила, донето је више међународних докумената којима се агресивни рат изричито осуђује и забрањује. Тако је Женевски протокол о мирном решавању међународних спорова из 1924. године прогласио агресивни рат међународним злочином, одређујући као агресора сваку државу која прибегне рату кршећи обавезе предвиђене Пактом Друштва народа и самим Протоколом, с тим да се као прибегавање рату сматра и повреда режима демилитаризоване зоне.

Агресорски рат представља недовољно дефинисан појам у међународном праву, повезан пре свега са злочинима против мира. Агресорски рат представљао би заправо агресију, која је један од видова злочина против мира. Проблем у пракси представља и предмет инкриминације агресивни рат. Не постоје ни у међународном праву, али ни у националним законодавствима прецизне дефиниције агресивног рата. У одређивању када се један оружани сукоб може сматрати агресивним ратом, могу послужити одређене поставке у међународним документима<sup>12</sup>. Обзиром на постојеће изворе, агресорски рат, имао би негативну дефиницију, односно, би био сваки рат који није одбрамбени и који не спада у принудне мере предвиђене главом VII Повеље УН која описује овлашћење Савета безбедности да одобри економске, дипломатске и војне санкције, као и коришћење оружаних снага, како би се решиле размирице.

Агресија (лат. *aggressio* – напасти, приступити) значи напад с циљем освајања, употреба силе у међународним односима. Реч је о тежњи да се нанесе штета, да се наметне принуда и изазове смрт. Ратна пустошења и усмрћивања, нарочито злочини геноцида, примери су окрутне агресивности. У међудржавним односима, агресија потиче из природе антагонистичких, непомирљиво супротстављених друштава. Конкретније, агресија је напад оружаних или других снага једне државе или савеза држава на суверенитет,

<sup>12</sup> Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика, друго измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, 2011, 1118.

територијалну целокупност или политичку независност друге државе, с циљем оспоравања права на опстанак државе, отцепљење територије, промене друштвено-економског система итд. Злочини против мира, познати под термином агресија, представљају једно од четири кривична дела за које се судило нацистичким званичницима у Нирнбергу, после Другог светског рата. Ови злочини ће, преко Нирнбершких принципа, постати једно од кривичних дела на којима се базира данашње међународно кривично право. Злочини против мира први пут су одређени у члану 6. Статута Међународног војног трибунала у Нирнбергу као: „*планирање, припремање, започињање или вођење агресорског рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције, или учествовање у неком заједничком плану или завери за извршење ма ког од горе наведених дела*“

Агресорски рат је и пре суђења у Нирнбергу био забрањен Бријан-Келоговим пактом из 1928. године, мада тим пактом није била уведена потпуна забрана сваког рата. Париским пактом (Бријан-Келоговим пактом) државе уговорнице су свечано изјавиле да осуђују прибегавање рату ради решавања међународних спорова и да га се одричу као оруђа националне политике у међусобним односима, те да само прибегавање рату, противно преузетим обавезама, представља нападачки рат, који се квалификује као међународни злочин и чији ће изазивачи бити позвани на одговорност. То ће се десити тек усвајањем Повеље УН која допушта искључиво одбрамбени рат и принудне мере самих Уједињених нација. Спречавање силе у односима између држава једно је од основних начела УН, а посебно се овим питањима баве чланови 1, 2, 33. и 39. Повеље УН. Стога данас није спорно да је агресија у сваком облику забрањена, а уједно представља и једно од најтежих кривичних дела. За одређивање да ли постоји агресија, задужен је Савет безбедности УН на основу овлашћења из главе VII Повеље УН. За злочине против мира био је надлежан и Токијски трибунал, и отада нико није био осуђен за неко кривично дело против мира.

Регулисању ове области свој допринос дале су Уједињене нације и преко Резолуције Генералне скупштине број 3314 из 1974. године. Према овој резолуцији “*првоотпочињање употребе оружане силе од једне државе противно Повељи представља prima facie доказ извршења акта агресије*”. У члану 3. детаљно је наведено шта представља акте агресије, независно од постојања ратног стања: *инвазија или напад оружаних снага једне државе на територију друге државе или свака војна окупација, макар и привремене, која произађе*

из такве инвазије или напада, или анексија територије или дела територије друге државе употребом силе; бомбардовање територије неке државе од стране оружаних снага друге државе или употреба ма ког оружја од стране једне државе против територије друге државе; блокада лука или обала једне државе од стране оружаних снага друге државе; напад оружаних снага једне државе на копнене, поморске или ваздухопловне снаге, поморску или ваздушну флоту друге државе; употреба оружаних снага једне државе које се с пристанком земље пријема налазе на територији ове последње, противно условима предвиђеним у споразуму, односно, остајање тих снага на територији земље пријема и после истека споразума; радња једне државе која своју територију стави на располагање другој држави да би је ова искористила за извршење акта агресије против треће државе; упућивање од стране, односно, у име једне државе оружаних банди, група, нерегуларних војника или најамника, који против друге државе врше акте оружане силе толико озбиљно да се изједначују са горе поменутиим актима, доносно значајно учешће једне државе у томе.

СБ УН може одлучити и да други акти представљају агресију. Резолуцијом се даље наглашава да никакви разлози било које природе не могу служити као оправдање за агресију, те да агресија повлачи међународну одговорност, а да агресорски рат представља злочин против међународног мира. Римски статут Међународног кривичног суда предвиђа да је овај суд одговоран за ове злочине али условно. То значи да ће суд у пракси постати надлежан тек када се Статут допуни одређивањем појма агресије и утврде и други услови под којима ће суд бити надлежан за ово кривично дело. Није јасно зашто Суд није прихватио дефиницију агресије из Резолуције 3314 УН.

Римски статут Међународног кривичног суда предвиђа да је овај суд одговоран за злочине против мира, али условно. То значи да ће суд у пракси постати надлежан тек када се Статут допуни одређивањем појма агресије и утврде и други услови под којима ће суд бити надлежан за ово кривично дело.

Из изложеног произлази да међународно право проглашава агресивни рат међународним злочином и да забрањује сваку пропаганду у корист рата, тзв. ратнохушкачку пропаганду. Пропаганда је намерни и систематски покушај обликовања перцепције и манипулисања спознајом и понашањем, у циљу изазивања реакција које је у интересу пропагатора. Пропагандна делатност, као један од облика друштвене комуникације, стара је колико и сама људска комуникација.

Иако је у различитим историјским епохама пропаганда различито коришћена, схватана и тумачена, пропагандна комуникација била је неизбежан пратилац сваке људске комуникације уопште, и својим деловањем оставила је снажан печат развоју људске цивилизације<sup>13</sup>. Под пропагандом се подразумевају делатности којима се у јавности, код групе лица или појединаца шири, изазива или учвршћује уверење о исправности одређених идеја, ставова или програма у циљу да то уверење буде покретач одређених акција. По својој садржини, пропаганда може бити политичка, економска, културна, ратна, верска и слично. По томе, какве се идеје шире и на какве акције позива, пропаганда се може користити за постизање позитивних, друштвено корисних циљева, али се пропагандом могу ширити и опасне друштвено неприхватљиве идеје и позивати на правно недозвољена понашања. Циљ пропаганде може бити прогресиван или реакционаран, а сама поропаганда се може заснивати на истини, полуистини и лажи, односно „бела“, „сива“ и „црна“ пропаганда. Један од облика недозвољене пропаганде је и кажњива пропаганда, у коју спада посебно и ратноухшкачка пропаганда.

Субверзивна пропаганда подразумева планске, организоване и смишљене активности засноване на ширењу идеолошко-политичких, привредних, културних и других идеја, мишљења и поступака који су усмерени на придобијање за политику и циљеве који су супротни актуелним опредељењима нападнуте земље, са циљем остварења основних услова за угрожавање и рушење постојећег уставног поретка. Пропагандна делатност, као један од облика друштвене комуникације, стара је колико и сама људска комуникација. Иако је у различитим историјским епохама пропаганда различито коришћена, схватана и тумачена, пропагандна комуникација била је неизбежан пратилац сваке људске комуникације уопште, и својим деловањем оставила је снажан печат развоју људске цивилизације<sup>14</sup>. У савременим условима, пропаганда се уобичајено схвата као свесно организована и системска активност појединаца, група, организација и институција усмерена на ширење идеја, ставова и погледа, средствима комуницирања, ради вршења утицаја на одређене друштвене групе, али и појединце да измене сопствене ставове о било којем питању. Да би била успешна свака пропаганда мора да задовољи неке основне предуслове који су чврсто повезани са социолошким и психолошким карактером људи и принципима организације и функционисања људског друштва у

<sup>13</sup> Ближе погледати: J.Gareth, V. O'Donell, Propaganda and Persuasion, Penguin Books, 1998, USA; В. Пакард, Скривени убеђивачи, Службени гласник, Београд, 2001.

<sup>14</sup> Погледати: Д. Тадић, Пропаганда, Спектрум, Београд, 2005.

целини. Према начину на који су поруке обликоване, пропаганда може бити директна или активна - када су поруке отворене и дифузна, када су поруке скривене и теже се уочавају. Према методу рада, пропаганда се дели на агитациону, која је везана за конкретну акцију подстицања и ширења идеја и придобијање присталица и индоктринациону која је срачуната на дугорочно наметање одређених ставова, веровања и циљева. Поред ових, једна од најчешћих подела је на политичку, војну и економску, иако према садржини може бити и научна, верска, спортска и друга. Пропаганда може бити и унутрашња и спољашна, као и мирнодопска или ратна пропаганда.

Уколико је извор пропаганде познат, прикривен али препознатљив или непознат (лажан или скривен), разликујемо белу, сиву и црну, с тим што је иста подела могућа и у односу на циљеве пропаганде. Бела пропаганда је она пропаганда чији су извори познати, и најчешће је спроводе званични органи државе, када преко средстава информисања саопштавају своја сазнања, ставове и мере. Сива пропаганда се спроводи помоћу прикривених извора, али се ти извори ипак могу идентификовати, а своди се на истовремену употребу истина и неких ситнијих одступања од истине, са циљем да се усмере погледи јавности у правцу који одговара интересима власти која спроводи ту врсту пропаганде. Црна пропаганда садржи поруке којима је извор непознат или је фингиран, тако да се објекат пропаганде доведе у забуну. Она је базирана на фалсификатима, који шире неидентификовани, тајни извори, настојећи да њихов идентитет и стварне намере остану неоткривени. Такви извори се служе се лажима, полуистинама и инсинуацијама, које се комбинују са одређеном количином истинитих чињеница или полустина да би звучале уверљивије. Црна пропаганда и дезинформисање (ширење лажних вести) се готово не разликују, јер се обе служе ширењем лажних информација, са циљем утицаја на мишљење јавности или спровођење других мера. Основне методе пропаганде су: ширење гласина, манипулисање ефектом величине и већине, изазивање сукоба између различитих група становништва, фалсификовање докумената, окривљавање владајућих структура, уцењивање и подметање, претње и застрашивање, као и отворено позивање на предају.

Пропагандна средства представљају инструменте за пренос пропагандних порука до примаоца. У теорији и пракси ова средства се обично деле на електронска и штампана пропагандна средства, као и на неке усмене облике пропаганде у које спадају јавни говори, оговарања и гласине. Електронска средства обично подразумевају радио и телевизију, електронске огласне табле које могу комбиновати

видео, аудио и графичке презентације, као и Интернет, односно светску информатичку мрежу. Штампана средства су све врсте огласа у дневној или периодичној штампи, билборди, плакати, леци, брошуре, књиге, банери и сл. Такође, у средства пропаганде се могу убројати и неки специфични облици јавних презентација као што су сајмови, посебно организовани презентациони догађаји, јавне дегустације, кућне продајне презентације, итд. Као пропагандна средства често се користе фотографија и филм - почевши од играних, рекламних, наменских или документарних филмова, затим позориште као и остале врсте изражајних уметности. Субверзивна пропаганда се користила у време преузимања власти од стране совјета у Русији, нациста у Немачкој, од стране Коминтерне за време резолуције Информбироа према тадашњој Југославији и слично.

Пропаганда се јавља као радња извршења и код неких других кривичних дела. Такав је случај на пример са кривичним делима позивање на насилну промену уставног поретка из члана 308. КЗ-а, оружане побуне из члана 311. КЗ-а, спречавања борбе против непријатеља из члана 420. КЗ-а, служба у непријатељској војсци из члана 422. КЗ-а, подстицање на агресиван рат из члана 386. КЗ-а, расне и друге дискриминације из члана 387. КЗ-а и слично.

Само кривично дело се састоји у позивању или подстицању на агресивни рат. То су два начина подстрекавања на започињање и вођење агресивног рата. Радња овог кривичног дела представљају позивање или подстицање. Позивање би била свака делатност којој се настоји код другог створити одлука о вођењу агресивног рата, док подстицање више значи учвршћивање такве одлуке, распиривање већ постојећег расположења за вођење рата. За подстицање се често употребљава и израз хушкање на рат. О самим појмовима позивања и подстицања потребно је размотрити одредбе кривичног дела позивање на насилну промену уставног уређења из члана 309. КЗ-а. Дакле, радњу позивања би представљало стварање код другог одлуке да предузима одређене делатности или активности, а најчешће се врши наговарањем, убеђивањем, предочавањем неких околности и слично. Подстицање је подржавање и даље учвршћивање нечије одлуке, која је код тог лица већ постојала, тако да се она сада усмерава на одређене акције. Позивање и подстицање треба да се врши према грађанима или групи грађана, а ако се врши према појединцу, онда то представља подстрекавање на кривично дело из члана 308. КЗ-а.

Позивање и подстицање може се вршити на разне начине: директним и непосредним утицањем на вршење одређених акција,

изражавањем ставова који стварају одређено уверење, изопачавањем смисла политичких изјава представника државних органа, указивањем на опасности које прете земљи ако се не предузму одређене мере и слично. Позивање или подстицање треба да се врши у намери угрожавања безбедности или уставног уређења Србије. Ова субјективна компонента је конститутивно обележје кривичног дела и мора се утврђивати, тако да се по њој разликује од могућих критика и оцена на рачун државног уређења, тако да и неки позиви или подстицаји грађана на супротстављању одређеним мерама државних органа још не представљају ово кривично делу у облику подстицања на агресивни рат.

Дело је свршено сваком делатношћу којом се позива или подстиче на агресивни рат. Извршилац дела може бити свако лице, а у погледу виности потребан је умишљај. Тежи облик дела постоји када неко нареди вођење агресивног рата. За ово дело је запређена и најтежа могућа казна у кривичним законодавству Републике Србије. Његов извршилац може бити свако лице које врши одређену функцију тако да другоме може наредити започињање или вођење агресивног рата.

### 2.3. Објекат заштите

Кривичним делима против човечности и међународног права повређују се различита правна добра: живот и здравље људи, њихов телесни интегритет, основне слободе и права човека, достојанство људске личности, морал, имовина и слично. Међутим, имајући у виду околности под којима се ова кривична дела врше, за време рата или оружаног сукоба, као и категорију лица која представљају пасивне субјекте ових дела – рањенике, болеснике, ратне заробљенике, цивилно становништво, али и намеру учиниоца, све ове инкриминисане делатности повезује њихова управљеност против јединственог заштитног објекта човечности и међународног права. Иако се кривично дело агресивног рата, може извршити и изолованом радњом појединца, његова природа је таква да се по правилу може извршити на организован начин у спровођењу одређене политике владајућих кругова, због чега се овде и ради најчешће о организованом криминалу. Ове околности иницирају и захтевају посебно разматрање питања одговорности иницијатора, наредбодавца и непосредних извршилаца овог кривичног дела.

Имајући у виду опште усвојене принципе међународног права да агресивни рат представља најтежи злочин против мира, никакви разлози политичке, економске или воне природе не могу послужити као оправдање агресије, међутим још увек постоје народи који се налазе под различитим колонијалним и другим „проблематичним“ режимима, Резолуција УН потврђује право на самоопредељење, слободу и независност народа насилно лишених права и законитост њихове борбе у складу са Повељом УН, због чега се може закључити да се ослободилачка борба не може подвести под појам агресије, јер се њихово остваривање може постићи и оружаном борбом.

#### 2.4. Интервенција или агресија

У савременим друштвима, исто као и онима прошлих времена, значај супротстављања насилним актима усмереним против уставног уређења постаје све већи. Данашња збивања („афричко пролеће“, „плишане револуције“, државни удари и побуне...) у свету сведоче о непрекидним покушајима да се поједине земље доведу у положај потичињености и зависности у односу на друге државе, а да би се то постигло предузимају се акције усмерене на подривање и рушење њиховог уставног уређења и безбедности. Нису ретки случајеви да се ове акције предузимају и у оквиру борбе за власт политичких снага у земљи, било да је повезана са интерсима неке стране државе или да је резултат идеолошких, националних, верских или социјалних односа. Напади на друштвено уређење и безбедност земље често су увод и претходница агресије или оружане интервенције која треба да обезбеди власт њеним новим носиоцима у оквиру истог или другог друштвено-економског уређења или политичког система<sup>15</sup>.

Сама интервенција је насилна, утолико што је усмерена на то да се промени стање насупрот воље владајућих структура неке суверене државе, тако да она обухвата доста аспеката, почевши од рата до снакција, тајних операција и финасирања опозиционих група у извесним околностима, тако да она не обухвата покушаје да се званична политика владе суверене државе промени рационалним аргументима. Интервенција не мора да буде усмерена против владе државе која је у питању, она може бити усмерена и против група које би влада требало, али није у стању да контролише. Огољено насиље,

<sup>15</sup> Ф. Бачић и др., Коментар кривичног закона СФРЈ, Савремена администрација, Београд 1978, 409.;

односно, претња силом, корумпирање новцем и контрауслугама, те освајање срца и разума демагогијом и другим механизмима манипулације, допуњено је освајањем монопола на тумачење појмова. Када се само мало замислимо, јасно препознајемо да иза политике „међународне заједнице“ у кризним подручјима махом стоје директиве Беле куће, да се иза „европских стандарда“, који се упадљиво диференцирано стављају пред кандидате за ЕУ, неретко крију компромиси између Берлина, Париза и Лондона које одобрава Вашингтон, да се иза „ширења демократских вредности“ по свету, у великој мери могу открити стратешки интереси развијеног Запада на челу са САД. Мањим и слабијим намеће се политичка воља моћних на основу економске, медијске, културне и, у крајњој линији, војне силе, која увијек од претње може прерасти у насиље. Латентно и манифестно политичко насиље много се боље може сагледати у односима између држава него у односима унутар држава. Док је легитимни монопол силе у оквиру националних држава концентрисан и ограничен мноштвом релативно ефикасних механизма (конституционализам, подела власти, представничка влада, страначки плурализам, слободни избори, независни медији итд.), дотле се у међудржавним, односно, у међународним односима испољава у много отворенијој и непосреднијој, а неретко и сасвим огољеној форми као насиље. Консеквентно, у међународној заједници влада најчистија форма макијавелизма.

Поред тога, постоји став да су напади на уставно уређење и безбедност, када су део борбе за ослобођење од доминације, експлоатације и сваке врсте потчињености оправдани и да не представљају друштвену опасност у кривичноправном смислу. Због тога, се у неким случајевима ове акције третирају као ослободилачке акције за остваривање основних права човека и народа, односно, пружају могућност и за интервенције, у складу са документима Уједињених нација. Према међународном праву, оружана револуција није нелегална и међународно право признаје право на револуцију, док је рат нелегалан, мада је државама дозвољено да улазе у одбрамбене ратове. Употреба силе против неке суверене државе се сматра морално легитимном у случају да се ради о: самоодбрани или о против-интервенцији.

Постоји спор о употреби силе да би се заштитили властити грађани на територији неке суверене државе, због чега се у теорији прибегава прихватање става о хуманитарним интервенцијама у случајевима грубих кршења људских права, као што су геноцид и

масовно поробљавање<sup>16</sup>. Према неким ауторима (Мајкл Волцер), тзв. консеквенцијализам правила, интервенција је допуштена само: а) када држава има више од једне заједнице, или је царство и једна од њених заједница се бори за независност или ако је б) интервенција заправо против-интервенција у грађанском рату, или ако је в) влада државе против које се интервенише умешана у масакре, поробљавање или масовно протеривање свог становништва. При томе се разликује унутрашња легитимност од спољне легитимности. Држава је унутрашње легитимна, уколико постоји јединство и слагање између владе и народа, односно да: влада репрезентује политички живот свога народа; народом се влада у складу са његовим властитим традицијама; тип владе долази народу „природно“ одражавајући широко прихваћен поглед на свет или начин живота. Ако влада није у складу са својим народом, овај има право на побуну, али ако народ има право на побуну, тада такође има и право да се не буни. Ако народ изабере да се не буни, други немају право да интервенишу. Ако народ изабере побуну, странци немају разлога, па према томе, ни права да интервенишу. Право на интервенцију зависи не од тога, да ли држава има унутрашњу легитимност, већ од онога што Волцер назива спољном легитимношћу. Спољна легитимност је претпоставка унутрашње легитимности. Морално је нужно претпоставити да је влада у складу са својим народом, све док ова претпоставка важи, држава има спољашњу легитимност. Претпоставка важи све док одсуство склада није „радикално очигледно“ (геноцид или ропство). Ако није радикално очигледно (тада се интервенише), узурпирају се права грађана, јер они можда не желе револуцију или нису за њу спремни<sup>17</sup>.

### 3. Закључна разматрања

Анализирајући радње извршења код кривичних дела оружане побуне и агресивног рата, можемо закључити да оне у себи не садрже елементе било каквог насиља, али и да је њихова апстрактна опасност изузетно велика уз могућност изазивања неслагљивих и чак трагичних последица за неку државу или чак међународну заједницу. Тако да можемо закључити да се ова кривична дела у теорији и пракси налазе између политике и права. Поставља се питање, да када

<sup>16</sup> Погледати Е. Елис, „Рат, револуција и интервенција“, Зборник радова Хуманитарне војне интервенције (приредили Ј. Бабић и П. Бојанић), Гласник, Београд 2008.

<sup>17</sup> Ibid.

иза оружане побуне стоји нека организација или страна држава, да ли је извршењем кривичног дела агресивни рат из члана 386. КЗ-а, конзумирано кривично дело оружане побуне из члана 311. КЗ-а? На жалост, међународна и национална судска пракса није још увек дала одговарајући одговор на ова питања.

Оружана побуна представља само једно од традиционалних кривичних дела у законодавству Републике Србије, за које већ дужи временски период не постоји судска пракса, због чега ово решење и захтева детаљно преиспитивање и усклађивање са савремени правним тековинама и стандардима Европске уније у делу заштите уставног уређења и безбедности.

Појам оружане побуне се изводи из ставова судске праксе и становишта теорије кривичног права. Основним обележјима оружане побуне сматрају се: а) акција индивидуално неодређеног броја лица, у оружаној побуни учествује по правилу већи број учесника, али се тај број не може унапред одредити; б) организована акција – оружана побуна не настаје спонтано, већ као резултат одређених претходних делатности управљених на њено припремање и усмеравање. Иза оружане побуне најчешће стоји нека организација или страна држава; в) учесници у оружаној побуни су наоружани оружјем или неким оруђем и спремни су да га употребе, али до саме употребе не мора доћи; г) оружана побуна је увек усмерена на насилно остваривање одређених циљева – који су најчешће усмерени на угрожавање уставног уређења или безбедности земље.

Кривично дело агресивни рат управљено је и против уставног уређења и безбедности Србије, али и против вредности утврђених од стране међународне заједнице. Само кривично дело се састоји у позивању или подстицању на агресивни рат. То су два начина подстрекавања на започињање и вођење агресивног рата. Радња овог кривичног дела представљају позивање или подстицање. Позивање би била свака делатност којој се настоји код другог створити одлука о вођењу агресивног рата, док подстицање више значи учвршћивање такве одлуке, распиривање, већ, постојећег расположења за вођење рата. За подстицање се често употребљава и израз хушкање на рат. Дакле, радњу позивања би представљало стварање код другог одлуке да предузима одређене делатности или активности, а најчешће се врши наговарањем, убеђивањем, предочавањем неких околности и слично. Подстицање је подржавање и даље учвршћивање нечије одлуке, која је код тог лица већ постојала, тако да се она сада усмерава на одређене акције. Позивање и подстицање треба да се врши према

грађанима или групи грађана, а ако се врши према појединцу, онда то представља подстрекавање на кривично дело из члана 308. КЗ-а.

Корелација кривичних дела агресивног рата и оружане побуне би се огледала у следећим околностима:

- и код дела оружане побуне и агресивног рата нема конкретне употребе силе, али је ипак апстрактна опасност оваквих дела изузетно висока и може имати разарајуће, чак и фаталне последице за неку државу;
- дело агресивног рата представља позивање и подстрекавање на агресивни рат, док је учествовање у оружаној побуни једна од последица;
- питање односа националног права према међународном праву, односно шта се дешава, уколико се позивањем и подстрекавањем оружаног сукоба, прво реализује оружана побуна, а затим и отпочне грађански рат који је окончан оружаном интервенцијом страних сила?

Имајући у виду изнето, поставља се питање у пракси, који се кривичноправни режим примењивао када једне држава или земље одлучи да, било у своје име или у име друге земље, упути оружане банде, групе припадника нередовних снага или најамника да изврше акте оружаног насиља против друге државе, ако се ти акти по тежини могу упоредити са напред наведеним актима или су од изузетног значаја за судбину наведене земље. Наиме, ови акти се могу изједначити са радњама извршења кривичног дела оружане побуне из члана 311. КЗ-а или диверзије из члана 313. КЗ, односно, интересантно је питање када се на извршиоце ових дела примењује национално законодавство (оружана побуна или диверзија), а када међународно кривично право (агресивни рат).

На крају, можемо рећи да је циљ овог рада покретање размишљања о односима кривичних дела агресивног рата и оружане побуне, као и указивање на проблематику у примени националног кривичног права у односу на међународно кривично право.

---

**Goran D. Matić, PhD**

Director of the Office of the National Security and  
Classified Information Protection Government of Serbia

## **CRIMINAL OFFENCES OF ARMED REBELLION AND WAR OF AGRESSION**

### Summary

Upon analyzing acts committed within the criminal offences of armed rebellion and war of aggression, it can be concluded that they do not contain elements of violence at all. However, they represent an exceptionally great abstract danger, as well as carry a possibility of causing unforeseeable and even tragic consequences for a country or even the international community itself. It follows from the above that such criminal offences, in theory and in practice, are positioned in between politics and law. Due to some unknown reasons, the expert public has not dealt with the analysis of the practice and theory of these criminal offences to a sufficient degree, although such an examination would have been ultimately justified in order to analyze the activities of various international criminal courts, especially the work of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. (ICTY). The aim of this paper is to provoke readers into thinking about the relationship between the criminal offences of the war of aggression and the armed rebellion, as well as to point to the problem area in the implementation of national criminal law in relation to international criminal law.

**Key words:** international criminal law, criminal law, security, war of aggression, armed rebellion, propaganda.



## UTICAJ POVEĆANJA OSIGURANOG RIZIKA NA PRAVA I OBAVEZE IZ UGOVORA O OSIGURANJU U NEMAČKOM, FRANCUSKOM, ČEŠKOM I SRPSKOM PRAVU

### Apstrakt

*U ovom radu, autor analizira povećanje rizika koji je predmet osiguranja i uticaj koji ta činjenica ima na prava i obaveze ugovornih strana kod ugovora o osiguranju. Za potrebe ovako postavljenog cilja, autor se opredelili da uporedimo zakonska rešenja određenih država članica EU i zakonskih rešenja srpskog prava. U tom smislu autor je u posebnim poglavljima analizirao obavezu ugovarača osiguranja da obavesti osiguravača o povećanju rizika, pravu ugovarača na sniženje premije osiguranja i pravu na otkaz ugovora o osiguranju zbog povećanja premije osiguranja, dok je na strani osiguravača, pažnju posvetio pravu osiguravača da zahteva povećanje premije osiguranja, pravu na pun iznos premije, pravu na otkaz ugovora o osiguranju i pravu na oslobođanje od obaveze isplate naknade. Rezultati autorovog istraživanja ukazuju na poželjni smer razvoja reforme domaćeg prava osiguranja u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije.*

**Ključne reči:** *Povećanje rizika, povećanje premije, obaveštavanje, otkaz, raskid, ugovor, naknada*

---

<sup>1</sup> Vanredni profesor Univerzitet Privredna akademija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad

## 1. Uvod

Ugovor o osiguranju predstavlja najvažniji osnov i sredstvo funkcionisanja privatnog osiguranja. Važnost prijave bitnih činjenica i okolnosti za procenu rizika može da se vidi i iz činjenice da Zakon o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)<sup>2</sup> u slučaju namernog prećutkivanja bitnih okolnosti predviđa pravo osiguravača da poništi ugovor i da odbije ispunjenje svoje obaveze ako u međuvremenu dođe do štete, a u slučaju nenamerne netačnosti ili nepotpunosti podataka o riziku predviđa pravo osiguravača da raskine ugovor.

Cilj ovih pravila je da se osiguravaču omogući da odluči da li će pružiti pokriće prema korektnoj ceni (premiji – prim. aut.) na osnovu bitnih činjenica i okolnosti koje mu ugovarač osiguranja prijavi. Zato osiguravač prilikom zaključenja ugovora u potpunosti zavisi od informacija koje dobije od ugovarača osiguranja, jer je on jedino lice koje je upoznato sa okolnostima rizika u imovinskom osiguranju, a posebno kada se radi o svim vrstama medicinskih informacija o ugovoru o osiguranju života (na primer, informacija o prošlim bolestima).<sup>3</sup> Međutim, okolnosti u vezi sa rizikom koje ugovarač osiguranja ima obavezu da prijavi osiguravaču odnose se i na stanje rizika posle zaključenja ugovora, posebno ako dođe do povećanja, proširenja ili pogoršanja rizika. Ovo je logična posledica činjenice da okolnosti od značaja za ocenu rizika koje postoje u trenutku zaključenja ugovora o osiguranju, treba da ostanu nepromenjene i tokom trajanja osiguranja.<sup>4</sup>

U ovom radu, autor će analizirati povećanje rizika koji je predmet osiguranja i uticaj koji ta činjenica ima na prava i obaveze ugovornih strana kod ugovora o osiguranju. Za potrebe ovako postavljenog cilja, mi smo se opredelili da uporedimo zakonska rešenja određenih država članica EU i zakonskih rešenja srpskog prava. Rezultat našeg istraživanja treba da kroz uporednu analizu ukaže na poželjni smer razvoja reforme domaćeg prava osiguranja u Prednactru Građanskog zakonika. U tom smislu autor će u posebnim poglavljima analizirati obavezu ugovarača osiguranja da obavesti osiguravača o povećanju rizika, pravu ugovarača na sniženje

---

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

<sup>3</sup> S. Jovanović, „Regulisanje ugovora o privatnom kolektivnom osiguranju u evropskom pravu”, *Evropska revija za pravo osiguranja*, 2/2013, 13.

<sup>4</sup> P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, Dosije, Beograd, 2005., 233.

premije osiguranja i pravu na otkaz ugovora o osiguranju zbog povećanja premije osiguranja, dok će na strani osiguravača, pažnju posvetiti pravu osiguravača da zahteva povećanje premije osiguranja, pravu na pun iznos premije, pravu na otkaz ugovora o osiguranju i pravu na oslobađanje od obaveze isplate naknade.

## 2. Pravni položaj ugovarača osiguranja

### 2.1. Obaveza obaveštavanja osiguravača o povećanju rizika

U pravu osiguranja Srbije, kada je u pitanju ugovor o kopnenom osiguranju, ugovarač osiguranja dužan je da obavesti osiguravača o svakoj promeni okolnosti koja može biti od značaja za ocenu rizika, a kad se radi o osiguranju lica, onda samo ako je rizik povećan zbog toga što je osigurano lice promenilo zanimanje.

Ugovarač osiguranja je dužan da bez odlaganja obavesti osiguravača o povećanju rizika, ako je rizik povećan nekim njegovim postupkom. A ako se povećanje rizika dogodilo bez njegovog učešća, on je dužan da ga obavesti u roku od četrnaest dana od kad je za to saznao. U našoj teoriji ukazivano je na jedno od osnovnih prava osiguravača iz ugovora o osiguranju kojem korespondira obaveza ugovarača osiguranja da redovno obaveštava osiguravača o svim okolnostima ugovornog odnosa, a na koju obavezu nepovoljno utiču propisi o zaštiti ličnih podataka.<sup>5</sup> Sa druge strane, prateći moderne tendencije u uporednom pravu iz ugla zaštite potrošača, naše pravo ne reguliše obavezu informisanja i sadržinu informacija sa kojima je osiguravač dužan da upozna ugovarača osiguranja / osiguranika, o čemu je, već, pisano u našoj teoriji osiguranja.<sup>6</sup> Ovo se, u kontekstu ovog rada, prvenstveno odnosi na obavezu osiguravača da ugovarača osiguranja upozna sa svojim pravom otkaza i trenutkom kada on stupa na snagu.

U francuskom pravu<sup>7</sup>, osiguranik je dužan da tokom trajanja ugovora o kopnenim osiguranjima, prijavi osiguravaču nove okolnosti

<sup>5</sup> S. Jovanović, „Pravo osiguravača na informaciju i pravila o zaštiti podataka o ličnosti”, u: J. Slavnić i S. Jovanović (urednici), *Integracija (prava) osiguranja Srbije u evropski (EU) sistem osiguranja*, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić, 2009, 385.

<sup>6</sup> J. Slavnić i S. Jovanović, „Obaveza davanja predugovornih informacija i informacija posle zaključenja ugovora o osiguranju potrošačima usluga osiguranja prema direktivama EU i zakonima država članica”, *Revija za pravo osiguranja*, 3/2008, 27.

<sup>7</sup> Čl. 113–2, st. 1, tač. 3 francuskog Zakonika o osiguranju (*Code des Assurances* 2005/2008 – francuski Zakonik o osiguranju).

koje imaju za posledicu ili povećanje rizika ili nastanak novih rizika, zbog čega odgovori na pitanja osiguravača koje je osiguranik dao u obrascu prilikom zaključenja ugovora o kopnenim osiguranjima, više nisu tačni ili su prevaziđeni.

U Zakonu o ugovoru o osiguranju Nemačke<sup>8</sup>, pored povećanja rizika bez uticaja osiguranika, vodi se računa i o različitim stepenima krivice osiguranika. Tako navedeni Zakon izričito zabranjuje osiguraniku da posle izjave o zaključenju ugovora svojim postupkom doprinese povećanju rizika ili pristane da neko treće lice poveća rizik koji je osigurao.<sup>9</sup> Međutim, ako dođe do prethodno navedene situacije bez saglasnosti osiguravača, osiguranik je dužan da to bez odlaganja prijavi osiguravaču. Isto i kada do povećanja rizika dođe nezavisno od njegove volje, osiguranik je u obavezi da to prijavi osiguravaču bez odlaganja, čim za to sazna.<sup>10</sup>

U nemačkom pravu je propisano<sup>11</sup> da obaveza ugovarača osiguranja da obavesti osiguravača o povećanju rizika ne postoji, ako je došlo samo do neznatnog povećanja rizika ili ako prema okolnostima slučaja treba smatrati da je ugovoreno da povećanja rizika treba da bude saosigurano, odnosno, njegovo pokriće bude podeljeno u određenoj srazmeri između osiguranika i osiguravača.

U osiguranju lica, prema čl. 914, st. 1 ZOO (Prednacrt Građanskog zakonika, čl. 1190, st. 1), smatra se da je rizik povećan kada osigurano lice promeni zanimanje. U nemačkom pravu<sup>12</sup> kod osiguranja lica povećanjem rizika smatra se samo promena okolnosti rizika, koju prema izričitom pismenom sporazumu treba smatrati povećanim rizikom. Još jedna specifičnost nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju leži u tome, što se osiguravač, u osiguranju lica, ne može pozivati na povećanje rizika, ako je od povećanja proteklo pet godina. Međutim, ako je osiguranik namerno ili podmuklo doprineo povećanju rizika, ovaj rok iznosi deset godina.

---

<sup>8</sup> *Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG)* vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631) – nemački Zakon o ugovoru o osiguranju.

<sup>9</sup> Čl. 23, st. 1 nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

<sup>10</sup> Čl. 23, st. 3 nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

<sup>11</sup> Čl. 27 nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

<sup>12</sup> Čl. 158, st. 1 nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

## 2.2. Pravo ugovarača osiguranja na sniženje premije osiguranja

Naš ZOO reguliše situaciju kada se posle zaključenja ugovora o osiguranju smanji osigurani rizik, ali ne i situaciju kada je došlo do povećanja, pa smanjenja osiguranog rizika. Međutim, smatramo da bi i u drugom slučaju mogla doći u obzir primena odredbe čl. 916 ZOO (Prednacrta Građanskog zakonika, čl. 1192) po kojoj ugovarač osiguranja ima pravo da zahteva odgovarajuće smanjenje premije, računajući od dana kad je o smanjenju obavestio osiguravača. ZOO predviđa pravo osiguranika da raskine ugovor ako osiguravač ne pristane na smanjenje premije, ali ne propisuje otkazni rok. Međutim, u srpskom pomorskom osiguranju ugovarač nema pravo na sniženje premije u slučaju da postupkom osiguranika ili po njegovom pristanku dođe do poboljšanja rizika. U tom slučaju, osiguravač nije obavezan da vrati osiguraniku srazmeran deo već naplaćene premije, odnosno, da srazmerno smanji, već, ugovorenu premiju.<sup>13</sup> Ugovorni i nadzorni karakter premije neživotnog osiguranja autor je već analizirao u jednom do svojih ranijih radova, pa se ovom prilikom tim pitanjima nećemo baviti.<sup>14</sup>

U francuskom pravu pravila o otkazu ugovora o osiguranju u korist ugovarača osiguranja zbog neodobravanja smanjenja premije su ista, s tim da je propisano da osiguranik može da otkáže ugovor uz tridesetodnevni otkazni rok.<sup>15</sup> U tom slučaju osiguravač mora da osiguraniku vrati deo premije ili doprinosa za period tokom kojeg nije nosio rizik.

U češkom pravu,<sup>16</sup> pravo osiguranika na srazmerno smanjenje premije predstavlja zakonsku obavezu osiguravača od dana kada sazna za bitno smanjenje osiguranog rizika. Međutim, nijedan pravni sistem koji smo analizirali u ovom radu, uključujući i naš, ne propisuje okolnosti, u kojima se može smatrati da se radi o bitnom smanjenju osiguranog rizika.

<sup>13</sup> Čl. 749, st. 2 Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi – ZPUP, *Službeni list SRJ*, br. 12/98, 44/99, 74/99 i 73/2000, *Službeni glasnik RS*, br. 73/2010.

<sup>14</sup> S. Jovanović, „Premija osiguranja neživotnih grana”, *Revija za pravo osiguranja*, 4/2007, 22–29.

<sup>15</sup> Čl. 113–4, st. 4, francuskog Zakonika o osiguranju.

<sup>16</sup> Čl. 15, st. 2, češkog Zakona o ugovoru o osiguranju (*Zákon ze dne 17. prosince 2003 o pojistné smlouvě a o změně souvisejících zákonů /zákon o pojistné smlouvě/*, 37/2004 Sb, 377/2005 Sb, 57/2006 Sb, 198/2009 Sb, 278/2009 Sb, 227/2009 Sb, 375/2011 Sb, 99/2013 Sb – češki Zakon o ugovoru o osiguranju).

### **2.3. Pravo ugovarača osiguranja na otkaz ugovora o osiguranju zbog povećanja premije osiguranja**

Nemački Zakon o ugovoru o osiguranju u čl. 40 reguliše pravo osiguranika da otkáže ugovor o osiguranju, ako osiguravač poveća premiju zbog njenog prilagođavanja težini rizika. U tom slučaju, ako osiguravač na osnovu klauzule o prilagođavanju povisi premiju, a da se pri tom ne promeni obim zaštite osiguranja, osiguranik može da otkáže ugovor u roku od mesec dana, nakon prijema obaveštenja osiguravača sa neposrednim dejstvom, najranije u trenutku kada povećanje premije postane punovažno. Osiguravač je obavezan da u obaveštenju ukaže osiguraniku na pravo na otkaz. Obaveštenje mora najkasnije da bude dostavljeno osiguraniku mesec dana, pre nego što povećanje premije postane punovažno. Navedena pravila primenjuju se i kada osiguravač na osnovu klauzule o prilagođavanju smanji obim osigurane zaštite bez sniženja premije.

Međutim, u nemačkom pravu<sup>17</sup> postoje i specijalna pravila o mogućnosti otkaza kada dođe do povećanja premije zbog povećanja rizika. Tako, ako se premija uveća kao posledica povećanja rizika za više od 10 procenata ili osiguravač isključi zaštitu povećanog rizika, osiguranik ima pravo da otkáže ugovor o osiguranju u roku od mesec dana posle prijema obaveštenja od osiguravača. Osiguravač je dužan da u obaveštenju ukaže osiguraniku na ovo njegovo pravo (pravo osiguranika – prim. aut.)

Takođe, ako osiguravač iskoristi pravo na raskid ili otkaz ugovora u pogledu dela predmeta ili lica, osiguranik je ovlašćen da odnos osiguranja otkáže u pogledu preostalog dela. Osiguranik u tom slučaju mora izjaviti da otkazuje ugovor o osiguranju u pogledu preostalog dela najkasnije do završetka perioda osiguranja, u kome je raskid ili otkaz od strane osiguravača punovažan.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Čl. 25, st. 2 nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

<sup>18</sup> Čl. 29, st. 2 nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

### 3. Pravni položaj osiguravača

#### 3.1. Pravo osiguravača da zahteva povećanje premije osiguranja

U pravu Srbije, ako je povećanje rizika toliko da bi osiguravač zaključio ugovor samo uz veću premiju („...predloži izmenu ugovora o osiguranju...”<sup>19</sup>) da je takvo stanje postojalo u trenutku zaključenja ugovora, on može ugovaraču osiguranja predložiti novu stopu premije. Ako ugovarač osiguranja ne pristane na novu stopu premije u roku od četrnaest dana od prijema predloga nove stope, ugovor prestaje po samom zakonu.

U pravu Nemačke, takođe se predviđa pravo osiguravača da zahteva plaćanje veće premije, odnosno, premije „koja odgovara većem riziku.” Međutim, za razliku od srpskog i češkog prava, nemačko pravo ostavlja mogućnost da osiguravač isključi svoju obavezu za povećani rizik, umesto da raskine ceo ugovor o osiguranju.

#### 3.2. Pravo osiguravača na pun iznos premije

Češko pravo<sup>20</sup> priznaje osiguravaču pravo da naplati premiju, odnosno, pun iznos paušalne premije, sve do isteka perioda osiguranja, odnosno i vremena preostalog posle otkaza ugovora, ako obaveza prijave pogoršanja osiguranog rizika nije ispunjena i osiguravač otkáže ugovor o osiguranju na osnovu svojih saznanja.

#### 3.3. Pravo osiguravača na otkaz ugovora o osiguranju

U srpskom pravu, ako je povećanje rizika toliko, da osiguravač ne bi zaključio ugovor da je takvo stanje postojalo u času njegovog zaključenja, on može raskinuti ugovor. Ovde svakako treba ukazati na to da navedena pravila podrazumevaju primenu objektivnih merila po kojima bi se u svim slučajevima nesumnjivo moglo utvrditi da li bi osiguravač zaključio ugovor pod datim okolnostima. U pravnoj teoriji su isticani razlozi pravne nesigurnosti u vezi sa postojanjem takve odredbe

<sup>19</sup> Čl. 15, st. 3, češkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

<sup>20</sup> Čl. 17, st. 3, češkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

zbog toga što bi merila teško mogla da se utvrde.<sup>21</sup> Mi smatramo da se odredbom kojom se teret dokazivanja prebacuje na stranu osiguravača ne stvara pravna nesigurnost, jer bi osiguravač trebalo da sa dovoljno ubedljivih argumenata dokaže postojanje svoje volje da raskine ugovor da mu je takvo stanje rizika bilo poznato u trenutku zaključenja ugovora. Osiguravač dobro i dovoljno poznaje rizike koje osigurava i sigurno ne bi trebalo da ima problema u dokazivanju postojanja svoje volje za raskid ugovora o osiguranju.

Prethodno pomenuto rešenje poznaje i francusko pravo kada se radi o kopnenim osiguranjima, s tim da otkaz stupa na snagu po isteku deset dana od dana obaveštenja o otkazu. U francuskom pravu, ako se osiguravač odlučio da ostane pri ugovoru uz povećanje premije osiguranja, pa osiguranik ne prihvati njegovu ponudu ili je odbije u roku od trideset dana od dana davanja ponude, osiguravač ima pravo da smatra ugovor raskinutom istekom navedenog roka, pod uslovom da je osiguranika u ponudi za nov ugovor obavestio o tom svom pravu.

U francuskom pravu, kod otkaza različitih vrsta ugovora o pomorskom osiguranju vodi se računa o postojanju savesnosti i krivici osiguranika. Tako, ako dođe do značajnog povećanja rizika u odnosu na okolnosti i stanje osigurane imovine, koje je postojalo u trenutku zaključenja ugovora o pomorskom osiguranju, a novonastale okolnosti rizika ne budu prijavljene osiguravaču u roku od tri dana od dana saznanja osiguranika, otkaz ugovora o osiguranju stupa na snagu odmah, osim ako osiguranik ne dokaže da je postupao savesno.<sup>22</sup> Ako se povećanje rizika iz ugovora o pomorskom osiguranje ne može pripisati krivici osiguranika, osiguranje se nastavlja uz povećanu premiju koja odgovara povećanom riziku. Ako je povećanje rizika posledica krivice osiguranika, osiguravač može da otkáže ugovor u roku od tri dana od dana saznanja o povećanju rizika ili da ostane pri ugovoru i zahteva povećanje premije.

U srpskom pravu kopnenog osiguranja, ugovor ostaje na snazi i osiguravač se više ne može koristiti ovlašćenjima da predloži ugovaraču osiguranja novu stopu premije ili da raskine ugovor, ako ne iskoristi ta

---

<sup>21</sup> B. Jakaša, „Nekoliko napomena na propise Zakona o obveznim odnosima koji se odnose na osiguranje”, *Osiguranje i privreda*, 8/79, 24, prema: P. Šulejić, 236.

<sup>22</sup> Čl. 172–3, francuskog Zakonika o osiguranju.

ovlašćenja u roku od mesec dana<sup>23</sup>, od kad je na bilo koji način doznao za povećanje rizika, ili ako još pre isteka toga roka na neki način pokaže da pristaje na produženje ugovora (ako primi premiju, isplati naknadu za osigurani slučaj koji se desio posle tog povećanja i sl), odnosno, „ako se ponovo uspostavi stanje koje je postojalo pre povećanja rizika.”<sup>24</sup>

U nemačkom pravu osiguranja, prekluzivni rok od mesec dana za korišćenje prava osiguravača da otkáže ugovor o osiguranju vezuje se za povećanje rizika, koje je osiguravajuć učinio običnom nepažnjom. Ali, ako je do povećanja rizika došlo namerno ili grubom nepažnjom osiguravajuć, osiguravač može otkazati ugovor ne pridržavajući se otkaznog roka od mesec dana.<sup>25</sup>

Nemačko pravo osiguranja takođe poznaje institut delimičnog otkaza ugovora i delimično oslobađanje osiguravača od plaćanja naknade. Tako, ako pretpostavke, na osnovu kojih je osiguravač ovlašćen da raskine ili otkáže ugovor postoje samo u pogledu dela predmeta ili lica na koje se odnosi osiguranje, osiguravaču pripada pravo na raskid ili otkaz i za preostali deo, samo ako se ustanovi da osiguravač ne bi za taj deo pod istim uslovima zaključio ugovor.

Nemački Zakon o ugovoru o osiguranju u osiguranju stvari i odgovornosti (čl. 57) i kopnenom transportnom osiguranju (čl. 132, st. 3) reguliše da, nezavisno od toga da li je do povećanja rizika došlo namerom, nekim oblikom nepažnje osiguravajuć ili bez njegovog uticaja, osiguravač nije ovlašćen da otkáže ugovor zbog povećanja rizika na štetu osiguravajuć.

### 3.4. Pravo na oslobađanje od obaveze isplate naknade

U ZOO, prema čl. 915 (Prednacrta Građanskog zakonika, čl. 1191), kod ugovora o kopnenim osiguranjima ne vodi se računa o stepenu krivice ugovarača osiguranja, kada se radi o oslobađanju osiguravača od obaveze da isplati naknadu zbog nastupanja osiguranog slučaja, pre nego što

<sup>23</sup> Čl. 24, st. 3, nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju; čl. 15, st. 5, češkog Zakona o ugovoru o osiguranju, s tim da u tom slučaju ugovor o osiguranju ističe protekom osam dana posle dana kada je ugovaraču uručeno obaveštenje o otkazu. U francuskom pravu nema prekluzivnog roka za korišćenje osiguravača pravom otkaza, već prekluzivna prava na otkaz osiguravača nastupa od trenutka kada se, pošto je obavešten o povećanju rizika bez obzira na način na koji je o tome obavešten, saglasi sa nastavkom osiguranja, a posebno nastavljanjem da prima premije ili isplaćuje nadoknade štete. – Čl. 113–4, st. 3 francuskog Zakonika o osiguranju.

<sup>24</sup> Čl. 24, st. 3, nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

<sup>25</sup> Čl. 24, st. 1, nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

osiguravač bude obavešten o povećanju rizika ili pošto je obavešten o povećanju rizika, ali pre nego što je ugovor raskinuo ili postigao sporazum sa ugovaračem osiguranja o povećanju premije. Navedenim članom ZOO regulisano je da se naknada smanjuje u srazmeri između plaćenih premija i premija koje bi trebalo platiti prema povećanom riziku.

Za razliku od srpskog prava, u Nemačkoj ako posle povećanja rizika nastupi osigurani slučaj, osiguravač nije u obavezi da plati naknadu, ukoliko je osiguranik namerno povredio svoju obavezu uzdržavanja od povećanja rizika. U nemačkom pravu osiguranja, samo u slučaju povrede zbog grube nepažnje osiguravač je ovlašćen da svoju naknadu smanji u meri koja odgovara težini krivice osiguranika, pri čemu teret dokazivanja za postojanje grube nepažnje snosi osiguranik.

Kada se radi o povećanju rizika, usled lake nepažnje osiguranika ili događaja na koje osiguranik nije imao uticaj, osiguravač nije obavezan da plati naknadu, ako je osigurani slučaj nastupio nakon mesec dana od trenutka, u kojem je osiguravaču obaveštenje o povećanju rizika moralo biti dostavljeno, osim ako je osiguravaču u tom trenutku, već, bilo poznato povećanje rizika. On je obavezan da plati naknadu, ako povreda obaveze prijavljivanja nije namerno učinjena.

Nemački Zakon o ugovoru o osiguranju propisuje i dva izuzetka od mogućnosti oslobađanja osiguravača od obaveze da isplati nadoknadu usled povećanja rizika.<sup>26</sup> Tako je osiguravač dužan da plati naknadu, ukoliko povećanje rizika nije uticalo na nastupanje osiguranog slučaja ili na obim obaveze za plaćanje naknade, kao i u slučaju kada je u trenutku nastupanja osiguranog slučaja rok za otkaz osiguravača istekao, a do otkaza nije došlo.

Kada je reč o transportnom osiguranju, nemački Zakon o ugovoru o osiguranju u čl. 132 sadrži posebna pravila. Navedena odredba u st. 1 ovlašćuje osiguranika da može, da poveća rizik ili da ga na drugi način promeni i da trećem licu dopusti promenu rizika, ali pod uslovom da promenu rizika, bez odlaganja, prijavi osiguravaču. Međutim, i u ugovorima o kopnenom i ugovorima o transportnom osiguranju, ako osiguranik ne prijavi osiguravaču povećanje rizika, osiguravač nije obavezan da plati naknadu, ukoliko osigurani slučaj nastupi nakon trenutka, u kome bi prijava morala biti dostavljena osiguravaču. Ipak, navedeno pravo nije neograničeno u korist osiguravača, jer će on biti obavezan da plati naknadu: 1) ako mu je povećanje rizika bilo poznato u trenutku u kome mu je prijava morala biti dostavljena, 2) ako obaveza prijavljivanja nije povređena ni namerno ni grubom nepažnjom, ili 3) ukoliko povećanje

<sup>26</sup> Čl. 26, st. 3, nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju.

rizika nije presudno uticalo na nastupanje osiguranog slučaja ili na obim obaveze plaćanja naknade.

U srpskom pravu pomorskog osiguranja, vodi se računa o krivici osiguranika, pa tako, ako do promene rizika posle zaključenog ugovora o osiguranju dođe nezavisno od volje osiguranika, to ne utiče na važnost osiguranja i obaveze stranaka.<sup>27</sup> Međutim, situacija je drugačija kada se rizik pogorša zbog postupka osiguranika. Tako, ako je usled postupka osiguranika ili po njegovom pristanku došlo do znatnog pogoršanja rizika, osiguravač nije obavezan da naknadi štetu koja može da se pripiše takvoj promeni rizika.<sup>28</sup>

#### 4. Zaključak

Za naše ugovorno pravo osiguranja kome predstoji osavremenjavanje i reforma u okviru priprema za donošenje novog Građanskog zakonika Srbije, preuzimanje i prilagođavanje opšteprihvaćenih rešenja u oblasti koja je predmet ispitivanja u ovom radu trebalo bi da bude jedan od prioriteta u normativnom približavanju Srbije kandidaturi za članstvo u EU. Sa druge strane, i pored toga što se ne može poreći činjenica da u oblasti koja je bila predmet analize autora, naša rešenja nisu prevaziđena, uočavaju se određeni delovi koji se mogu regulisati drugačije i na proširen način – dopunom postojećih odredbi. Ovo se pre svega odnosi na oslobađanje obaveze ugovarača osiguranja da osiguravača obaveštava o povećanju rizika, ako je došlo samo do njegovog neznatnog povećanja ili ako prema okolnostima slučaja treba smatrati da je ugovoreno da povećanje rizika treba da bude saosigurano, odnosno, njegovo pokriće bude podeljeno u određenoj srazmeri između osiguranika i osiguravača. Neznatnim povećanjem rizika treba smatrati slučaj kada rizik nije pogoršan za više od 10 procenata. Zatim, u našem pravu osiguranja nema pravila o delimičnom otkazu ugovora o osiguranju u pogledu dela stvari ili lica u vezi sa kojima je došlo do povećanja rizika, tj. mogućnosti da osiguravač isključi svoju obavezu za povećani rizik, umesto da raskine ceo ugovor o osiguranju.

Radi povećanja savesnosti ugovarača osiguranja, osiguravaču treba priznati pravo da naplati pun iznos premije, odnosno, pun iznos paušalne premije, sve do isteka perioda osiguranja, odnosno i vremena preostalog

<sup>27</sup> Čl. 749, st. 1, ZPUP.

<sup>28</sup> Čl. 749, st. 2, ZPUP.

posle otkaza ugovora, ako obaveza prijave pogoršanja osiguranog rizika nije ispunjena i osiguravač otkáže ugovor o osiguranju na osnovu svojih saznanja.

Kada se radi o oslobađanju osiguravača od obaveze na isplatu naknade kada se desi osigurani slučaj posle povećanja rizika, takvu mogućnost bi trebalo vezivati za stepen krivice ugovarača osiguranja / osiguranika, u kojem slučaju osiguravač ne bi bio u obavezi da plati naknadu ukoliko je osiguranik namerno povredio svoju obavezu uzdržavanja od povećanja rizika. Ipak, navedeno pravo osiguravača treba ograničiti u slučajevima: 1) kada mu je povećanje rizika bilo poznato u trenutku u kome mu je prijava morala biti dostavljena, 2) ako obaveza prijavljivanja nije povređena ni namerno ni grubom nepažnjom, ili 3) ukoliko povećanje rizika nije presudno uticalo na nastupanje osiguranog slučaja ili na obim obaveze plaćanja naknade.

Konačno, u odredbama posvećenim ugovoru o osiguranju neophodno je uneti odredbu da se pravila kojima se štiti ugovarač osiguranja / osiguranik, primenjuju samo onda, kada se u svojstvu ugovarača osiguranja / osiguranika nalazi fizičko ili pravno lice koje se po prirodi i obimu svoje delatnosti ili drugim okolnostima može poistovetiti sa definicijom potrošača u smislu propisa o zaštiti potrošača, kao i onda kada se ne radi o tekućem osiguranju.

---

**Prof. Slobodan JOVANOVIĆ, PhD**

Associate Professor at University Business Academy,  
School of Law, Novi Sad, Serbia

## **IMPACT OF THE RISK INSURED INCREASE ON THE RIGHTS AND DUTIES FROM INSURANCE CONTRACT IN GERMAN, FRENCH, CZECH AND SERBIAN LAWS**

### Summary

Author analyzes increase of the risk being object of insurance and the way this affects rights and obligations of the contractual parties from insurance contract. For such specified goal, author decided to compare legal solutions of the few EU member states against Serbian legislation. Hence, author analyzes duty of the policyholder to advise insurer about risk increase, policyholder right to premium reduction and right to cancel insurance contract due to premium increase. Particular attention was given to the insurer right to demand higher premium, right to full premium amount, right to terminate insurance contract and right to be released from liability. Results of his research show desirable direction of the Serbian insurance law reform in the Draft Civil Code of Republic of Serbia.

**Key Words:** Risk increase, Premium increase, Notice, Cancellation, Termination, Contract, Indemnity



## ИНСТИТУТ ИНСАЈДЕРСКЕ ТРГОВИНЕ У ПРАВУ СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА

### Апстракт

*Инсајдерска трговина постоји у ситуацијама када један правни субјект закључује правне послове са вриједносним папирима на основу посједовања информација које нијесу доступне јавности, а њихово објављивање би утицало на цијену вриједносног папира на тржишту, ради стицања профита или избјегавања губитка. Данас, у највећем броју држава, успостављање ефикасног система забране коришћења повлашћених информација представља један од главних предуслова развоја финансијског тржишта. Без обзира на напор европских земаља да прецизно дефинишу све елементе института инсајдерске трговине, за сада су изостали конкретни резултати у смањивању учесталости злоупотреба повлашћених информација. Разлог се, према мишљењу аутора, налази у немогућности да се правним нормама прецизно дефинишу сви елементи бића дјела инсајдерске трговине.*

*Циљ овог рада је да, кроз описивање и објашњење специфичности у приступу регулисању и санкционисању инсајдерске трговине у Сједињеним Америчким Државама, скрене пажњу на оне елементе који могу да допринесу да и у нашој земљи борба против инсајдерске трговине у будућем периоду буде ефикаснија. У раду је посебна пажња посвећена анализи случајева из судске праксе, јер према мишљењу аутора, у судским поступцима постоји простор да слободнијим тумачењем појединих елемената бића дјела инсајдерске трговине, дође до подизања ефикасности у санкционисању инсајдера.*

**Кључне ријечи:** *инсајдерска трговина, инсајдери, инсајдерска информација, Сједињене Америчке Државе, судска пракса*

<sup>1</sup> Универзитет Црне Горе, Економски факултет Подгорица

## 1. Уводне напомене

Непостојање ефикасне забране коришћења цјеновно осјетљивих информација у трговини вриједносним папирима дуго година је једна од најзначајнијих кочница у развоју свјетског финансијског тржишта, без обзира на то што је у највећем броју земаља инсајдерска трговина кривично дјело. Америчка Комисија за хартије од вриједности (у даљем тексту: *SEC*), као једна од кључних институција на глобалном нивоу у борби против забране трговине на основу повлашћених информација, јасно износи став да је једна од њених приоритетних активности борба против инсајдерске трговине<sup>2</sup>. У последњих двадесет година однос држава широм свијета према проблему инсајдерске трговине се промијенио. Умјесто регулисања правилима аутономног права, ова област се регулише најчешће законима, уз проналажење бројних механизма превенције и константно поштравање система санкционисања. На нивоу Европске уније, у периоду од непуних двадесет година, усвојене су двије директиве којима је уређена ова област. Ипак, резултати у примјени овог института у пракси не показују добре резултате. Наиме, емпиријски подаци показују да, упркос наведеним промјенама у приступу овом проблему, расте број злоупотреба повлашћених информација у протеклој деценији. Као кључни разлог за ову чињеницу, наводи се недовољно ефикасан систем санкционисања у упоредном праву.

Због специфичног приступа у регулисању, примјени, тумачењу елемената бића дјела и утврђивања одговорности инсајдера, са пуним правом се може бранити став да је амерички систем примјене овог института специфичан у свијету. Његове основне карактеристике су следеће: 1) за разлику од већине земаља у свијету, у праву Сједињених Америчких Држава (у даљем тексту: САД) постоји мали број императивних норми којима се регулише инсајдерска трговина; 2) САД има најдужу традицију у санкционисању инсајдерске трговине из које је проистекла свијест укупне јавности о штетним последицама овог института; 3) коријени санкционисања инсајдерске трговине потекли су из иницијативе заштите повријеђених имовинских интереса; 4) најразвијенија судска пракса; 5) стална еволуција у систему одговорности инсајдера која се кретала у правцу проширења

<sup>2</sup> Т.С. Newkirk, М. Robertson, "Insider Trading: A U.S. Perspective", 16th International Symposium on Economic Crime, Cambridge, 1998. године. Рад је доступан на интернет адреси: <http://www.sec.gov/news/speech/speecharchive/1998/spch221.htm>, 10.09.2013.

круга одговорних лица; 6) стална еволуција у систему санкционисања кроз проширивање врсте санкција; 7) проблем инсајдерске трговине је рјешаван на основу случајева из праксе; 8) снажан утицај на рјешења у осталим земљама, уз оштро залагање за сарадњу на међународном нивоу, која је често била противна правилима међународног јавног права; 9) на унутрашњем нивоу кључна улога *SEC*; 10) опирање приступу проблему инсајдерске трговине у дијелу економске јавности, које је добило међународни карактер, није промијенило приступ овом проблему; 11) широка подршка учесника на тржишту капитала и цјелокупне јавности; 12) ефикасна сарадња државних органа у рјешавању случајева инсајдерске трговине, која је често била кочница за ефикаснију примјену института у осталим земљама; 13) у рјешавању проблема инсајдерске трговине акценат је стављен на систем санкционисања; 14) примјена широког круга правних средстава приликом заштите од инсајдерске трговине; 15) успјешност у борби против инсајдерске трговине у значајној мјери је унаприједила репутацију тржишта вриједносних папира у овој земљи. Због наведених карактеристика и резултата у спречавању учесталости злоупотреба повлашћених информација у пракси, аутор сматра да је неопходно представити основне елементе система регулисања и санкционисања инсајдерске трговине у САД. Посебно због чињенице, да у Црној Гори и Србији, али и у осталим земљама у окружењу, упркос сумњама у постојање злоупотреба, судска пракса у овој области није у довољној мјери заживјела.

## 2. Историјски развој института

Анализа историјског развоја овог института у САД, због честих промјена, неће моћи у потпуности да објасни постојеће стање, али може да послужи приликом објашњења да су рјешења у овој области временом еволуирала кроз тражење најбољег пута за заштиту интегритета тржишта и његових учесника. У праву САД се могу разликовати три периода у развоју и функционисању инсајдерске трговине. Први период обухвата вријеме до доношења Закона о трговини вриједносним папирима из 1934. године (од сада *SEA* из 1934. године) и може се означити као период законског нерегулисања. Други период се може одредити као период од 1934. до 1961. године. Имплементација инсајдерске трговине у правни систем и одсуство примјене у пракси су двије основне карактеристике овог раздобља. Трећи период је започео након изрицања санкције у случају

*Cady, Roberts & Co.* Од тада је започео процес ефикасније примјене института у пракси и јачања система санкционисања инсајдера, који траје и данас.

## 2.1. Период законског нерегулисања инсајдерске трговине

Институт инсајдерске трговине дуго година није регулисан позитивним правом у САД. Општи правни институти надокнаде штете у парничним поступцима су се сматрали довољним правним средством заштите од инсајдерске трговине. Без обзира на наведену чињеницу, судска пракса је изразила свој став у односу на овај институт. Прецизније, став судова није био јединствен и често се услед различитих ситуација мијењао. У судској пракси САД тог времена издвојила су се три тумачења у случајевима злоупотреба повлашћених информација: *правило већине, дужност објелодањивања и правило специјалних околности.*

**Правило већине.** Прије 1900. године у судској пракси у САД у односу на инсајдерску трговину владао је следећи став: „теорија да су директори компаније повјереници (енгл. *trustees*) према носиоцима материјалног интереса (енгл. *stockholders*) се не односи на њихове приватне трансакције са носиоцима материјалног интереса и трећим лицима, у којима остварују предност на основу знања стеченог кроз службени положај”<sup>3</sup>. Ова теорија је сликовито названа „правило већине“ (енгл. *majority rule*) или „правило без обавезе“ (енгл. *no duty rule*). Према овом правилу, одговорност се заснивала на обичној превари, као на примјер, на давању лажних исказа или преварном скривању битних чињеница. Суд је случају *Carpenter v. Naforth* (New York Supreme Court 1868) ово правило објаснио да „одговорност произлази када оптужени каже или уради нешто да скрене или заштити, тужиоца од посматрања, постављања питања или будућих питања о пословима компаније и политици дивиденди”<sup>4</sup>.

Најчешћа категорија инсајдера која је у том периоду злоупотребљавала повлашћене информације били се директори

<sup>3</sup> S. Bainbridge, *The law and economics of insider trading: A Comprehensive Primer*, 4. Рад је доступан на интернет адреси: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=261277](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=261277), 11.09.2013.

<sup>4</sup> У случају *Deaderick v. Wilson* (1874) суд је изнио став да су директори слободни да под истим условима, као и сва трећа лица, купе акције од акционара, осим ако за куповину не постоји директна законска забрана. *Ibid.*, 5.

компанија, док су се акционари налазили у улози оштећене стране. Наведеним правилом инсајдерима је у том времену била дозвољена употреба повлашћених информација и остварење профита у пословима са свим носиоцима материјалних интереса.

**Дужност објелодањивања.** Судови у САД су брзо почели да другачије тумаче правило већине и да стварају нова правила у случајевима инсајдерске трговине. Зачеци модерног судског тумачења налазе се у пресуди у спору *Oliver v. Oliver* (45 S.E 232) из 1903. године. У тој пресуди Врховни суд Џорџије (енгл. *Georgia Supreme Court*) је увео тзв. правило „дужности објављивања” (енгл. *duty to disclose*). Након 1900. године, под утицајем ранијег правила, амерички судови су одбијали да утврде одговорност директора на основу фидуцијарне обавезе у приватним трансакцијама. Ипак, у овом случају суд је утврдио да акционари имају право на објелодањивање информација: „када директори стекну информације које акцијама дају додатну вриједност кроз обављање посла, такву информацију морају држати у повјерењу за корист акционара”. Остали судови су ускоро почели да у сличним случајевима примјењују образложење наведене пресуде. У случају *Stewart v. Haris* (N.Y 1904) суд је утврдио да акционар који је подстакнут на продају акција на основу лажног обавјештења менаџмента има право да подигне тужбу и да тражи надокнаду штете. Након установљавања овакве судске праксе директори су имали фидуцијарну обавезу да објаве материјалне нејавне информације акционарима прије трговине са њима. Дакле, у америчкој судској пракси се врло брзо модификовало правило да директори немају фидуцијарну обавезу према акционарима у приватним трансакцијама. Наведена теорија и случај *Oliver v. Oliver* се сматрају прекретницом у развоју судске праксе и утврђивању одговорности инсајдера у праву САД. Док је у енглеском праву пресудом у случају *Percival v. Wright* заустављена примјена инстутута инсајдерске трговине, у праву САД су се отворила врата за утврђивање одговорности директорима, које је касније еволуирало на остале инсајдере<sup>5</sup>.

**Правило специјалних околности.** Недуго затим, Врховни суд САД је у случају *Strong v. Repide* (213 U.S 419) из 1909. године понудио тада треће схватање одговорности приликом трговине

---

<sup>5</sup> На примјер, у случају *Fischer v. Bulldog* (10 R.I 525), утврђена је одговорност директора који је дјеловао као агент акционара приликом продаје акције, јер је доказано да је у том поступку злоупотребио свој положај и стекао акције по знатно нижој цијени од стварне.

на основу повлашћених информација<sup>6</sup>. Суд је био упознат са „правилном већине“, али је у анализи наведеног случаја одбио да га слиједи. Пресудом у овом случају створено је „правило специјалних околности“ (енгл. *special circumstances rule*). Садржина правила се заснива на тези да, иако директори не посједују генералну обавезу према акционарима да објелодањују информације у приватним трансакцијама, ова обавеза може да се јави у посебним околностима. Наведени случај је идентификовао двије ситуације када се јавља ова обавеза: 1) скривање идентитета оптуженог и 2) одбијање објелодањивања значајних чињеница које могу имати битан утицај на цијену вриједносних папира. Без обзира на усвојено правило, у судској пракси се временом јавио још један проблем. Шта се дешава када акционари продају акције умјесто да их купују? Директор који купује акције послује са акционаром компаније према којем има фидуцијарну обавезу. Директор који продаје хартије од вриједности ступа у правни однос са лицем према којем не посједује никакву обавезу (још није акционар). Логичним тумачењем наведених правила, закључује се да за њихову примјену нема мјеста када директори продају акције трећим лицима. Судска пракса тог времена није понудила одговор на наведено питање. Тек неких седамдесет година касније, у судској пракси су се појавиле теорије којима се оправдавала одговорност и у наведеним случајевима.

Оваквим тумачењем судова створена је основа за даљу примјену института. Ипак, заједничка карактеристика овог времена налази се у чињеници да нијесу постојале директне забране инсајдерима да злоупотребљавају повлашћене информације. Држава се својим ауторитетом у наведеном периоду није укључивала у рјешење проблема инсајдерске трговине. То значи да је остављен простор повријеђеном улагачу да путем правила грађанског права оствари заштиту својих интереса, а да се мање посвећивала пажња заштити интегритета тржишта. Тек након тадашње финансијске кризе, и сагледавања њених узрока из различитих углова, почело је међу

<sup>6</sup> У случају *Strong v. Repide* оптужени, који је био генерални директор и власник око 75% акција компаније која је посједовала земљиште на филипинским острвима, преговарао је са владом САД око продаје земљишта. Током трајања преговора предложио је другом власнику да посредством брокера прода свој удио у компанији. Идентитет новог купца мањинском власнику није био познат. Након неуспјеха политике САД у том региону, пала је цијена земљишта, а мањински власник је продао акције по десет пута мањој цијени. Судско вијеће је утврдило да тужилац не би продао акције да је знао идентитет продавца и чињенице које су му биле познате. Такође, вијеће је заузело став да се случај не може ријешити једноставном анализом односа између директора и акционара: „чињеница да је тужени био директор компаније је једна од чињеница на којима се заснива његова одговорност“. Дакле, за утврђивање одговорности, поред чињенице да постоји однос између купца и продавца, потребне су и одржане околности које нијесу познате продавцу, а могу утицати на његову инвестициону одлуку. *Strong v. Repide*, 213 U.S 419 (1909).

креаторима економске политике да се јавља мишљење о неопходности јачег утицаја државе на рјешавање проблема инсајдерске трговине.

## 2.2. Федерално законодавство у САД - сазријевање свијести о потреби регулисања инсајдерске трговине

Промјене које су настале у области тржишта вриједносних папира у САД, након кризе из 1929. године, нијесу заобишле ни институт инсајдерске трговине. Покушавајући да нађу одговоре на узроке кризе и да на ефикаснији начин регулишу тржиште вриједносних папира, чланови америчког Сената су одлучили да позову на саслушање најзначајније учеснике на тржишту у том времену. Резултати саслушања били су контроверзни. Наиме, водећи представници пословне елите су у својом свједочењима пред члановима Сената (енгл. *Senate Committee on Banking and Currency*) признавали да им је била пракса трговина вриједносним папирима компанија без објављивања повлашћених информација. У Извјештају комитета Сената из 1934. године се наводи да је „злоупотреба фидуцијарних обавеза директора корпорација кроз коришћење позиције повјерења и употреба повлашћених информација које посједују због позиције, једна од најопасних дјелатности о којој су чланови упознати током саслушања“.

Током 1933. и 1934. године у САД су усвојена два закона којима је уређено функционисање тржишта вриједносних папира. Прво је 1933. године усвојен Закон о вриједносним папирима, а затим и Закон о трговини вриједносним папирима. Кроз доношење наведених закона држава је покушала да регулише област трговине вриједносним папирима и да оствари два најважнија циља: 1) да заштити инвеститоре који улажу капитал на тржишту вриједносних папира и 2) да обезбиједи висок степен повјерења у интегритет тржишта. Наведеним законима дошло је до промјене у приступу проблему инсајдерске трговине. Тако се у образложењу пресуде у често цитираном спору *SEC v. Dirks* наводи следеће: „значајна улога Закона о трговини вриједносним папирима из 1934. године је елиминација схватања да је употреба повлашћених информација у личне сврхе редован приход инсајдера“<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Видјети чувени случај из судске праксе *Dirks v. SEC* (463 U.S. 646) из 1983. Случај је доступан на интернет адреси: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/463/646/case.html>, 13.09.2013.

### 2.3 Случај *Cady, Roberts & Co.* и нова ера у регулисању инсајдерске трговине

Законско регулисање инсајдерске трговине у САД није донијело промјену коју су очекивали разочарани улагачи. У инвестиционој јавности је, без обзира на појединачне успјехе у споровима и афирмативан став у судској пракси према заштити права улагача, владало мишљење да се проблем инсајдерске трговине не може ријешити без јачања улоге државе. Директан повод за тада револуционарне промјене у овој области био је убрзан развој дјелатности вриједносних папира у САД. Један од правних проблема пословне праксе у периоду након Другог свјетског рата биле су дужности брокера у ситуацијама када располажу повлашћеним информацијама које су стекли обављајући функцију члана одбора директора. Наиме, у пословном свијету тог времена установљена је пракса да су брокери чланови одбора директора компанија, што је створило опасност од злоупотребе повлашћених информација<sup>8</sup>.

Прекретница у даљем развоју инсајдерске трговине у САД био је случај *Cady, Roberts & Co.* (The Securities and Exchange Commission, 1961 40 S.E.C 907). Због сумње да је прекршен одјељак 10 (б) SEA из 1934. године и Правило 10б-5, током 1961. године SEC је започела истрагу против брокерске компаније *Cady, Roberts & Co* и брокера који је био у њој запослен, господина Гинтела (енгл. *Robert M. Gintel*). Иницијална каписла за покретање истраге биле су сумњиве трансакције које је вршио брокер компаније и чињеница да је директор брокерске куће господин *Gowdin* дуго година био члан одбора директора компаније *Curtiss-Wright Corporation* (у даљем тексту *CWC*).

У новембру 1959. године господин *Roy T. Hurley*, у том времену предсједник одбора директора компаније *CWC*, позвао је преко 2000 представника различитих сфера друштвеног живота (медије, финансијску и пословну јавност, партнере и сл.) на јавну презентацију новог типа машине за унутрашње сагоријевање који је развијен од стране компаније. Следећег дана, 24. новембра 1959. године, у највећем броју медија појавила се информација о новом пројекту. На наведене информације је реаговало и тржиште, па су тог дана акције *CWC* биле једне од најликвиднијих на берзи у Њујорку. Између 6. и 23. новембра господин Гинтел је купио 11.000 акција *CWC*.

<sup>8</sup> У Црној Гори ова пракса се установљава у протеклих неколико година. Ипак, није забиљежен ниједан спорни случај злоупотребе повлашћених информација.

Након раста цијена акција започео је њихову продају (првог дана, 24. новембра) на берзи је укупно продао 2.200 акција. На сједници одбора директора компаније (25. новембра) разматрана је одлука о подјели кварталних дивиденди. Компанија је донијела одлуку о исплати дивиденди од 6,25 долара за акције за прва три тромјесечја те године. Борд је, упркос приговорима његовог предсједника да се задржи исти износ дивиденди по акцији, одлучио да за последње тромјесечје скрати исплату дивиденди на 3,75 долара по акцији. Одмах након доношења одлуке о расподјели дивиденди, у паузи састанка одбора, господин *Gowdin* је оставио поруку у сједишту брокерске фирме, обавијестивши Гинтела да су дивиденде спуштене. Логично, након пријема информације Гинтел је извршио продају раније купљених акција. Након спроведеног поступка изречена је санкција: господин Гинтел је кажњен новчаном казном од 3.000 долара и забрањена му је трговина на берзи 20 дана<sup>9</sup>. Поступање регулатора у наведеном случају имало је двије последице. Прва је била краткорочна, али се тада чинило да је значајна, јер је ријешила један правни проблем. Овим случајем је утврђено да брокер - дилер и емитент вриједносних папира крше Правило 10б-5 *SEC* продајом вриједносних папира на основу необјављених информација које су добили од директора емитента који послује са брокерском фирмом. Друга последица је била значајнија. Наведени случај је отворио простор за јачање улоге регулатора у случајевима инсајдерске трговине.

### 3. Извори права

Извори права који регулишу област инсајдерске трговине у праву САД, су бројни. Они су следећи:

1. Закон о трговини вриједносним папирима из 1934. године;
2. Закон о инвестиционим савјетницима из 1940. године (енгл. *Investment Advisers Act*);
3. Закон о инвестиционим компанијама из 1940. године (енгл. *Investment Company Act of 1940*);
4. Закон о санкционисању инсајдерске трговине из 1984. године (енгл. *Insider Trading Sanctions Act*, од сада у тексту *ITSA*);
5. Закон о инсајдерској трговини и преварама са вриједносним папирима

<sup>9</sup> Детаљнију анализу наведеног случаја и последице на даљи развој института инсајдерске трговине видјети: J. S Covington, Basic Law of Corporations, The John Marshall Publishing Company, 1989., 457-463.

из 1998. године (енгл. *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*);

6. Закон о рачуноводственој дјелатности из 2002. године (енгл. *Sarbanes-Oxley Act*).

Подједнако значајан извор права у овој земљи представљају и правила *SEC*. У односу на инсајдерску трговину значајна су следећа правила:

1. Правило 1065-1 (енгл. *Rule 1065-1*);
2. Правило 1065-2 (енгл. *Rule 1065-2*);
3. Правило 14e-3 (енгл. *Rule 14e-3*);
4. Правило 16 б (енгл. *Rule 16b*).

### 3.1. Одјељак 16 (б) SEA из 1934. године

Законско регулисање инсајдерске трговине у праву САД је започело са доношењем *SEA* из 1934. године. Посебан одјељак овог закона забрањује инсајдерима стицање профита у кратком времену (енгл. *short-swing profit*). Рјешење америчког законодавства је касније преузето или је модификовано у различите правне системе, али се нигдје успјешно не примјењује као у праву САД. Ипак, наведено правило није у потпуности обухватило елементе бића дјела. Појам инсајдерске трговине, и у дотадашњој пословној и судској пракси САД, био је знатно шири од рјешења која су садржана у наведеном правилу. Прво, овим правилом није прецизније одређен појам повлашћене информације и елементи који је чине. Друго, круг инсајдера у пракси је значајно шири од лица која су одређена у овом правилу. Треће, правило не одређује све забрањене радње инсајдерима<sup>10</sup>.

На крају, садржина наведеног правила се није промијенила до данас. За разлику од већине земаља у свијету, у америчком

<sup>10</sup> У истраживањима функционисања тржишта вриједносних папира које је спроводила SEC током 1963. године наводи се да је основ спречавања коришћења повлашћених информација одјељак 16 б SEA из 1934. Ипак, овим документом се предлаже проширење домена примјена института инсајдерске трговине. На примјер, наводи се да је посебна опасност за злоупотребу повлашћених информација распрострањена пракса у америчком пословном свијету да брокери буду чланови одбора директора компанија, што им даје могућности да злоупотребљавају повлашћене информације за личну корист или за корист клијената. Још тада је истакнуто да је у овој области потребна јача активност регулаторних агенција кроз јачање етичких стандарда и јачања улоге регулатора у санкционисању инсајдерске трговине. Видјети: "Report of Special Study of Securities Market of the SEC", House document No. 95, 1963. године. Документ је доступан на интернет адреси: [http://www.sec.gov/about/annual\\_report/1963.pdf](http://www.sec.gov/about/annual_report/1963.pdf), 13.09.2013.

законодавству не постоје детаљне норме којима се описују или објашњавају елементи бића дјела.

Лица која имају статус инсајдера одређена су у члану 16 (а). Закон познаје двије категорије инсајдера: акционаре (са преко 10% власништва) и лица која управљају капиталом емитента<sup>11</sup>. За наведена лица постоји обавеза да попуне одговарајући документ у *SEC*, најкасније у року од десет дана од именовања<sup>12</sup>. Такође, у случајевима пропуштања наведене обавезе, предвиђена је кривична одговорност<sup>13</sup>. Регистрација власништва лица која управљају капиталом емитента има двоструко дејство. Прво, на овај начин се прати трговина вриједносних папира лица која управљају емитентом и забрањује им се стицање брзопотезног профита. Друго, праћење трансакција инсајдера користе у пракси аналитичари тржишта вриједносних папира, јер се у инвестиционој јавности сматра да су трансакције инсајдера одраз стања компаније на тржишту<sup>14</sup>.

Наведена лица су обавезна да поврате емитенту профит остварен на основу куповине или продаје вриједносних папира у периоду од шест мјесеци. У преамбули члана 16 (б) наводи се да је грађанска одговорност установљена са циљем да се забрани неправична употреба информација која је стечена на основу посједовања удјела у капиталу емитента, обављања функције директора или другог руководећег лица<sup>15</sup>. У првим година примјене новог законодавства наведена норма није у потпуности заживјела, па се однос према инсајдерској трговини није промијенио у односу на ранији период. Данас, након промјена у односу према инсајдерској трговини, ригорозне провјере али и санкције које су предвиђене за обавезу пропуштања или трговине у периоду забране, имају за

<sup>11</sup> „... лица која (директно или индиректно) посједују више од 10% капитала емитента, као и директори и остала лица која управљају емитентом“, Одјељак 16 (а) SEA из 1934.

<sup>12</sup> Обавјештење мора да садржи податке о власништву свих вриједносних папира емитента, а у случајевима промјене неопходно је у року од 10 дана доставити податке. Видјети: Одјељак 16 (а) SEA из 1934.

<sup>13</sup> Дакле, већ од 1934. године у праву САД је установљена законска обавеза регистрације власништва лица која управљају капиталом емитента. Овај тренд је у европско законодавство дошао касно, тек са Директивом о злоупотреби тржишта. Видјети: T. L. Hazen, *The Law of Securities Regulation*, West Group, ST. Paul, Minn. 2003., 623.

<sup>14</sup> Видјети детаљније: S. M. Tinic, R. West, *Investing in Securities: An efficient markets approach*, Addison - Wesley Publishing Company, Reading, MA, 1979., 105-148, T.L Hazen, 629.

<sup>15</sup> „...for the purpose of preventing the unfair use of information which may have been obtained by such beneficial owner, director or officer by reason of his relationship to the issuer“. Видјети: Одјељак 16 (б) SEA из 1934.

последицу да је прва помисао већине директора америчких компанија регистрација власништва у *SEC*.

Активно легитимисана лица за подизање тужбе у наведеном случају су емитент или акционар који подиже деривативну тужбу у име емитента. Акционар има право на подизање тужбе ако емитент не покрене поступак у року од шест дана од захтјева акционара. Ипак, право на подизање тужби, без обзира на активну легитимацију тужиоца, застаријева у року од двије године од оствареног профита. Професор *Hazen* сматра да се у овом случају ради о посебном (*sui generis*) случају деривативне тужбе<sup>16</sup>. У судским поступцима у наведеним случајевима постоји искључива надлежност федералног судства. И наведено рјешење говори о односу државе према проблему инсајдерске трговине у том времену. Правила која је раније успоставила судска пракса преточена су у законске норме, али се однос државе није промијенио. Прецизније, према наведеном правилу регулатор тржишта није имао право на покретање поступка, већ само оштећена лица.

### 3.2. Правило 10б-5 SEC

Једна од специфичности института инсајдерске трговине у праву САД налази се у чињеници да се његова примјена у пракси развила из правила која је донио регулатор тржишта. Правни основ за доношења правила, које ће промијенити однос државе према инсајдерској трговини, налазио се у одјељку 10 (б) SEA из 1934. године. Закон је дао регулатору тржишта овлашћења да усваја правила у различитим областима када постоји сумња да је угрожен интегритет тржишта вриједносних папира или ради заштите интереса инвеститора<sup>17</sup>. Правилем 10б-5 *SEC*, забрањује се било ком лицу коришћење манипулативних и недозвољених радњи у пословима са вриједносним папирима. Постоје три недозвољене радње: 1) употреба било којег плана, шеме или лукавства за превару; 2) пружање лажног исказа о значајним чињеницама и 3) обављање било које радње преваре према другом лицу у оквиру редовних дјелатности која је везана за куповину или продају вриједносних папира.

<sup>16</sup> T.L. Hazen, 629.

<sup>17</sup> Одјељак 10 (б) SEA из 1934. године.

Наведено правило се поистовјећује са борбом против инсајдерске трговине у САД. Разлог је једноставан. Његовом примјеном и широким тумачењем створен је правни основ за мијешање регулатора тржишта у случајеве инсајдерске трговине и највећи број случајева је ријешен позивањем на овај правни акт. До тада, право подизања тужбе имала је искључиво оштећена страна. Интересантно је напоменути да садржина правила није конципирана да би се спријечила инсајдерска трговина, тако да је прошло двадесет година од његовог усвајања до примјене у случајевима инсајдерске трговине<sup>18</sup>. Са правног становишта се издавајају двије предности у односи на раније рјешење. Прво, наведено правило се примјењује на сва лица и није ограничено на емитенте који се регуструју код *SEC*. Друго, у улози тужиоца може да се нађе регулатор тржишта<sup>19</sup>.

### 3.3. Правило 14e-3 SEC

Поступак преузимања акционарских друштава је у свим раздобљима развоја представљао погодно тло за злоупотребу повлашћених информација. У праву САД, поступак преузимања акционарских друштава први пут је законски регулисан 1968. године, путем Вилијамсовог закона (енгл. *Williams Act*)<sup>20</sup>. Један од циљева наведеног закона било је и спречавање манипулација у поступку преузимања.

Детаљнија правила о забрани манипулација у поступку преузимања усвојена су од стране *SEC*. Инсајдерска трговина у поступцима преузимања у праву САД регулисана је Правилем 14e-3. Ово правило има ограничену примјену, јер се односи на забрану злоупотребе повлашћених информација приликом достављања понуде за преузимање. Особа која стекне материјалну повјерљиву информацију у односу на јавну понуду директно или индиректно од понуђача, циљне компаније или посредника не смије трговати нити

<sup>18</sup> Правило 10b-5 је усвојено 1942. године, док је у случајевима инсајдерске трговине први пут употребљено 1961. године.

<sup>19</sup> У судској пракси је у почетку било спорно постоји ли право приватног тужиоца на подизање тужбе на основу кршења наведеног правила. Након неколико година, у судској пракси је дозвољена могућност да приватни тужилац подигне тужбу на основу наведеног правила.

<sup>20</sup> „Преузимање се није посматрало као институт, већ су се на њега примењивала општа правила компанијског права“. В. Радовић, Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008., 134.

препоручивати трговину прије одговарајућег јавног објављивања такве информације<sup>21</sup>.

#### 4. Судска пракса у САД

У борби против инсајдерске трговине у САД значајно мјесто заузима и судска пракса. Без обзира на чињеницу што су амерички судови релативно рано дали своја тумачења у случајевима злоупотреба повлашћених информација, период након случаја *Cady, Roberts & Co.* донио је судовима бројне изазове. Прво, развој тржишта вриједносних папира створио је нове правне проблеме, па су старе теорије одговорности на основу фидуцијарне обавезе инсајдера у одређеним случајевима постале неодрживе. Друго, било је потребно тумачити императивне норме које су створене након 1934. године у сложеним случајевима злоупотребе повлашћених информација. Амерички судови су успјешно ријешили наведене проблеме. На основу тужби, које је најчешће иницирала *SEC*, судови су стварали нове теорије, путем којих је утврђивана одговорност, а широка тумачења императивних норми временом су у судској пракси прецизно одредила елементе бића дјела. Поред наведене теорије фидуцијарне обавезе у судској пракси су се јавиле и друге теорије о одговорности инсајдера: теорија о једнакости у информацијама, теорија једнакости у приступу информацијама и теорија злоупотребе права.

<sup>21</sup> Поједини правни критичари система инсајдерске трговине у праву САД често наводе да један исти случај, зависно којом се нормом тумачи, може да доведе до дијаметрално супротних рјешења. Ова нелогичност се дешава када се јавља конкуренција у примјени Правила 10 (б) и Правила 14 е-3 *SEC*. На примјер, у случају *Switzer (SEC v. Switzer, 590 F. Supp 756 из 1984. године)*, није утврђена одговорност за одавања информације. Исход судског спора би био другачији да је планирана трансакција на основу чијег знања је стечен профит била институт понуде за преузимање (у том случају би се примјењивало правило 14 е-3). *Switzer* би примјеном правила 14е-3 био одговоран за злоупотребу повлашћених информација. Ова недоследност је посебно интересантна и у случају *Chestman (United States v. Chestman, 947 F.2d 551 из 1990. године)*, који је укључивао и кривичну санкцију. *Chestman* је ослобођен одговорности на основу Правила 10-б, јер лице које му је пренијело информацију није прекршило фидуцијарну обавезу давањем информације о предстојећој јавној понуди. Ипак, утврђена је кривична одговорност на основу правила 14е-3, јер је посједујући повлашћене информације о јавној понуди (које је примио од извора компаније), трговао вриједносним папирима. У овом случају као и у претходном избјегнута је одговорност према једном правилу, док је због структуре друге трансакције (понуда за преузимање) установљена одговорност на основу другог правила. Видјети детаљније о наведеној критици: *M. Steinberg, "Insider Trading - A Comparative Perspective", 37 International Lawyer, 2003., 12-15.*

#### 4.1. Теорија једнакости у приступу информацијама

Према теорији једнакости у приступу информацијама (енгл. *equality of access to information*), одговорност у случајевима инсајдерске трговине постоји увијек када једна страна, посједујући повлашћене информације на основу свог привилегованог положаја који даје приступ информацијама прије осталих улагача без објелодањивања, изврши било коју радњу са вриједносним папирима. Сви учесници на тржишту би требало да буду изложени једнаком тржишном ризику и да имају могућност једнаког приступа информацијама. Наведена теорија је створена у познатом судском спору *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.*<sup>22</sup>. Основа наведене теорије налази се у разлозима за доношење федералног законодавства у САД - омогућавање инвеститорима да имају једнак приступ значајним необјелодањеним информацијама<sup>23</sup>. У случају *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.*, суд је образлажући пресуду навео да Правило 10 б-5 *SEC* захтијева од сваког инсајдера који посједује повлашћену информацију да је објелодани прије трговине вриједносним папирима или да се уздржи од трговине до јавног објелодањивања информације. На овај начин је створено правило: „објави или се уздржи“ (енгл. *disclose or abstain rule*). Ако је објелодањивање немогуће или неприкладно, инсајдер се мора уздржати од трговине. Тужилац на основу правила 10-б мора да докаже да је кршење правила изазвало његов губитак. Теоретски, наведено значи да се ослонио на лажан извјештај или уздржавање од објелодањивања<sup>24</sup>. Након овог случаја, постало је јасно да кршење фидуцијарне обавезе није једини основ одговорности инсајдера у случајевима злоупотребе повлашћених информација. Чињеница да одређене категорије лица због свог положаја или природе посла стичу неправичну предност у односу на остале учеснике на тржишту, чини их одговорним за инсајдерску трговину.

<sup>22</sup> United States Court of Appeals, 2nd Circuit, 1968, 401 F.2d 833.

<sup>23</sup> S. M. Bainbridge, "Incorporating State Law Fiduciary Duties into the Federal Insider Trading Prohibition", 52 Washington & Lee Law Review, Lexington, Virginia, 1995., 1228-1340.

<sup>24</sup> У случајевима пропуштања објелодањивања „ослањање на доказивање тужиоца да је претрпио губитак није основ за добијање пресуде о надокнади. Наиме, потребно је доказати да су чињенице које нијесу објелодањене тужиоцу имале статус материјалних у смислу да би их разуман инвеститор узео у обзир приликом доношења одлуке о инвестирању“. Видјети случај: *Affiliated Ute Citizens of Utah v. United States*, 406 U.S 128, 1972.

## 4.2. Теорија једнакости у информацијама

Током времена пословна пракса је судовима створила још један правни проблем који постојеће теорије о одговорности нијесу могле да ријеше. Да ли је одговорна, у складу са правилом о забрани трговине на основу повлашћених информација, особа која до повјерљивих података дође из документације компаније, и то на начин да јој документе није на располагање ставио инсајдер, и на крају, на основу таквих информација оствари имовинску корист? У судској пракси САД случај *Chiarella v. United States* је дао одговор на претходно питање<sup>25</sup>. *Chiarella* је био запослен у компанији *Pandick Press* која се бавила штампањем финансијских докумената различитим клијентима током 1975. и 1976. године. Међу материјалима за штампање у том периоду нашло се и пет понуда за преузимање компанија. У моменту достављања понуда на штампање имена компаније која шаље понуду и циљне компаније нијесу била наведена, већ су се достављала у ноћи штампања последње верзије. *Chiarella* је успио да изведе закључак о којим компанијама се ради на основу осталих информација које су садржане у достављеним документима. Без објављивања свог сазнања, извршио је куповину акција циљних компанија, а затим продао акције одмах након што је понуда за преузимање јавно објављена. На овај начин је остварио профит од 30.000 долара. Овај спор је имао неколико специфичности. Прво, правило о забрани употребе повлашћене информације није прекршио инсајдер, нити је лице које је злоупотребило информацију до ње дошло од инсајдера<sup>26</sup>. Специфична је и сама информација која је искоришћена за стицање профита, јер се није тицала зараде или текућих операција одређеног емитента, већ само планова за преузимање другог емитента. Према тумачењу створеном у ранијим случајевима, оптужени није одговоран, јер није постојала његова обавеза да објави наведену информацију. Овакво тумачење судско вијеће није прихватило, већ је заузело став да оптужени има обавезу објављивања информација према свим учесницима на тржишту. Апелациони суд је потврдио наведену аргументацију наводећи: „...да свако лице, без обзира на то да ли се ради о корпоративном инсајдеру или неком трећем лицу, које прими материјалне необјављене информације, исте не може користити у трговини хартијама од

<sup>25</sup> *Chiarella v. United States*, United States Supreme Court, 445 U.S 222, 1979.

<sup>26</sup> Прецизније, наведена лица се до тада у пословној и судској пракси нијесу јављала као особе које злоупотребљавају инсајдерске информације.

вриједности без њиховог објављивања.“ На овај начин у судској пракси је створена нова теорија о одговорности инсајдера – теорија једнакости у информацијама (енгл. *equality of information*).

Прва теорија се заснива на ставу да особе, као инсајдери, које дођу до необјављене информације као резултат своје привилеговане позиције који им даје специфичан приступ информацији, не смију стварати профит на основу такве информације. Друга теорија се заснива на ширем тумачењу, јер на основу ње оптужени може бити одговоран ако је трговина извршена на основу повлашћених информација за које је продавац знао (или имао разлог да зна) да нијесу јавно објављене, без обзира на извор информације или однос оптуженог са компанијом<sup>27</sup>.

#### 4.3. Теорија злоупотребе права и случај О’Hagan

Теорија „злоупотребе права“ (енгл. *misappropriation theory*) заснива се на ставу да одговорност инсајдера за злоупотребу повлашћених информација настаје кршењем дужности које има према извору информације. Необјелодањивањем информације, односно коришћењем информације која припада принципалу ради куповине или продаје вриједносних папира, инсајдер онемогућава његово право да искључиво користи информацију чији је власник. У образложењима пресуда у случајевима примјене ове теорије наводи се да је њен циљ да заштити интегритет тржишта вриједносних папира од злоупотреба од стране лица ван компаније (*outsiders*), која имају приступ необјелодањеним материјалним информацијама, али која не посједују фидуцијарну или неку другу обавезу према емитенту и његовим акционарима. Одговорност инсајдера се заснива на кршењу (злоупотреби) дужности повјерења коју је имао према извору информације.

**Случај О’Hagan.** Наведена теорија је први пут установљена у случају *O’Hagan*<sup>28</sup>. Овај случај се често користи приликом објашњења различитих тумачења и могућности примјене одјелка 10 (5) и 14 (e) *SEA* из 1934. године и одговарајућих правила које је *SEC* на основу њих донијела. Током судског поступка у овом спору јавила су се два правна проблема која до тада нијесу постојала у судској пракси:

<sup>27</sup> О примјени наведене теорије у САД и њеном утицају на остале земље детаљније видјети: D. Langevoort, “Fraud and Insider Trading in American Securities Regulation: Its Scope and Philosophy in a Global Marketplace”, 16 *Hastings International & Comparative Law Review*, San Francisco, 1993.

<sup>28</sup> *United States v. O’Hagan*, 521 U.S. 642 (1997).

1) да ли је лице које тргује вриједносним папирима ради стицања сопственог профита, злоупотребљавајући фидуцијарну обавезу према извору информације, прекршило Правило 10 б-5 SEC? 2) Да ли је SEC проширила своја овлашћења усвајањем Правила 14е-3 и у случајевима одсуства дужности објелодањивања информација.

Господин *O'Hagan (James Herman O'Hagan)* је радио као партнер у адвокатској канцеларији *Dorsey & Whitney* у Минеаполису. У јуну 1998. године адвокатска канцеларија је добила новог клијента-*Grand Metropolitan Plc.* (у даљем тексту *GM*), компанију чије је сједиште било у Лондону. Дужност адвокатске канцеларије била је пружање савјетодавних услуга у вези са преузимањем *Pillsbury Company*, компаније чије је сједиште било у Минеаполису. Иако господин *O'Hagan* није директно учествовао у овом случају, након сазнања о намјерама новог клијента канцеларије, започео је трговину вриједносним папирима компаније која ће бити предмет преузимања (*Pillsbury Company*). Наиме, према доказном материјалу који је презентирао у судском поступку, он је 18. августа купио куповне опције (енгл. *call options*) циљне компаније (свака опција му је дала право на куповину 100 акција до одређеног дана у септембру). Његова активност стицања вриједносних папира се завршила тако што је имао 2.500 неискоришћених опција, више од било ког индивидуалног инвеститора. Такође, у септембру је купио 5.000 акција по цијени од 39 долара по акцији. Након јавног објелодањивања понуде за преузимање, цијена акције *Pillsbury Company* је нагло скочила, што је господину *O'Haganu* дало могућност да продајом оствари профит од 4.3 милиона долара. SEC је иницирала истрагу која је окончана подизањем тужбе. Господин О'Хаган је првостепеном пресудом осуђен на 41 мјесец затвора, због кршења правила о забрани злоупотребе повлашћених информација у трговини вриједносним папирима. Ипак, вијеће другостепеног суда је укинуло пресуду<sup>29</sup>. Врховни суд је потврдио пресуду првостепеног суда, па је и формално правно усвојена тада нова теорија у утврђивању одговорности „теорија злоупотребе права“<sup>30</sup>

<sup>29</sup> О пресудама судова наведеном спору видјети детаљније: А. С. Pritchard, "United States v. O'Hagan: Agency Law And Justice Powell's Legacy For The Law Of Insider Trading", 78 Boston University Law Review, Boston, 1998.

<sup>30</sup> Поред препрека које су се налазиле у тешкоћи доказивања одговорности, додатни проблем је била и одлична одбрана адвокатског тима оптуженог. Наиме, у судском поступку, господин О'Хаган је упорно негирао да је злоупотребљавао информације, образлажући да је подстакнут на трговину на основу гласина које су се налазиле у средствима информисања.

Судско вијеће је морало да „створи“ нову теорију тумачећи имепративне норме. Господин *O'Hagan* није био класични инсајдер циљне компаније. Према традиционалној (класичној) теорији одговорности за инсајдерску трговину, претпоставља се да инсајдер крши обавезе када тргује вриједносним папирима емитентима на основу необјелодањених материјалних информација. Трговина је недозвољена због постојања односа повјерења између акционара емитента и инсајдера који су стекли информацију на основу свог положаја у емитенту<sup>31</sup>. Овакав однос ствара обавезу објелодањивања информације или уздржавања од трговине вриједносним папирима инсајдерима због потребе заштите неинформисаних акционара. Пресудом у овом спору створена је нова теорија која се не примјењује само на директоре и остале инсајдере већ и на адвокате, консултанте и остала лица која привремено имају фидуцијарну или неку другу обавезу повјерења према емитенту.<sup>32</sup> Професор *Bainbridge* објашњава да су класичне и нове теорије о одговорности инсајдера комплементарне. Традиционална теорија акценат ставља на кршење обавезе према акционару са којим инсајдер тргује, док се нове теорије заснивају на кршењу обавезе према извору информације. Нове теорије су настале ширим тумачењем правила фидуцијарне обавезе које је захтијевао развој индустрије вриједносних папира.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> “...a relationship of trust and confidence (exists) between the shareholders of a corporation and those insiders who obtained confidential informations by reason of their position with that corporation”, из образложења пресуде у спору: *Chiarella v. United States*, 445 U.S 222, 1980.

<sup>32</sup> Критичари наведене теорије наводе да је њен крајњи лимит био случај *Foster Winans-a* 791 F.2d 1024 (2d Cir. 1986); 484 U.S. 19 (1987) репортера *Wall Street Journala*. Господин *Winans* је писао колумне чија садржина су били инвестициони савјети. Након одређеног времена је примијетио да његова колумна изазива кретање цијена акција. Одређеном броју лица је почео да говори шта ће написати у колумни прије њеног објављивања, у замјену за уговор којим су се обавезали да ће трговати а затим профит подијелити са њим. Новине су имале правило којим је такво понашање забрањено, тако да је нижи суд утврдио да је *Winans* прекршио правило фидуцијарне обавезе према свом послодавцу. Овај случај је био специфичан јер *Winans* није добијао материјалне, необјављене информације од компанија о којима је писао. Све што је знао било је садржано у његовим колумнама; он је дошао до профита кориштењем ценовно осјетљивих информација које је сам креирао. Видјети: *William A. Klein and John C. Coffee, Jr., Business Organization and Finance*, Foundation Press, New York, 1988., 153-156.

<sup>33</sup> О наведеним теоријама и најзначајним случајевима из судске праксе САД видјети детаљније: *Stephen M. Bainbridge, “The Iconic Insider Trading Cases”, UCLA School of Law, Research Paper No. 08-05, Los Angeles, 2008*. Рад је доступан на интернет адреси: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1097744](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1097744), 11.09.2013.

## 5. Закључна разматрања

Од првих случајева инсајдерске трговине почетком двадесетог вијека до најнових инсајдерских скандала, којима регулатор америчког тржишта вриједносних папира потврђује своју одлучност у намјери заштите интегритета тржишта, десиле су се револуционарне промјене. Период од сто година је вријеме у којем се мијењају и усавршавају многи правни институти, али је мало који правни институт доживио толико промјена и изазвао пажњу америчке јавности као инсајдерска трговина. Након анализе еволуције института инсајдерске трговине у упоредном праву, са значајним бројем аргумената се може бранити став да је правни систем САД најзаслужнији за чињеницу да је заштита од злоупотребе повлашћених информација на почетку 21. вијека један од кључних задатака у унапређењу функционисања финансијског тржишта на глобалном плану. Управо је притисак најмоћније земље свијета, према мишљењу бројних стручњака, утицао на ширење овог института на глобалном нивоу.

Систему заштите од злоупотребе поверљивих информација у САД се могу, са правом, упутити одређене замјерке. Ипак, постоји општа сагласност да је овај систем најефикаснији у пракси. Системи који се заснивају на потпуној законској регулативи (и предвиђају стриктна правила) су садржајни у оној мјери колико се примјењују у пракси. Ефикасно особље у регулаторним агенцијама, постојање ресурса уз ефикасно функционисање механизма контроле уз обезбијеђену подршку судске праксе и константу еволуцију система санкционисања у САД дјелује застрашујуће на потенцијалне инсајдере. Због свега наведеног, аутор сматра да је један од могућих начина за смањење учесталости злоупотребе инсајдерских информација у Европској унији и земљама у окружењу, преузимање позитивних искустава из САД у примјени овог института и њихово прилагођавање специфичностима појединих правних система.

---

**Mijat Jocović, Ph.D**

assistant professor

University of Montenegro, Faculty of Economics Podgorica

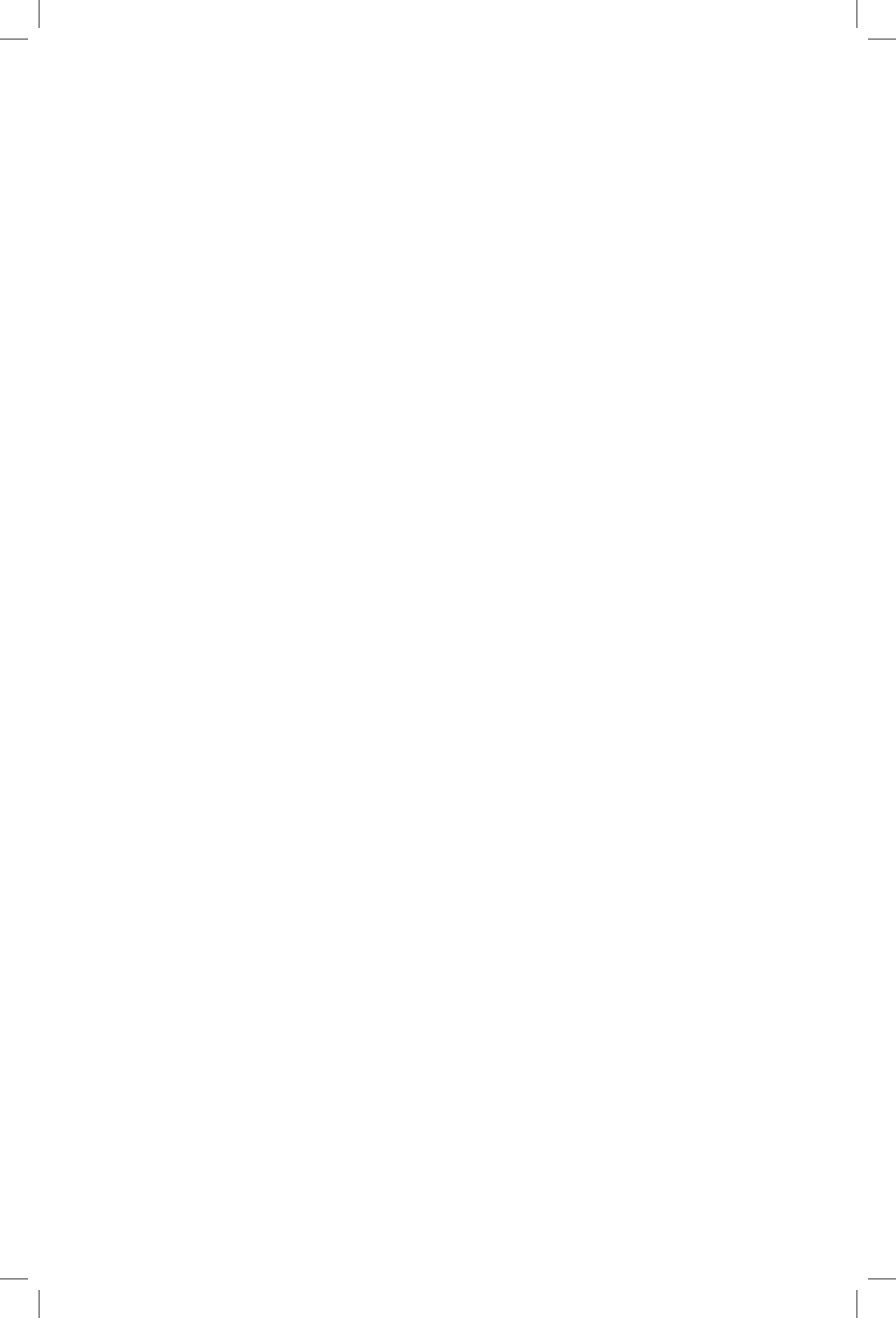
## **INSIDER TRADING INSTITUTE IN THE UNITED STATES LAW**

### Summary

Insider trading exists in situations where a single legal entity concludes legal affairs with securities on the basis of having information which is not available to the public, so its disclosure would affect the price of securities in the market, in order to make profit or avoid loss. Today, in most countries, the establishment of an efficient system of prohibition of the use of privileged information is one of the main prerequisites for the development of financial markets. Notwithstanding the efforts of European countries to precisely define all the elements of insider trading institute, for now there was no concrete results in reducing the incidence of misuse of privileged information. According to the author, the reason is the inability to precisely define the legal norms of all elements of the insider trading.

The aim of this paper is to describe and explain the specifics of access regulation and sanctioning insider trading in the U.S., drawing attention to those elements that can contribute to our country to fight against insider trading more efficiently in the future. The paper pays special attention to the analysis of judicial practice, because according to the authors, in court proceedings there is a space for raising the efficiency of the sanctioning insider trading by liberal interpretation of certain elements of the insider trading offense.

**Keywords:** insider trading, insiders, insider information, United States, judicial practice.



## HRVATSKA REGULATIVA U OBLASTI NAUČNO ISTRAŽIVAČKOG RADA

### Apstrakt

*U ovom članku, autor daje prikaz pravne regulative u oblasti naučno istraživačkog rada u Hrvatskoj. Analiziran je hrvatski Zakon o znanosti i visokom obrazovanju. U Hrvatskoj je naučna delatnost spojena sa visokim obrazovanjem u jedna zakon, ali isto tako i u jednom ministarstvu, što je dobro rešenje smatra autor. On misli da bi se tako nešto moglo preporučiti i za Srbiju. Autor, takođe, daje prikaz odredaba o sticanju naučnih zvanja. Način na koji su te odredbe regulisane u Hrvatskoj, veoma je sličan odredbama u Srbiji, sa nekim razlikama, koje autor posebno apostrofira. Jedna od takvih odredaba je i ta da se zahteva da jedan naučnik, da bi stekao određeno naučno zvanje, mora objavljivati najmanje 50 % članaka u različitim naučnim časopisima. Autor smatra da je to dobra odredba, isto kao i to da jedna objavljena monografija vredi više od tri, odnosno četiri članka objavljena u naučnim časopisima prve kategorije. Takođe je prezentovan i sistem finansiranja nauke, kao i sistem naučnih fondacija, itd. Za srpske naučnike je dobro da znaju kako funkcioniše sistem u Hrvatskoj, kao i da, u vezi sa tim, prave odgovarajuća upoređenja.*

**Ključne reči:** naučno-istraživački rad, Zakon o znanosti i visokom obrazovanju, zajedničko ministarstvo, fondacija, finansiranje, sticanje zvanja, Hrvatska, komparacije sa Srbijom.

---

<sup>1</sup> Naučni savetnik i direktor Instituta za uporedno pravo Beograd

\*

\* \*

Uobičajno je da se prilikom gotovo svih uporednopravnih istraživanja, posebno analizira Hrvatska. Ovo, pre svega, zato što je po svojoj veličini, po svom kulturnom, jezičkom, pravnom nasleđu i korenima, kao i po bliskosti trenutne socio-ekonomske pozicije, Hrvatska, ipak, lako uporediva sa Srbijom. Ako se svemu tome doda i činjenica da je Hrvatska, od nedavno, punopravna članica EU, a što je strateški cilj Srbije takođe, jasno je da je upoređivanje Srbije sa Hrvatskom u svim oblastima, pa tako i kada je reč o nauci, posebno značajno. O tom i takvom poređenju je reč u ovom kratkom elaboratu. Zbog toga ovde donosimo nekoliko osnovnih karakteristika hrvatskog sistema funkcionisanja i finansiranja naučno-istraživačke delatnosti.

Osnovna karakteristika sistema u Hrvatskoj, jeste to, da su u ovoj susednoj zemlji, spojene dve, u principu srodne oblasti: nauka i visoko obrazovanje. U tom smislu, zakon koji je donet još 2003. godine nosi naslov: “Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju”. Nadležno ministarstvo, takođe, se odnosi na ove dve oblasti: nauku i visoko obrazovanje, s tim što je, prema hrvatskom sistemu, u nadležnost ovog ministarstva dodat i sport, te se čitavo ministarstvo naziva: “Ministarstvo za znanost, visoko obrazovanje i sport”. Makar samo po bliskosti dve teme oblasti, kao što su visoko obrazovanje i nauka, imalo bi puno osnova spojiti ove dve oblasti. U svakom slučaju to je bolje, nego spajati osnovne škole, visoko obrazovanje i nauku, tj. na primer institute i osnovne škole, a što jeste trenutna situacija u Srbiji.

Dobro je dakle spojiti dve srodne oblasti, kao što su visoko obrazovanje i nauka. Ovde treba ukazati i na to da su, prema poslednjim izmenama i dopunama hrvatskog zakona, spojena i dva nacionalna veća (u srpskoj jezičkoj verziji „saveta“): nacionalno veće za znanost i nacionalno veće za visoko obrazovanje, te sada postoji samo jedno, zajedničko nacionalno veće (savet) – i za nauku i za visoko obrazovanje. Član 6 hrvatskog zakona, kada govori o zadacima tog veća (saveta) kaže sledeće: „ (1) Nacionalno vijeće za znanost, visoko obrazovanje i tehnološki razvoj (u daljnjem tekstu: Nacionalno vijeće) najviše je stručno tijelo koje se brine za razvitak i kvalitetu cjelokupne znanstvene djelatnosti i sustava znanosti, visokog obrazovanja i tehnološkog razvoja u Republici Hrvatskoj. (2) Nacionalno vijeće: 1. raspravlja pitanja od važnosti za znanstvenu djelatnost te predlaže i potiče donošenje mjera za njezino unapređenje, 2. predlaže i potiče donošenje mjera za unapređenje

visokog obrazovanja, 3. daje suglasnost na uvjete Rektorskog zbora i Vijeća veleučilišta i visokih škola za stjecanje znanstveno-nastavnih, umjetničko--nastavnih i nastavnih zvanja, 4. prati razvitak i utvrđuje znanstvena i umjetnička područja i polja, imenuje područna znanstvena i umjetnička vijeća te matične odbore za pojedina polja, 5. općim aktom utvrđuje uvjete za stjecanje znanstvenih zvanja u skladu s ovim Zakonom, 6. općim aktom utvrđuje minimalne uvjete radnih obveza za znanstveno, znanstveno-nastavna i umjetničko-nastavna zvanja o kojima se podnosi izvješće u skladu s ovim Zakonom, 7. utvrđuje uvjete koje trebaju ispuniti znanstvene organizacije i visoka učilišta u području umjetnosti da bi dobile ovlaštenje za provođenje postupka izbora u znanstvena zvanja odnosno umjetničku komponentu umjetničko-nastavnih zvanja u skladu s ovim Zakonom, 8. donosi kriterije izvrsnosti za odabir znanstvenika i nastavnika za produljenje ugovora o radu nakon 65 godina života, u skladu s ovim Zakonom, 9. propisuje minimalne uvjete radnih obveza za reizbor na znanstvena, znanstveno-nastavna, umjetničko-nastavna, nastavna i stručna radna mjesta, u skladu s ovim Zakonom, 10. predlaže proglašavanje znanstvenih centara izvrsnosti te daje mišljenje o osnivanju znanstveno-tehnoloških parkova i kolaborativnih tehnoloških centara, 11. predlaže kriterije i odnose raspodjele proračunskih sredstava za znanstvenu djelatnost i visoko obrazovanje te tehnološki razvoj, 12. predlaže i potiče sudjelovanje drugih subjekata i organizacija civilnog društva, posebno tijela državne uprave, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te gospodarskih subjekata u sustavu znanstvene djelatnosti i visokog obrazovanja, 13. predlaže mjere i poduzima aktivnosti za afirmaciju i napredovanje znanstvenog i nastavnog pomlatka, 14. imenuje članove Savjeta za financiranje znanstvene djelatnosti i visokog obrazovanja, 15. predlaže i potiče mjere vezane za policentrični sustav znanstvene djelatnosti i visokog obrazovanja u Republici Hrvatskoj te predlaže Hrvatskome saboru strateški dokument mreže javnih visokih učilišta i javnih znanstvenih instituta, 16. raspravlja pitanja od važnosti za razvoj nacionalnoga inovacijskog sustava i predlaže i potiče donošenje mjera za njegovo unapređenje te poticanje tehnološkog razvoja, 17. predlaže članove Odbora za etiku u znanosti i visokom obrazovanju, 18. razmatra i daje svoje mišljenje o drugim pitanjima važnima za razvoj sustava znanosti i visokog obrazovanja u Republici Hrvatskoj.

Sve u svemu, povezivanje nauke i visokog obrazovanja, kako putem samog zakona, tako putem Ministarstva, te, na kraju, putem jedinstvenog nacionalnog saveta (vijeća), omogućava bolje povezivanje i iskorišćavanje naučnih potencijala, tj. fluktuaciju nastavnog i naučnog osoblja i zajednički nadzor delatnosti. Buduće izmene u sistemu funkcionisanja nauke u

Srbiji, trebalo bi da imaju ovo u vidu. Ovde posebno treba imati u vidu i to da se i pojedinačne problematike, kao što je i problematika doktorskih studija, tj. cena školarine doktorskih studija na jedinstven način, razmatra, na jednom zajedničkom mestu, a to je Nacionalni savet (veće) za nauku i obrazovanje. Naime, rascepanost i fragmentiranost sistema, kakva postoji u Srbiji, dovodi do toga da Instituti plaćaju doktorske studije svojih saradnika, a da onda Instituti od Ministarstva prosvete i nauke traže sredstva za finansiranje doktorskih studija svojih saradnika. Praktično, u Srbiji je sistem trenutno takav da „leva ruka“ ne zna šta plaća „desna ruka“ – Ministarstvo daje institutima, da bi ovi dali fakultetima. Ovo bi svakako trebalo prevazići, ali, da bi se to moglo prevazići, potrebno je, između ostalog, da status pravnog lica ima samo Univerzitet, a ne i pojedinačni fakulteti. Jer, ako jedan pojedinačni fakultet ima svojstvo pravnog lica, i u „svoju kasu“ naplaćuje doktorske studije, onda on nema nikakvog interesa, niti pak postoje mogućnosti da on bude prinuđen da, zajedno sa drugim fakultetima, sudeluje u radu Nacionalnog saveta. Drugim rečima da bi se u potpunosti i dosledno implementirao hrvatski model jedinstva nauke i visokog obrazovanja, neophodno je, najpre, promeniti postojeći sistem fragmentiranosti fakulteta i ukрупnjavanja u Univerzitet.

Kada je reč o sistemu finansiranja naučne delatnosti, sam Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, ne govori izričito ni o projektnom, ni o institucionalnom finansiranju, međutim, sistem finansiranja i funkcionisanja naučnog rada se u Hrvatskoj ostvaruje u stvari i preko Ministarstva i preko tzv. Hrvatske zaklade (fondacije) za znanost. Po svojoj suštini, Zaklada bi mogla odgovarati onome što su u bivšoj SFRJ nekada bili SIZ-ovi. Imajući ovo u vidu, prenosimo ono što stoji na sajtu Ministarstva za znanost, visoko obrazovanje i sport: *„Jedan od strateških ciljeva Vlade Republike Hrvatske za razdoblje 2011. - 2015. jest i promjena modela financiranja znanstvene djelatnosti s dosadašnjega modela državnog upravljanja na model državnog nadziranja sustava znanosti. Imajući u vidu ostvarivanje navedenoga cilja, projektno financiranje znanstvene djelatnosti izmjenama Zakona o Hrvatskoj zakladi za znanost prelazi u nadležnost Hrvatske zaklade za znanost. Novi ciklus natječaja za znanstvene projekte Hrvatske zaklade za znanost planira se otvoriti početkom listopada 2013. godine.“*<sup>2</sup> U tom smislu, ovde navodimo i sledeće, a što, čini nam se može biti vrlo ilustrativno kada je reč o finansiranju naučnih projekata: *„1. Izravni troškovi - Izravni troškovi na programima Zaklade su troškovi koji se mogu nedvosmisleno identificirati unutar projekta. Svi izravni troškovi trebaju biti: ■ logični i neophodni; ■ isključivo služiti za provođenje i unaprjeđenje projekta;*

<sup>2</sup> <http://www.hrzz.hr/default.aspx?id=94>, 10.10.2013.

■ nedostupni na drugi način; ■ u skladu s troškovima uobičajenim za sponzorske ugovore; ■ u skladu s Preporukama i uvjetima za dodjelu i korištenju sredstava Zaklade; zatim - **1.2. Izravni troškovi mogu uključivati:** ■ naknade za voditelja projekta te članove projektnog tima, u visini označenoj u prihvaćenom prijedlogu projekta, odnosno u Ugovoru o dodjeli sredstava; ■ troškove opreme nužne za provođenje projekta. Odluku o financiranju opreme donosi Upravni odbor za svaki program posebno. Oprema se treba nabaviti pod najpovoljnijim uvjetima, vodeći računa o ekonomičnosti cijene, vremenskom ograničenju i kvaliteti, izbjegavajući bilo kakav oblik sukoba interesa; ■ putne troškove i ostale troškove neposredno proizašle iz suradnje na programu ili troškove učenja određenih tehnika i postupaka. U slučaju radnih posjeta moguća je isplata dnevnica u iznosu sredstava koje pravna osoba s kojom Zaklada sklapa ugovor daje svojim stalnim zaposlenicima jednake znanstvene razine, osim ako nije drugačije pismeno dogovoreno sa Zakladom; ■ stvarne troškove materijala, uključujući i dozvole za registraciju kompjuterskih programa (softwera) te troškove pristupa i korištenja opreme i usluga nedostupnih u pravnoj osobi s kojom Zaklada sklapa ugovor o izvođenju projekta, a koji su opravdani i nužni za provedbu projekta; i ■ ostale odobrene izravne troškove vezane uz projekt, a navedene u prihvaćenom prijedlogu projekta i pismeno odobrene od Zaklade. Na kraju, tu su **I 1.3. Posredni troškovi** ■ Posredni troškovi izračunavaju se najviše do 15% ukupnih troškova umanjenih za cijenu opreme; ■ Zaklada zadržava pravo izmjene načina izračunavanja posrednih troškova, o čemu se obavještava pravnu osobu u kojoj se provodi projekt te voditelja projekta.<sup>3</sup>

Moglo bi se dakle reći da je sistem finansiranja i funkcionisanja naučne delatnosti u Hrvatskoj dvojak. Određeni instituti i u određenoj meri, finansiraju se institucionalno, direktno iz državnog proračuna (budžeta), a jednim delom se finansiranje vrši i putem sredstava “zaklade”, tj. “fondacije” za znanost /nauku. Finansijska sredstva “zaklade” se jednim (većim) delom obezbeđuju od strane Ministarstva, ali takođe i od strane nekih drugih organizacija, pre svega, na primer, Privredne komore, kao i od sopstvenih prihoda, tj.prihoda drugih naučnih organizacija, sponzora, privrednih subjekata iz zemlje i inostranstva. Sve te organizacije koje participiraju u finansijskim sredstvima “zaklade”, takođe participiraju i u upravljanju “zakladom”, po tome što predlažu po određeni broj članova Upravnog odbora, koje sve u krajnjoj instanci ipak imenuje hrvatski Sabor. To međutim ne znači da oni koji se institucionalno finansiraju iz državnog proračuna, ne mogu aplicirati na konkurse Fondacije (zaklade), već

<sup>3</sup>[http://www.hrzz.hr/UserDocsImages/pdf/Preporuke\\_i\\_uvjeti\\_za\\_dodjelu\\_i\\_koristenje\\_sredstava\\_Zaklade.pdf](http://www.hrzz.hr/UserDocsImages/pdf/Preporuke_i_uvjeti_za_dodjelu_i_koristenje_sredstava_Zaklade.pdf), 11.10.2013.

naprotiv. Ova praksa formiranja fondacija postoji u zapadnim zemljama i ona je nešto uobičajeno, čime se simulira i prikriva de facto državno finansiranje i državni interes. Da bi neke domaće naučne institucije mogle da konkurišu kod inostranih donatora i sponzora, neophodno je da ne budu direktno na budžetu Vlade (Ministarstva), već da budu finansirani iz pojedinih nevladinih (poluvladinih) fondova i fondacija. Primera radi USAID, ne prihvata da finansira institucije koje se finansiraju od strane Vlade. Ovakve fondacije – zaklade služe upravo tom cilju, da prikriju državno – budžetsko finansiranje, pred potencijalnim stranim investitorima. Suštinski, hrvatska “zaklada” jeste budžetska (većim delom na budžetu) institucija – fondacija koja sprovodi “prikriveno” Vladino finansiranje nauke. Kada je reč u tome da eventualno čitava stvar u Srbiji bude preuzeta, treba ipak reći i sledeće: dobra strana svega jeste u tome što bi pojedine naučne institucije, lakše mogle pronaći inostrane direktne strateške partnere, ali ta prednost je čini se u današnja krizna vremena zanemarljiva, jer se u stvari radi o usložnjavanju čitavog procesa finansiranja i o širenju birokratije, zapošljavanju novih ljudi u administraciji, čime bi se administrativni trošak u nauci znatno povećao, a što u postojećim okolnostima nije dobro.

Hrvatski naučni sistem, karakterističan je i po tome, što ne postoji jedno “krovno telo”, kakvo je kod nas “Komisija za sticanje naučnih zvanja”, već se naučna zvanja stiču direktno od strane nadležnih “matičnih odbora”, instance, koja se upravo istovetno tako naziva i u Hrvatskoj, kao i u Srbiji. Ovo smatramo boljim rešenjem, jer se ne događa to da o medicinarima odlučuju istoričari, o pravnicima hemičari, a o arhitektama biolozi. Sasvim je logično da se unutar struke, u krajnjoj liniji tamo, gde se ljudi ne samo u brojčanim izveštajima, poznaju, da se u tim krugovima odlučuje o svemu. Dobro je i to što hrvatski zakon direktno, sasvim izričito kaže da rešenje kojim se nekome dodeljuje ili uskraćuje naučno zvanje ima karakter upravnog akta, protiv kojeg se može voditi upravni spor. Odgovarajućim tumačenjima bi se moglo do istoga doći i kada je reč o Srbiji, mada mislimo da je bolje da to sasvim izričito stoji i u samom zakonu.

I u hrvatskom zakonu postoje tri naučna zvanja, istovetnih naziva: znanstveni suradnik; viši znanstveni suradnik i znanstveni savjetnik. Ta zvanja se stiču na period od 5 godina. Poslodavci, tj. instituti zaključuju sa naučnim radnicima ugovore o radu na neodređeno vreme, ali na određeno radno mesto koje traje određeno vreme. Ugovor se sklapa na 5 godina na neodređeno vreme, što jeste pomalo apsurdno. Suštinski ova komplikovana i nelogična formulacija postoji kao takva, pre svega, zato da bi se zaposlenim naučnim radnicima omogućilo da, kod odgovarajućih

banaka, podižu stambene i druge kredite. Hrvatski zakon o znanosti i visokom obrazovanju, kaže izričito da se, tamo, gde nije drugačije regulisano, imaju primenjivati pravne odredbe iz zakona o ustanovama, a da naučni radnici imaju status službenika (uposlenika). Aktuelno stanje u Srbiji, trebalo bi takođe izričito zakonski regulisati na taj način.

Naučni (znanstveni) saradnik, kao i viši naučni saradnik, ima pravo da nakon pet godina bude ponovo, još jedanput bude biran (reizabiran) u isto zvanje, nakon čega, ukoliko ne ostvari napredak u više zvanje, on gubi stečeno zvanje i biva vraćen u niže zvanje. Kada jedanput bude reizabran, kandidat ima pravo da (tek) nakon godinu dana traži izbor u više zvanje. Primera radi, znanstveni suradnik, nakon pet godina ne uspe da prikupi dovoljno bodova za izbor u zvanje višeg znanstvenog suradnika i onda on ide najpre u reizbor, pa onda, nakon isteka roka od godinu dana, ima pravo da pokrene postupak za izbor u više zvanje.

Ono što je za Hrvatsku specifično jeste to da i znanstveni (naučni) savetnici podležu reizboru, ali samo jedanput, nakon čega njihovo zvanje postaje stalno i više ne podležu reizboru. Iz Pravilnika, tj. bilo kog drugog pravnog akta se ne vidi, sasvim jasno, šta i koliko naučni (znanstveni) savetnik treba da postigne, ostvari u postupku reizbora, odnosno, da li treba da ostvari isto kao i prilikom prvog izbora u zvanje, što bi se moglo tumačiti kao ono što je zakonodavac želeo, međutim, nigde to ne stoji jasno, tj. izričito napisano, kao ni to šta biva ukoliko znanstveni savetnik ipak ne uspe da od svog prvog izbora u to zvanje ostvari potreban broj poena. Da li tada gubi zvanje naučnog savetnika? Čini se da bi logično bilo tumačiti da gubi i da se vraća u zvanje višeg naučnog saradnika. Jedno je u svakom slučaju jasno i izričito zapisano u hrvatskim pravnim aktima koji regulišu problematiku naučne delatnosti – zvanje naučnog savetnika postaje stalno, tek nakon što naučni savetnik bude jedanput reizabran u to zvanje. To praktično znači da su u hrvatski sistem uvedena 4 zvanja, da je treće zvanje naučni (znanstveni) savetnik koji podleže reizboru i znanstveni savetnik koji više ne podleže reizboru. Uvođenje ovakvog jednog sistema u Srbiju, verovatno bi izazvalo vrlo velika negodovanja, te zbog toga, a i zbog razloga konzistentnosti čitavog pravnog sistema, eventualna odredba o jednom reizboru savetnika, ne bi mogla važiti retroaktivno, za one koji su do sada već izabrani u zvanje savetnika, već samo za one koji bi tek bili birani u najviše zvanje naučnog savetnika.

Bilo kako bilo, tek i u Hrvatskoj je na snazi sličan model - način bodovanja i ocenjivanja, vrednovanja naučnih radnika i njihovih radova, te u vezi sa tim, napredovanja od znanstvenog saradnika do znanstvenog savetnika. Ono što je posebno specifično, jeste to da u Hrvatskoj postoji

posebna Agencija za vrednovanje naučnog rada. Ta agencija je pomoćni organ Nacionalnog veća (saveta) pre svega za procese akreditacije naučnih organizacija. Agencija znači odgovara onome što kod nas obavlja Odbor za akreditaciju. Međutim osim toga, Agencija pruža i usluge kod pojedinačnog vrednovanja pojedinih istraživača, što će reći da matični odbor, prilikom izbor nekoga u neko naučno zvanje, konsultuje Agenciju da li su i koliko su podaci verodostojni. "Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja" iz februara 2013. veoma je dugačak, obiman i katkada se čini vrlo komplikovan, sa čitavim nizom odgovarajućih matematičkih formula sadržanih u članovima dotičnog pravilnika. Te su formule, čini se posebno komplikovane kod izračunavanja kvaliteta nečijeg rada, odnosno, kvaliteta "Impakt faktora", tj. nečije citiranosti i uticajnosti u domaćoj i inostranoj naučnoj javnosti. Zapravo, čak se i kvalitet nečijih radova, kvalitetna ocena pojedinog kandidata, u stvari na svoj način kvantifikuje.

Pravilnik sadrži posebne odeljke i odredbe za 1) prirodne nauke; 2) biomedicinu i zdravstvo; 3) tehničke nauke; 4) biotehničke nauke; 5) društvene nauke; 6) humanističke nauke i 7) interdisciplinarna područja (znanost uopšte, umetnost). Propisi i uslovi su manje, ili više slični, ali sa ipak odgovarajućim razlikama, naročito kod humanističkih znanosti (nauka), ali, takođe nešto drugačiji, nešto blaži kriterijumi su predviđeni i u okviru društvenih nauka za pravo. To se isto može reći i za druge naučne oblasti. Na primer, u oblasti fizike, hemije, geofizike, interdisciplinarnih istraživanja prirodnih nauka, kao i u oblasti biologije, postavljeni su za 30 odsto viši kriterijumi, nego kada je u pitanju geologija. Kada je reč o matematici, kriterijumi su još blaži. Humanističke nauke su u tom smislu posebno privilegovane, odnosno, kriterijumi za sticanje zvanja u ovim nakama su blaži nego u drugim naukama, uključujući tu i društvene nauke.

Bilo kako bilo, tek, Nacionalno veće (savet) jednom u tri godine donosi odluku koji se to radovi, tj. radovi u kojim časopisima se imaju smatrati kao radovi kategorije A-1 a koji radovi kao radovi kategorije A-2. Ovo je verovatno bolje rešenje, nego birati, tj. rangirati časopise svake godine. A-1 su radovi objavljeni u časopisima sa međunarodnom recenzijom, koji su indeksirani u međunarodnim bazama. A-2 radovi su svi ostali radovi – poglavlja u zbornicima, recenzirane konferencije, itd. Matični odbori, u stvari, u krajnjem Nacionalno veće rangira časopise u te dve kategorije. U nekim drugim naučnim oblastima, matematici, ili humanističkim naukama, uvodi se i treća kategorija radova, što je takođe stvar procene matičnih odbora, tj. Nacionalnog veća.

Čini se da rešenje o samo te dve, odnosno, tri kategorije časopisa u principu nije loše rešenje, jer sprečava svađe i podele, te neku vrstu

protekciju kod izbora jednog časopisa u jedan, drugi, treći ili četvrti nivo kategorije. Da bi neko u društvenim naukama stekao zvanje naučni saradnik mora imati 2 rada u kategoriji A1 i 4 rada u kategoriji A2. Kod višeg naučnog saradnika taj odnos je 3 u A1 i 11 u A2. Za savetnika je odnos 4 i 21.

Za druge oblasti, pokazatelji su, kao što rekosmo, nešto drugačiji i prilagođeni specifičnostima date oblasti, pa tako, na primer, kod biotehničkih nauka, se uvodi i kategorija A-3 te znanstveni saradnik mora objaviti 3 u A-1, 4 u A-2 i 4 u A-3. Za višeg znanstvenog suradnika odnos je 6 – 9 – 6. dok je za savetnika potreban broj 10 – 15 – 10. Pri tome, radovi iz kategorije A-1 mogu zameniti radove iz kategorije A-2, isto kao što i radovi iz kategorije A-2 mogu zameniti radove iz kategorija A-3.

Ono što je zajedničko u svim naučnim oblastima jeste odredba, po kojoj jedan kandidat za naučno zvanje ne sme imati više od 50 odsto objavljenih radova u jednom te istom časopisu. Time se zapravo onemogućava da neko rezerviše za sebe mesto u jednom časopisu, da objavljuje samo u časopisu koji izdaje institut u kojem on radi, već da mora objavljivati u više različitih časopisa, što, u principu smatramo korisnim i poželjnim. Za početno zvanje naučnog saradnika, on mora imati minimum jedno, za zvanje višeg naučnog saradnika mora imati dva jednoautorska dela, a za savetnika su potrebna 3 jednoautorska dela u bilo kojoj kategoriji. Istovremeno, kada se radi o koautorskim delima – ako su do tri koautora, onda se svakome računa po 100%, a ako je 4 i 5 autora, onda svaki dobija po 50%, dok preko pet koautora, računica se izvodi tako što se 100% podeli sa brojem koautora, pa tako na primer ukoliko u jednom radu ima 6 koautora svaki dobija po 100/6. Međunarodna monografija vrednuje se kao tri rada u kategoriji A-1, odnosno, poglavlje u knjizi (monografiji) se računa kao jedan rad u kategoriji A-1. Jedna domaća (hrvatska) monografija se računa kao tri rada u kategoriji A-2, a poglavlje u takvoj domaćoj monografiji kao jedan A-2 rad. Do dva rada prihvaćena za objavljivanje se računaju kao da su objavljena, ukoliko kandidat podnese pismenu potvrdu uredništva časopisa ili izdavača da su ti radovi prihvaćeni za objavljivanje. Dakle, uvažava se to da je potrebno vreme dok jedan rad bude objavljen u jednom časopisu, ali to ne u nedogled, već samo do dva slučaja.

Stiče se utisak da je hrvatski Pravilnik o sticanju naučnih zvanja vrlo detaljan, te da ništa, ili gotovo ništa, nije prepušteno stavovima i praksi matičnih odbora i Nacionalnog saveta (vijeća). Dobro je, u principu, da što manje toga bude prepušteno stavovima i nekakvoj uobičajenoj praksi, no, onda, pravilnik po prirodi stvari mora biti glomazan, a ponekad, ipak, ne sasvim dorečen.

Sve u svemu, moglo bi se reći da sistem pravne regulative naučnog rada u Hrvatskoj i nije bitno drugačiji od onog u Srbiji. Razlike nisu velike, ali se ponajpre u stvari radi o izvesnim preciziranjima. Na primer, do koje mere se uvažava (toleriše) koautorstvo; zatim, do koje mere se uvažavaju (tolerišu) potvrde da će jedan članak u jednom časopisu biti objavljen, što u današnjim vremenima krize, kada časopisi izlaze neredovno i sa zakašnjenjem i nije tako besmisleno. Smatramo takođe dobrim rešenjem i to da se naučni radnici podstiču da objavljuju ne samo u „svojim”, već i u „drugim” časopisima, te da im se priznaje samo do 50 odsto onoga što su objavili u „svojim” časopisima. Odnos između vrednovanja jedne knjige i jednog članka u Hrvatskoj je, ipak, čini se bolji i realniji nego u Srbiji, a po nama pažnju zaslužuje i dobro rešenje sa samo dve kategorije časopisa A-1 i A-2, jer kada postoji više kategorija naučnih časopisa, onda u prvi plan izbijaju i otvorene, ili zakulisne borbe i igre oko toga koji će časopis dobiti koju kategoriju.<sup>4</sup> Smatramo dobrim rešenjem da se kategorizacija i ocenjivanje časopisa obavlja jednom u tri godine, a ne jednom godišnje. Ipak ono što je posebno važno, ono što je naročito drugačije u Hrvatskoj, u odnosu na Srbiju, jeste to da postoji jedan zajednički nacionalni savet i za visoko obrazovanje i za nauku, a što smatramo posebno dobrim i za Srbiju preporučljivim. Dobro je i to što se izbor u naučna zvanja završava u okviru uže struke, tj. u matičnim odborima, a ne u nekakvoj zajedničkoj komisiji, gde bi pripadnici različitih naučnih disciplina odlučivali jedni o drugima.

Mora se ipak reći da se suštinski radi o gotovo istovetnim sistemima, sa malim modifikacijama i, nama se čini, poboljšanjima kada je reč o Hrvatskoj. Međutim, čitav sistem organizacije naučne delatnosti u Srbiji, ozbiljno može biti doveden u pitanje iz nekih, sasvim profanih, čisto tehničkih razloga. Kao jedan, od trenutno najaktuelnijih problema u srpskoj nauci, pojavljuje se problem isplate novčanih sredstava za plate naučnim radnicima u institutima. Prema nekim informacijama, ovaj problem je posledica ne toliko nedostatka finansijskih sredstava, već jednog tehničkog detalja, tj. šifre pod kojom se računovodstveno vode sredstva za plate zaposlenih u institutima. Ta šifra sugerise nadležnima u Trezoru, tj. Ministarstvu finansija, da je reč ne o platama, već o honorarima, naučnih radnika u Institutima, koji svoju platu, već, ostvaruju negde na nekom drugom mestu. Nadležni u Trezoru to onda shvataju kao nešto što mogu odlagati. Sve to dovodi do toga da su plate danas ne više neredovne, nego da plate redovno kasne u poslednjih nekoliko meseci, a što je

---

<sup>4</sup> Ovde mislimo prvenstveno na časopise iz oblasti društvenih nauka, gde postoje te dve kategorije, jer u drugim naučnim oblastima, uvodi se i treća kategorija časopisa, kao što smo već rekli.

nepovoljno i za funkcionisanje tekućih računa zaposlenih i za kredite zaposlenih, ali i za funkcionisanje samih institucija. Potrebno je u tom smislu najpre promeniti šifru, pod kojom se u Ministarstvu finansija vode plate zaposlenih.<sup>5</sup> Čini se da za ovo čak nisu potrebne velike zakonodavne reforme. Naime, na primedbu da je takvu promenu šifre nemoguće izvršiti bez celovite promene Zakona o naučno istraživačkoj delatnosti, odgovaramo da to nije tačno. Naime, Zakon, iako govori o projektnom finansiranju naučne delatnosti, ipak ne govori o tehničkim detaljima kao što su šifre, te se imajući to u vidu, sasvim lako može izvršiti promena tog tehničkog detalja šifre, čak i bez direktne zakonodavne intervencije, tj. promene zakona, a što bi srpsku nauku i srpske institute izvuklo iz aktuelne pozicije u kojoj oni svakomesečno moraju da traže prijem kod jednog ili drugog ministra, koji onda lično moraju da intervenišu da bi se problem šifri razrešio. To, kao i još nekoliko drugih detalja govori da se ne mora odmah ići na velike reformske zahvate. Primera radi, jedno od pitanja jeste i pitanje da li i koliko jedan analitičar/ka za čitavu jednu oblast u kojoj se nalazi i po nekoliko hiljada naučnih radnika, mogu uspešno i valjano procenjivati rad svakog od tih naučnih radnika, ili je potrebno da to radi i neka specijalizovana služba, možda neko iz već postojeće sužbe pri ministarstvu, odnosno, pri tzv. Centru za promociju nauke. To su sve pitanja koja mogu izgledati neprimerena jednoj strateškoj analizi, ali, strateška analiza nauke zahtevala bi jednu znatno širu analizu. Ovo je bio samo pokušaj da se sagledavanjem osnovnih (pravnih) postavki hrvatskog naučnog sistema, sagleda šta bi se i koliko moglo promeniti i u srpskom sistemu koji je po svemu veoma sličan hrvatskom.

---

<sup>5</sup> Da se radi o ipak tehničkom detalju, sugeriše i to da je aktuelni Ministar finansija, Krstić primio delegaciju naučni radnika koja ga je obavestila o problemu i da je on tim povodom izjavio da će se taj tehnički problem razrešiti ubuduće. (<http://www.sindikatanauke.org/vesti.htm>, 15.10.2013.)

**Jovan Ćirić, PhD**

Principal Research Fellow

Director of Institute of Comparative Law,  
Belgrade

## CROATIAN REGULATION IN THE FIELD OF SCIENTIFIC WORK

### Summary

In this article, the author presents the legal regulation in the field of scientific research in Croatia. So, here it is presented the Croatian Basic law of scientific work and high education. In Croatia, scientific work and high education is connected, joined in one law, but also in one Ministry, which is good solution considers the author. He thinks that it is something that could be recommended for Serbia. Ćirić also presents here the regulation for obtaining scientific titles for every scientist. This regulation is very similar to Serbian regulation with some differences. The author points out some of those differences, such as the order that one scientist has to publish articles in different journals and 50% of those articles has to be from various journals and not only from one. Jovan Ćirić thinks that it is something good, as well as the system of evaluation of scientific work, the regulation by which one monography values more than 3 or 4 articles from the first category of journals. It is also presented the system of the financing the science, the system of scientific foundation, etc. So, it is good for Serbian scientists to see how the system is regulated in Croatia and to make some kind of comparisons with them, thinks the author of this article.

**Key words:** scientific work, high education, foundations, evaluation of scientific work, the system of financing, Croatia, comparison with Serbia.

## POLOŽAJ NACIONALNIH MANJINA, GRUPA I ZAJEDNICA U OBLASTI VISOKOG OBRAZOVANJA

### Apstrakt

*Položaj nacionalnih manjina, grupa i zajednica u oblasti visokog obrazovanja zavisi od mnogih faktora. Pre svega, zavisi od države u kojoj žive pripadnici navedenih manjina, grupa i zajednica, odnosno, od njene spremnosti da omogući osnivanje univerziteta, na kome bi se obrazovali pripadnici tih nacija, ali i drugi. Isto tako, njihov položaj zavisi i od dogovora dve države, jedne, u kojoj žive i druge, matične države. Autori su, u radu, sačinili jednu analizu položaja nacionalnih manjina, grupa i zajednica u pojedinim evropskim državama. Naročita pažnja je posvećena stanju u Rumuniji, Mađarskoj, kao i bivšim sovjetskim republikama, u ovoj oblasti. Takođe, posvećena je pažnja pojedinim visokoškolskim ustanovama u Republici Makedoniji, kao i na Kosovu. Osnovno pitanje koje se postavlja u ovom članku, odnosi se na činjenicu da li navedene ustanove mogu biti nezavisne u odnosu na prosvetni sistem koji je ustanovljen na teritoriji na kojoj žive navedene manjine, grupe i zajednice, kao i na koji način one mogu biti povezane sa njihovim matičnim državama. Ovo pitanje je od velikog značaja za položaj Srba na Kosovu u ovoj oblasti.*

**Ključne reči:** manjine, grupe, zajednice, Univerzitet, visoko obrazovanje, matična država.

---

<sup>1</sup> Naučni savetnik, Institut za uporedno pravo Beograd

<sup>2</sup> Naučni savetnik, Institut za uporedno pravo Beograd

## 1. Uvodni deo

Kada govorimo o položaju nacionalnih manjina, grupa i zajednica, u oblasti visokog obrazovanja, ne mislimo, samo, na mogućnost osnivanja univerziteta na kome bi se odvijala nastava na jeziku neke od manjina ili grupa, već na osnivanje univerziteta koji bi, praktično, nosili naziv tih manjina, grupa i zajednica, čime bi se, na poseban način, definisao njihov položaj ne samo prema matičnoj zemlji, zemlji njihovog porekla, već i prema zemlji u kojoj žive. Republika Srbija je, izuzetno, zainteresovana za ovo pitanje, obzirom na položaj Srba na Kosovu i pitanje statusa Univerziteta u Kosovskoj Mitrovici. Zbog toga je u radu posvećena pažnja, pre svega, rešenju ovog pitanja u pojedinim evropskim državama, imajući u vidu da bi eventualno rešenje trebalo tražiti u susedstvu, odnosno, u zemljama koje imaju iste ili slične probleme, kao i Srbija. Isto tako, naročita pažnja je posvećena i bivšim sovjetskim republikama. Takođe, značajno je pitanje statusa stranih univerziteta na Kosovu, kao i statusu univerziteta na kojima se nastava odvija na albanskom jeziku u Makedoniji.

Na koji način se mogu rešavati ova pitanja, odnosno, položaj nacionalnih manjina, grupa i zajednica u oblasti visokog obrazovanja? Ovo je pitanje, na koje se može dati više odgovora. Jedan od odgovora je da se može rešiti ugovorom, ali, isto tako, i donošenjem paralelnih zakona, kao što je to slučaj u mnogim zemljama koje ćemo navesti.

## 2. Visokoškolsko obrazovanje mađarske i drugih manjina u Rumuniji

U sklopu zahteva za jačanjem teritorijalne i kulturne autonomije Mađara u Transilvaniji (Rumunija) koja je posle Prvog svetskog rata izdvojena iz nekadašnje Austro-Ugarske i pripojena Rumuniji, mađarske političke partije su zahtevale ponovno osnivanje nezavisnog državnog univerziteta na kome bi se nastava odvijala isključivo na mađarskom jeziku. Pozivali su se na tradiciju nezavisnog univerziteta iz druge polovine XIX veka koji je postojao u okviru Austro-Ugarske u Kluž-Napoku (*Kluž-Napoca*). Položaj mađarske manjine u obrazovanju je povoljniji u odnosu na druge manjine (Nemce, Srbe, Ukrajince, Rome i druge), ne samo zato što čine najbrojniju grupu (čine 6,6% stanovništva) nego i zato što joj je, pod političkim pritiskom Mađarske, OEBS-a i Evropske unije u Rumuniji omogućeno pravo na visokoškolsko obrazovanje na mađarskom jeziku.

Zahtevi da se omogući studiranje na maternjem mađarskom jeziku, najpre su doveli do otvaranja posebnih programa na tom jeziku na državnim univerzitetima u Transilvaniji i Bukureštu. Tako je nastava na mađarskom jeziku organizovana na državnom mađarsko-rumunskom Univerzitetu *Babeş-Bolyai* u Kluž-Napoku, Fakultetu za mađarski jezik Univerziteta u Bukureštu, Univerzitetu za medicinu i farmakologiju u Bukureštu i Univerzitetu za pozorište u Targ Murešu (*Târgu-Mureş*)<sup>3</sup>. Nije bilo posebnog mađarskog univerziteta. U međuvremenu, kako su i Mađarska i Rumunija primljene u punopravno članstvo Evropske unije, položaj manjina se postavlja na drugom osnovu, a mogućnosti organizovanja visokoškolskog obrazovanja na maternjem jeziku su povećane.

Univerzitet na mađarskom jeziku u Rumuniji u Kluž-Napoku ima tradiciju od 1581. godine, kada je uz pomoć jezuitskog reda osnovana visoka škola u Kološvaru (*Kolozsvár*, sada *Cluj-Napoca*). Pripajanje Transilvanije Rumuniji posle Prvog svetskog rata i ukidanje Mađarskog autonomnog regiona 1968. godine ugrozili su položaj mađarske nacionalne manjine. Posle rumunske revolucije 1989. godine, mađarski univerzitet doživljava reafirmaciju u okviru tzv. „multikulturalnog“ univerziteta *Babeş-Bolyai*. Promene u političkim odnosima Mađarske i Rumunije imale su uticaja na krize u radu mađarskog Univerziteta tokom 2006. i 2009. godine. Multi-kulturalni univerzitet u Klužu sada ima oko 6000 studenata mađarske narodnosti. Radi kao akreditovan državni univerzitet<sup>4</sup>. Sedište mu je u Kluž-Napoku, a ima odeljenja u 19 gradova Transilvanije. Nastava se izvodi na osnovnim, master i doktorskim studijama, većinom bilingvalno (na rumunskom i mađarskom). Na Fakultetima Rimsko-katoličke teologije i Protestantske teologije nastava se održava isključivo na mađarskom.

„*Petöfi-Schiller*” Univerzitet je drugi multikulturalni mađarsko-nemački državni univerzitet u Klužu, koji je osnovala rumunska vlada 1999. godine sa idejom da se nastava odvija na rumunskom, mađarskom i nemačkom jeziku. Osnivanje univerziteta bilo je omogućeno izmenama rumunskog Zakona o visokom obrazovanju 1998. godine<sup>5</sup>, kojim je

---

<sup>3</sup> B. Krivokapić, *Položaj etničkih manjina u obrazovanju (uporedna analiza)*, tom I, Službeni glasnik, Institut za uporedno pravo, Beograd 2000., 69.

<sup>4</sup> „Charter of Babeş-Bolyai University”, University Press, Cluj-Napoca, 2000, verzije na engleskom, francuskom, nemačkom i mađarskom jeziku, [www.osce.org/hcnm/78266?download=true](http://www.osce.org/hcnm/78266?download=true), 13.10.2013.

<sup>5</sup> Zakon br. 151 (Službeno glasilo Rumunije br. 379 od 3. avgusta 1999. godine) menjan hitnom uredbom vlade Rumunije br. 30/2000.

dozvoljeno mađarskoj manjini da osnuje svoje univerzitete i to pod pritiskom Evropske komisije, jer je tokom pridruživanja Evropskoj uniji po izveštaju Komisije iz 1999. godine Rumunija bila u obavezi da bolje štiti prava manjina u visokom obrazovanju. Kasniji odnosi između Mađarske i Rumunije i promene na vrhu vlasti u Rumuniji uticali su da nije bilo napretka u razvoju univerziteta<sup>6</sup>.

U toku političke borbe za osnivanje posebnog mađarskog Univerziteta u Transilvaniji, Mađari su isticali da „multikulturalni“ univerziteti kao što je *Babeş-Bolyai*, ne uvažavaju u dovoljnoj meri kulturne specifičnosti i obrazovne potrebe mađarske manjine, nego sve manjine tretiraju na isti način. Rumunske vlasti su insistirale na ovom konceptu jer omogućava mešanje nacija i zato što bi privilegovano tretiranje Mađara u visokom obrazovanju pospešilo slične zahteve nemačke i drugih manjina<sup>7</sup>. Iz tih razloga je rumunska vlada odbila koncept nezavisnog mađarskog Univerziteta, ne dozvolivši (re)osnivanje nezavisnog mađarskog Univerziteta sa sedištem u Klužu koji bi finansirala Rumunija.

Zato je uz finansijsku podršku mađarske vlade i partije Mađara u Transilvaniji osnovan privatni mađarski Univerzitet *Sapientia* 2001. godine. Finansiranje privatnog Univerziteta od države Mađarske predstavljalo je politički problem u odnosima Rumunije i Mađarske, jer je mađarska vlada podržavala zahteve mađarske nacionalne manjine i priznala dvostruko državljanstvo Mađarima naseljenim van matične zemlje. *Sapientia Foundation* se pojavila kao zvaničan osnivač nezavisnog mađarskog privatnog Univerziteta u Rumuniji na kome se nastava izvodi na mađarskom jeziku. Rad je otpočeo na osnovu dozvola provincijske uprave, a akreditacioni proces je okončan 28. februara 2012. godine, odlukom odgovarajućeg rumunskog državnog organa uprave. Univerzitet ima 28 programa koji se izvode na 4 fakulteta u tri centra naseljena Mađarima: *Csíkszereda (Miercurea Ciuc)*, *Marosvásárhely (Târgu-Mureş)*, *Kolozvár (Cluj-Napoca)*. Akademske programi su usmereni na područja od specijalne važnosti za jačanje stručnih kompetencija Mađara i zaštitu njihovog nacionalnog identiteta. Saradnja sa drugim univerzitetima i fakultetima odvija se u skladu sa uslovima predviđenim za pridruživanje

<sup>6</sup> Najvažniji razlog neuspeha je bio taj što su Mađari koncept multikulturalnosti doživljavali kao prikrivenu asimilaciju, više u I. Horváth, „Perceptions of Multiculturalism“, *International Journal of Education Law and Policy – Special Issue Romania*, 2004, 39-40, suprotno kod: A. Marga, „Multicultural Education in Romania“, u istom časopisu, 84-86.

<sup>7</sup> C. Lovatte, A Hungarian University in Transylvania, *Central Europe Review*, 1999, god. 1, br. 20, <http://www.ce-review.org/99/20/lovatt20.html>, 13.10.2013.

evropskom prostoru visokog obrazovanja (*European Higher Education Area*). Posle 2007. godine, opalo je finansijsko učešće mađarske vlade za oko 25% i prešlo se na finansiranje univerziteta iz školarina i donacija.

### 3. Status mađarske manjine u Slovačkoj

U Slovačkoj Mađari čine 9,7% stanovništva i predstavljaju najbrojniju manjinu. Naseljeni su u dve regije koje se nalaze u južnoj Slovačkoj, uz granicu sa Mađarskom (distrikti Komárno i Dunajská Streda). To su delovi nekadašnje Austro-Ugarske, koju je Mađarska izgubila sa Prvim svetskim ratom (Trijanonskim mirom pripojeni su novoformiranoj Čehoslovačkoj, a od 1992. godine se nalaze u sastavu Slovačke). Politički zahtev za osnivanjem posebnog mađarskog univerziteta iznela je partija Mađara iz Slovačke još 1990. godine (u vreme pre raspada Čehoslovačke). Isti politički zahtev zastupala je ta partija sve do 2004. godine, uz zahteve za teritorijalnom autonomijom Mađara i abolicijom tzv. Benešovih dekreta<sup>8</sup>. Političkom pritisku partije Mađara za osnivanje državnog mađarskog Univerziteta pogodovalo je to što su bili koalicioni partneri u vlasti i podrška Evropske komisije i tela Evropske unije pošto je Slovačka morala tokom pridruživanja Evropskoj uniji da ispuni obaveze u vezi sa garantovanjem prava manjina na obrazovanje. Politički program partije Mađara je, osim otvaranja univerziteta, podrazumevao teritorijalnu autonomiju i prihvatanje dvojnog državljanstva za Mađare iz Slovačke, što Slovačka nije uvažila.

Mađarski Univerzitet (Jánoš Selye University) osnovan je u distriktu Komárno kao prvi državni Univerzitet na mađarskom jeziku osnovan izvan Mađarske. Osnovan je zajedničkim finansijskim sredstvima Slovačke i Mađarske i otvoren 14. septembra 2004. godine. Radi se o Univerzitetu na kome se svake godine prima novih 2500 studenata. Nastava se odvija na mađarskom jeziku, a nastavničko osoblje čine Mađari, Slovaci i strani državljani koji govore engleski u komunikaciji sa studentima. Jánoš Selye University je prva visokoškolska ustanova mađarske nacionalne manjine u Slovačkoj.

<sup>8</sup> D. Bochsler, E. Szöcsik, Building inter-ethnic bridges or promoting ethno-territorial demarcation lines? Hungarian minority parties in competition, 2013, str. 15-16, [http://www.edinaszoecsik.net/wp-content/uploads/2012/10/Bochsler-and-Sz%C3%B6csik\\_14Feb2013.pdf](http://www.edinaszoecsik.net/wp-content/uploads/2012/10/Bochsler-and-Sz%C3%B6csik_14Feb2013.pdf), 15.10.2013.

D. Bochsler, E. Szöcsik, "The Forbidden Fruit of Federalism. Evidence from Romania and Slovakia", *West European Politics*, 2013/36, 442-462.

Univerzitet je akreditovan u okviru slovačkih visokoškolskih ustanova sa programima koji se odnose na osnovne akademske studije, master i doktorske studije, u okviru tri fakulteta: protestantske teologije, učiteljsko-pedagoškog fakulteta i fakulteta za biznis i ekonomiju. Priznavanje diploma olakšano je činjenicom da su programi akreditovani prema Evropskom sistemu bodova, kao i time što je multilateralnim sporazumom Slovačka izjednačila diplome sa Mađarskom, Poljskom, Slovenijom, Slovačkom i Nemačkom u okviru Evropskog prostora visokog obrazovanja.

#### 4. Status austro-bavarske manjine u Južnom Tirolu

Južni Tirol je autonomna provincija u severnoj Italiji u kojoj većinu stanovnika čine oni koji govore nemačkim jezikom (austro-bavarska manjina). Toj manjini su prava na kulturnu autonomiju i obrazovanje na maternjem jeziku priznata, tek, posle Drugog svetskog rata, međudržavnim sporazumom Italije i Austrije iz 1946. godine, a politička autonomija je ostvarena 1992. godine političkim sporazumom Italije i Austrije uz mirovno posredovanje Ujedinjenih nacija. Regulisana je *Specijalnim statutom provincije Bolzano/Bozen*.

Oblast obrazovanja je regulisana samostalnim provincijskim pravom iz 1993. godine i to za osnovne škole, a u saradnji sa italijanskim Ministarstvom nadležnim za obrazovanje preduzeta je reforma tokom 2000. godine u cilju što ranijeg učenja drugog jezika (nemačkog, odnosno italijanskog). Privatne obrazovne ustanove (osnivač je rimokatolička Crkva) deluju pod istim uslovima kao državne. Rad državnih ustanova, plate nastavnog i administrativnog osoblja i inspektora koji nadziru rad škola finansira provincija. Provincijske vlasti vrše i akreditaciju ustanova i programa. Diplome koje se stiču u obrazovnim ustanovama Južnog Tirola priznate su u Italiji, a time i u Evropskoj uniji. Nastavni programi su bilingvalni ili trilingvalni (na italijanskom, nemačkom i ladino jeziku). Neki kursevi su nemački, a neki italijanski. Pripadnici austro-bavarske i Ladino manjine zastupljeni su u školskim odborima, kao i u telima lokalne samouprave i na taj način utiču na rad obrazovnih ustanova<sup>9</sup>.

1996. je formiran Evropski region *Tirol-Južni Tirol- Tarantino*, koji šire obuhvata austrijske pokrajine *Tirol* i *Salzburg*, švajcarski

<sup>9</sup> K.Pircher, U.Huber, H. Taschler, *The German Language in Education in South Tyrol (Italy)*, Mercator- Education: European Network for Regional or Minority Languages and Education, 2002, 19-20.

kanton *Graubünden* i italijanske provincije *Trento*, *Belluno* i *Sondrio*. Sa osnivanjem Evropske regije Tirola ustanovljene su i visokoškolske ustanove. Pedagoški institut uz Kulturni savet i Univerzitet su ustanove koje usmeravaju prosvetnu politiku u Južnom Tirolu. U oblasti obrazovanja prihvaćen je multilingvalni pristup zbog toga što bi isključivo obrazovanje na maternjem jeziku onemogućilo stručnjake da rade na prostoru Evropske unije, jer se radi o arhaičnim jezicima (poput Ladino, koji je špansko-jevrejskog porekla) i narečjima, kao što je austro-bavarski dijalekt nemačkog jezika.

Slobodni Univerzitet Bozen/Bolzano u Južnom Tirolu osnovan je oktobra 1997. godine. Univerzitet čine fakulteti: učiteljsko/pedagoški (za obuku vaspitača u predškolskim ustanova i osnovnim školama), socijalne nauke, ekonomija i menadžment, turizam, dizajn i umetnost, kompjuterska tehnologija i inženjering. Posebno postoji Visoka škola za zdravstvene stručnjake („*Claudiana*“). Rad Univerziteta regulisan je Statutom Slobodnog Univerziteta donetim na osnovu odluke Osnivačkog saveta od br. 148 od 10. 5. 2001., objavljene u službenom glasilu. Kako je fakultet multilingvalan, Statutom su detaljno regulisani uslovi pod kojima se koriste u nastavi lokalni i strani jezici (pre svega engleski). Nastavno osoblje je internacionalno, osim za kurseve namenjene obuci vaspitača u predškolskim ustanovama i osnovnim školama gde su zastupljeni kandidati koji pripadaju nacionalnostima iz Tirola i to tako da nastavu proporcionalno drže studentima odgovarajuće nacionalnosti. Visokoškolska ustanova zdravstvenih stručnjaka je bilingvalna (zastupljeni su nemački i italijanski).

## 5. Status nemačke manjine u Mađarskoj

Po brojnosti, nemačka manjina u Mađarskoj je na drugom mestu, posle Roma. Čini je oko 87 000 ljudi (prema podacima iz 2001). Tzv. dunavske Švabe su naseljavane još od XI veka pa sve do XX veka na različitim područjima nekadašnje Ugarske (ali i na prostorima Češke, Rumunije i nekadašnje Jugoslavije). Od 1867. godine, a naročito posle Prvog svetskog rata bili su izloženi intenzivnoj mađarizaciji. Sa izbijanjem Drugog svetskog rata veliki broj se pridružuje nacističkom pokretu i zato su pripadnici manjine u poratnoj Mađarskoj (naročito u periodu dok je bila pod uticajem Sovjetskog saveza) bili izloženi političkom progonu. Šezdesetih godina garantovana su posebna ekonomska i kulturna prava za manjine u Mađarskoj, a u isto vreme se osnivaju nemačka udruženja

sa ciljem zaštite etničke posebnosti, posebno zato što je uočena pojava „mutavih generacija“ koje nisu dobro znale maternji jezik jer nije bio zastupljen u školskom sistemu. Sa raspadom Varšavskog ugovora, priključenjem Mađarske Savetu Evrope i, potom, Evropskoj uniji, mađarsko zakonodavstvo se menja u pravcu većeg uvažavanja prava manjina, što, između ostalog, uključuje i obrazovanje na maternjem jeziku, pa se od osamdesetih godina prošlog veka osnivaju bilingvalne škole na mađarskom i nemačkom jeziku. Interese nemačke manjine na očuvanju kulturnog nasleđa i savladavanju jezika finansijski potpomaže vlada Savezne Republike Nemačke preko nemačkih udruženja u Mađarskoj i *Generalnog kulturnog centra za Nemce koji žive u Mađarskoj (Magyarországi Németek Általános Művelődési Központja)*.

Mađarska ima zaključene ugovore o dobrosusedstvu i saradnji još od ranije sa SSSR-om i bivšom Jugoslavijom, a u međuvremenu i sa Rumunijom, Slovačkom, Srbijom, Hrvatskom, Ukrajinom, Slovenijom, kao i sa Nemačkom. Na temelju tih ugovora diplome stečene na školama u Mađarskoj priznaju se u zemljama sa kojima je zaključen ugovor o saradnji. Zakon o manjinama iz 1993. propisuje da se kulturna autonomija manjina proteže i na specifičnu regulativu primarnog, sekundarnog i tercijarnog (visokog) obrazovanja u pogledu sadržaja i strukture obrazovnih aktivnosti i načina stručnog nadzora. Zakon o visokom obrazovanju iz 2005. godine predviđa da sve visokoškolske ustanove, bez obzira da ih osniva država, lokalne zajednice manjina ili religiozne organizacije, podležu akreditaciji i registruju se u skladu sa mađarskim propisima. Studenti imaju mogućnost da koriste svoj maternji jezik ili/i mađarski. Diplome se izdaju na mađarskom i engleskom ili mađarskom i latinskom ili na mađarskom i jeziku nacionalne manjine. Akreditaciona tela i ministarstvo nadležno za obrazovanje posebno vode računa o uslovima pod kojima se odobrava osnivanje visokoškolskih ustanova za manjine ili stipendiranje studenata za studije na maternjem jeziku u inostranstvu. 2005. godine je usvojena nova zakonska regulativa kojom je Mađarska prihvatila pravila iz Evropska povelje Saveta Evrope o regionalnim i manjinskim pravima iz 1992. godine (*European Charter for Regional or Minority Languages*).

Interes Mađara i drugih nacionalnosti da se izučavanjem nemačkog jezika lakše zaposle u germanofonskim zemljama Evropske unije, doprineo je da se u Mađarskoj osnivaju gimnazije (na primer, *Thomas Mann Gymnasium*) i visokoškolske ustanove sa programima na nemačkom jeziku (*Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität* u Budimpešti). Na „Andraši Đula“ Univerzitetu se poslediplomski usavršavaju kandidati iz centralne Evrope koji su ranije stekli nemačke univerzitetske diplome (*bachelor, master*). Nastava se odvija na nemačkom jeziku, a sastav

studenta i nastavnika je internacionalni. Ima tri naučna polja: uporedno pravo i uprava, međunarodne odnose i centralno-evropske studije, a od 2009. godine priključen mu je Dunavski Institut za interdisciplinarna istraživanja. Akreditovan je prema mađarskom zakonodavstvu, a diplome se priznaju u zemljama koje su 2001. godine učestvovala u osnivanju univerziteta (u Mađarskoj, Nemačkoj, Austriji i u pokrajinama: Slobodne države Bavorske, Baden-Virtemberg i Trentino-Alte Adide - južni Tirol).

## 6. Visokoškolsko obrazovanje Rusa u baltičkim zemljama

Raspadom Sovjetskog saveza u oblasti baltičkih zemalja, naročito u Latviji i Estoniji, ostao je veliki broj Rusa koji su od 1991. godine od punopravnih građana dobili status „manjina“. „Nova“ manjina našla se u nepovoljnom položaju zbog netolerancije etničkih grupa Estonaca i Latvijaca koji su sa političkim promenama postale većinsko stanovništvo u novim nacionalnim državama<sup>10</sup>. Pri tome ruska populacija u Latviji čini 27,6% ukupnog broja građana, a slično je i u Estoniji (28%). Oni naseljavaju gradska područja, tako da predstavljaju 40% stanovništva u četiri najveća grada Latvije, dok su u Estoniji pretežnim delom naseljeni oko grada Narve (gde čine 95% stanovništva). Istorijski razlozi (sovjetska okupacija baltičkih zemalja 1940. godine, jačanje nacističkog pokreta, naročito u Estoniji tokom Drugog svetskog rata, hegemonija Sovjetskog saveza posle Drugog svetskog rata) uticali su da su političke promene u Latviji i Estoniji posle sticanja nezavisnosti dovele do ukidanja prava Rusa na obrazovanje na maternjem, ruskom jeziku, koji je dotle bio jezik u službenoj upotrebi. Za službeni jezik proglašen je latvijski, odnosno estonski pa je u svim školama postalo obavezno učenje tog jezika. Monolingvalnost je pravilo u estonskim obrazovnim ustanovama (sa izuzetkom pojedinih osnovnih škola gde je zastupljena i bilingvalnost), dok se u Latviji dozvoljava bilingvalnost (latvijski i ruski jezik) i multilingvalnost<sup>11</sup>. Korišćenje ruskog jezika je po zakonskim normama izjednačeno sa kineskim ili arapskim, na primer, jer su samo baltički Rusi čiji su preci bili nastanjeni do 1940. godine na području Estonije, odnosno

<sup>10</sup> Na tu čestu posledica nastanka „novih“ manjina s pravom ukazuje B. Krivokapić u: „Jedan pogled na razlikovanje 'starih' i 'novih' manjina“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2005, god. 45, 96.

<sup>11</sup> „Minority language in the Baltics: a delicate matter“. Mercator, European Research Centre on Multilingualism and Language Learning, , 2012, 1, <http://www.mercator-research.eu/minority-languages/language-factsheets/minority-languages-in-education-in-the-baltics/>, 25. 4. 2013.

Latvije, dobili nacionalna državljanstva tih zemalja, dok su ostali tretirani kao stranci. Kasnije naseljeni Rusi i njihovo potomstvo svrstani su u strane državljane, a baltički Rusi su postali manjina u zemljama u kojima čine trećinu stanovništva. Time su dovedeni u nepovoljnu situaciju, jer dotle nisu imali potrebe da uče latvijski ili estonski jezik (budući da je ruski bio službeni jezik). I u historijskom smislu postojao je nazadak jer je u Latviji u periodu od 1918 do 1940. godine postojao, osim državnog latvijskog i nemački i ruski univerzitet, dok su Estoniji delovale mešovite bilingvalne škole (estonsko-ruske, estonsko-nemačke, estonsko-švedske, latvijsko-ruske, jidiš-nemačko-ruske). Uprkos naporima ruske zajednice u Latviji od 1991. godine, izvesni pomaci su ostvareni samo na nivou osnovnog i srednjeg obrazovanja: državne visokoškolske ustanove imaju isključivo nastavu na latvijskom, uz dopunske programe na jezicima manjina. U Estoniji, gde postoje još izrazitija politička trvenja između ruskog stanovništva i estonskih nacionalista, situacija je još teža, jer nema srednjih državnih škola na kojima se nastava izvodi isključivo na ruskom jeziku. Što se tiče visokoškolskih državnih ustanova nastava se izvodi na estonskom jeziku (pa se, na primer, na Tartu univerzitetu studentima kojima je ruski maternji jezik omogućava da prve godine imaju pripremnu nastavu na kojoj uče estonski). Izuzetak predstavljaju Pedagoški univerzitet i Tehnički univerzitet u Talinu na kojima postoje pojedine grupe koje nastavu slušaju na ruskom ili programi specijalizacije. Utoliko je značajniji sektor privatnih visokoškolskih ustanova u kojima gotovo polovinu studenata čine pripadnici ruske manjine, gde se nastava organizuje i na ruskom jeziku (primeri su Sillamae institut za ekonomiku i menadžment i Internacionalni Univerzitet društvenih nauka LEX)<sup>12</sup>.

Za razliku od primera iz Rumunije i Slovačke, pripajanje Latvije i Estonije Evropskoj uniji nije rešilo problem visokoškolskog obrazovanja Rusa na maternjem ruskom jeziku, niti su tome doprineli pritisci OEBS-a<sup>13</sup>. On je i politički stavljen u drugi plan, jer je multilingvalno studiranje omogućilo studentima da steknu diplome sa kojima mogu konkurisati na jedinstvenom tržištu Evropske unije. Osim toga, oni u socio-ekonomskom pogledu ne gravitiraju ka Rusiji, između ostalog i zbog toga što međudržavni sporazum o priznanju diploma nije potpisan između Rusije,

<sup>12</sup> A. Kirch, "The Russian minority in Estonia: A New linguistic reality, changing identities, and the European Union", 66, in: P. Sinisalo-Katajaisto (eds.), *Russian-Speaking Immigrant Population in Finland* (Seminar in Helsinki, 25-26 September 2003), Helsinki: Venäjän ja Itä-Euroopan Instituutti.

<sup>13</sup> Položaj ruske manjine popravio se utoliko što su u Latviji i Estoniji u skladu sa Akcionim planom jezičke različitosti, pod pokroviteljstvom Evropske komisije, razvijeni programi multilingvalnog obrazovanja pa je to posredan put da se očuva pravo na vlastiti jezik i kulturu („Minority language in the Baltics: a delicate matter“, o. c., 4)

sa jedne i Latvije i Estonije, sa druge strane<sup>14</sup>. Sa druge strane, kulturna saradnja između Rusije, Latvije i Estonije je održana, što je značajno za baltičke Ruse. Umesto "bitke" oko visokog obrazovanja, ojačan je ekonomski uticaj Rusa, koji su vodeći privrednici u Latviji. Da je privatna inicijativa dominantna, pokazuje primer Međunarodnog ruskog instituta, koji deluje kao multilingvalni, u skladu sa latvijskim zakonodavstvom.

*Baltic International Academy*<sup>15</sup> osnovana je 1992. godine u Rigi kao nevladina visokoškolska ustanova, zahvaljujući izmenama latvijskog zakonodavstva kojima je zbog potrebe pridruživanja Evropskoj uniji moralo da bude dozvoljeno osnivanje privatnih visokoškolskih ustanova. Od 2006. godine Akademija nosi naziv *Baltic Russian Institute*. Predstavlja najveću visokoškolsku ustanovu na području baltičkih država i istočne evrope sa oko 4,500 studenata, od kojih ima 450 stranih studenata iz 22 zemlje širom sveta. Nastavno osoblje (njih oko 300) čine internacionalni stručnjaci. Akreditovana je prema latvijskom zakonu i raspolaže vremenski neograničenom akreditacijom. Osim centra u Rigi ima odeljenja u drugim gradovima Lavije: Daugavpils, Liepaja, Rezekne, Jekabpils, Ventspils, Smiltene, Jelgava. Nudi studijske programe prvog i drugog nivoa visokoškolskog obrazovanja (u trajanju od 2-2,5, odnosno 4-4,5 godina), programe stručnog i akademskog visokoškolskog obrazovanja (trajanje 3-4,5 godina), kao i akademske i stručne programe na nivou master i doktorskih studija.

Studije se realizuju multilingvalno prema programu „*Eurolingua*“ , tako da grupe studenata koji nastavu prate na ruskom imaju 75% časova na tom jeziku, a ostatak na latvijskom i engleskom, dok se za grupe koje nastavu prate na engleskom jeziku pretežni deo nastave (75%) odvija na engleskom, a ostatak (25% na ruskom i latvijskom).

## 7. Osnivanje ruskih Univerziteta u bivšim sovjetskim republikama

Rusko-jermenski Univerzitet je jedinstvena institucija u regionu južnog Kavkaza, koju su zajedno osnovale vlasti Ruske Federacije i

<sup>14</sup> Potpuno drugačiji primer pruža Kirgistan, gde je i posle raspada Sovjetskog Saveza ruski jezik zadržan kao službeni, a državljanstvo Kirgistana je ponuđeno svakom državljaninu bivšeg Sovjetskog Saveza koji se u Kirgistanu nalazio. Svaki student ima opciju da se opredeli hoće li studirati uz korišćenje kirgiskog, ruskog ili na nekom stranom jeziku. Istovremeno, međudržavnim sporazumom sa Rusijom obezbeđeno je međusobno priznanje diploma. Zbog toga se zadržava stabilna ruska manjina u Kirgistanu, dok je u Latviji primećeno iseljavanje.

<sup>15</sup> Baltic International Academy, [www.bsa.edu.lv/](http://www.bsa.edu.lv/), 25. 4. 2013.

Republike Jermenije. Odluka o uspostavljanju ovog Univerziteta je doneta 1997.godine, kada su Vlade Ruske Federacije i Republike Jermenije potpisale sporazum o otvaranju ruskog Univerziteta u Jermeniji. Prvi upis studenata na Univerzitet usledio je 1999.godine na pravne nauke, javno i komunalno pravo i novinarstvo. Od tada Univerzitet neprekidno raste i obuhvata nove grane učenja i istraživanja. Danas ovaj Univerzitet nudi širok spektar osnovnih i posle diplomskih programa. Postoji 20 akademskih odeljenja i 11 fakulteta. Univerzitet nudi obuku u skoro svim granama modernih i humanističkih nauka. Univerzitet ima osnovne četvorogodišnje studije, kao i master koji traje dve godine. Diplomirani studenti i masteri imaju mogućnost da školovanje nastave u Rusiji ili u drugim zemljama. Na Univerzitetu rade profesori iz Rusije i Jermenije. Univerzitet se nalazi u Jerevanu<sup>16</sup>.

Kazahstansko-ruski Internacionalni Univerzitet (KRIU) jedna je od prvih nedržavnih institucija visokog obrazovanja u Republici Kazahstan, koja je osnovana 1994.godine. Ovo ime je dato kasnije, a na početku se radilo o Aktobe ogranku Međunarodnog instituta za menadžment, biznis i pravo koji je osnovan zajedno sa ukrajinskim kolegama. Danas na KRIU studira preko 2500 studenata. NA KRIU postoje 16 programa, a, između ostalog, to su: pravo, umetnost, socijalne nauke i biznis, industrijska nauke i tehnologija, usluge, itd. Glavni partneri KRIU u razvoju i primeni obrazovne tehnologije su Centar za neuro-lingvističko programiranje u obrazovanju iz Moskve i Akademija za pedagoške nauke iz Alma Ate<sup>17</sup>.

Plehanov Ruski Univerzitet Ekonomije je javni Univerzitet sa sedištem u Moskvi. Jedna je od najvećih ruskih ekonomskih institucija visokog obrazovanja i član više međunarodnih univerzitetskih tela kao što su Asocijacija evropskih univerziteta i Evropska fondacija za razvoj menadžmenta. Više puta je promenio ime, a današnje ime koristi od 2010. godine. Ima 14 odeljenja sa preko 13000 studenata. Ima svoj departman u Taškentu u Uzbekistanu. On je osnovan 1995.godine. Do danas je ova institucija stekla vodeće mesto u obrazovanju u Uzbekistanu. Po odluci Kabineta ministara Uzbekistana od 5.septembra 2002.godine, departman Plehanov Ruskog Univerziteta Ekonomije u Taškentu ima pravo za realizovanje visokog obrazovanja u Uzbekistanu, kao i da izdaje diplomu visoke stručne spreme. Uzbekistan ovu diplomu priznaje kao svoju<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Russian-Armenian (Slavonic) University, <http://www.rau.am/index.php?l=0&ll=1&l2=125>, 15.06.2013.

<sup>17</sup> Kazakh-Russian International University [http://www.eua.be/Libraries/Newsletter/Information\\_KRIU\\_English.sflb.ashx](http://www.eua.be/Libraries/Newsletter/Information_KRIU_English.sflb.ashx), 13.06.2013.

<sup>18</sup> Plekhanov Russian University of Economics, <http://www.rea.ru/Main.aspx?page=English>, 13.06.2013.

Kirgistanско-ruski slovenski Univerzitet je jedna od prestižnih institucija u oblasti visokog obrazovanja u Kirgistanu. Otvoren je 1993. godine na osnovu Ugovora o prijateljstvu, saradnji i uzajamnoj pomoći između Kirgistana i Ruske federacije. Univerzitet je državna institucija za visoko-stručno obrazovanje pod zajedničkom jurisdikcijom Rusije i Kirgistana, a funkcioniše u skladu sa nastavnim planovima i programima na osnovu obrazovnih standarda u ove dve države. Univerzitet obezbeđuje obrazovanje na taj način da se deo studenata finansira iz budžeta a deo plaća studije. Nastava se izvodi na ruskom jeziku. Studenti-diplomci dobijaju dve diplome i Ruske Federacije i Kirgistana. Univerzitet blisko saraduje sa Moskovskim državnim univerzitetom Lomonosov, Moskovskim državnim tehničkim univerzitetom SI Bauman, Diplomatskom akademijom u okviru Ministarstva inostranih poslova Rusije, Moskovskim državnim institutom za međunarodne odnose, Ruskim Univerzitetom Ekonomije Plehanov, Moskovskim Internacionalnim univerzitetom. Sedište Univerziteta je u Biškeku<sup>19</sup>.

Belorusko-ruski Univerzitet. Mogilev Mašinski Institut je osnovan 1.septembra 1961.godine od strane saveta ministara SSSR i BSSR. Po nalogu ministra prosvete Republike Belorusije 17.maja 2000.godine, Mogilev Mašinski Institut je pretvoren u Mogilev državni univerzitet nakon što je akreditovan u skladu sa statusom visokoškolske ustanove univerzitetskog tipa. Prema sporazumu vlada Belorusije i Ruske Federacije, koji je potpisan 19.januara 2001.godine, Mogilev Univerzitet je reorganizovan u državnu instituciju visoko stručnog obrazovanja „Belorusko-ruski Univerzitet“. Belorusko-ruski Univerzitet je najveći regionalni naučni i tehnički centar. U 2009. godini Univerzitetu su izdata dva međunarodna sertifikata o kvalitetu: prvi je od Udruženja „Russian Register“, a drugi - IQNet – the International Certification Network. Izdavanje ovih sertifikata je potvrda da su 34 zemlje sveta priznale ovaj Univerzitet koji ima efikasnu organizacionu i upravljačku strukturu. Belorusko-ruski Univerzitet ima 6 fakulteta na kojima se izvodi redovna nastava. To su: automašinstvo; mašinstvo; građevina; elektrotehnika; ekonomija; ekonomija i inženjering. Studentima su na raspolaganju 18 smerova prema beloruskim standardima obrazovanja i 7 prema ruskim standardima<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Kyrgyz-Russian Slavic University,  
<http://www.eu-casia.org/Kyrgyz-RussianSlavicUniversity>, 15.06.2013.

<sup>20</sup> State Institution of Higher Professional Education “Belarusian-Russian University”  
<http://www.bru.mogilev.by/en/index.php>, 13.06.2013.

## 8. Komrat Državni Univerzitet u Moldaviji

Komrat Državni Univerzitet u Moldaviji je naslednik Gagauz Nacionalnog univerziteta koji je osnovan odlukom Fondacije ruskog nacionalnog obrazovanja i Izvršnog komiteta Komrat regionalnog saveta 11.februara 1991.godine. Svojom Rezolucijom, Vlada Republike Moldavije je ovom univerzitetu dala status državnog. Univerzitet ima 4 fakulteta: Fakultet nacionalne kulture, Pravni fakultet, Ekonomski fakultet i poljoprivredno-tehnološki fakultet. Svi studenti uče jezik Gagauzi, koji je zvanični jezik Gagauzije u Moldaviji, a skoro sva nastava se odvija na ruskom jeziku. Studenti imaju predmet koji se odnosi na navedeni jezik i književnost, a pored toga, seminarski radovi, kao i diplomski radovi se pišu na tom jeziku<sup>21</sup>. Narod Gagauzi živi u južnoj Moldaviji, a takođe i u jugozapadnoj Ukrajini, jugoistočnoj Rumuniji i severnoistočnoj Bugarskoj. Takođe, žive i u evropskom delu Turske. Oni su pravoslavni hrišćani. U Moldaviji živi oko 150.000 pripadnika ovog naroda.

## 9. Položaj manjina, grupa i zajednica u pojedinim zemljama EU

Razvijene evropske države imaju različitu politiku kad je u pitanju status manjina, nacionalnih zajednica i grupa u oblasti visokog obrazovanja. Neke od njih insistiraju na jednakosti svih građana, bez obzira na etničko poreklo, druge prizanju određena prava manjinama u ovoj oblasti, dok neke od evropskih država prizanju pravo na korišćenje jezika (kao što je slučaj u Belgiji). No, mi ćemo predstaviti i zemlje u kojima se ne definišu, striktno, pravila za osnivanje univerziteta i visokih škola, već se donose akti koji uopšte određuju prava pojedinih manjina na obrazovanje, kao i zemlje koje su sklopile ugovor sa matičnom državom (državom porekla manjina) kojima se regulišu ova prava. Radi se o Danskoj i Nemačkoj. Međutim, prvo ćemo posvetiti pažnju Finskoj, čija su rešenja koja regulišu prava manjina u visokom obrazovanju, naročito na Alandskim ostrvima, veoma interesantna.

Finska. U etničkom smislu Finska predstavlja jednu od najhomogenijih evropskih država, pri čemu se podaci o etničkoj strukturi mogu dobiti samo posrednim putem budući da Finska ne priznaje postojanje nacionalnih manjina, već samo diferenciranje stanovništva

<sup>21</sup> Comrat State University, <http://www.inure.uni-koblenz.de/sites/inure.uni-koblenz.de/files/14-Comrat%20State%20University.pdf>, 15.06.2013.

prema maternjem jeziku. Od svih manjina u Finskoj najznačajnija je švedska (oko 6 % ukupnog stanovništva), ne samo zbog broja, već i što je njen položaj vrlo specifičan. Njihova je najveća koncentracija (preko 95 % stanovništva) na Alandskim ostrvima (Aland), koja su jedinstvena sa aspekta manjinskih prava i veoma široke autonomije.

Postoje odgovarajuće visokoškolske ustanove na švedskom jeziku. Helsinški univerzitet i Tehnološki univerzitet su dvojezični, a još od 1918. godine u mestu Abo (Turku) radi poseban univerzitet na švedskom jeziku (Abo Akademi University). A u Helsinkiju radi švedska visoka škola u oblasti trgovine. Dvojezično univerzitetsko obrazovanje se može steći i u gradu Vassa. Na nekim drugim visokoškolskim ustanovama postoji mogućnost da se ispiti polažu na švedskom jeziku. Švedski univerzitet ima 6 fakulteta, a Helsingforski univerzitet u Helsinkiju ima 25 katedri na kojima se predaje na švedskom jeziku<sup>22</sup>.

Posebno su zanimljiva Alandska ostrva i položaj švedske „manjine“ na njima. Možda bi neki model ovog rešenja mogao biti primenjen i na našu situaciju, kad je u pitanju visoko obrazovanje i status srpskih opština. Naime, po Zakonu o autonomiji Alanda, zvanični jezik na tom području je švedski. Po tom osnovu je rešeno pitanje jezika na kome se odvija obrazovni proces na ovim ostrvima. Ali, ne daje se nikakva garancija za nastavu na finskom jeziku. Navedeno Zakon garantuje da lice koje završi obrazovanje na Alandskim ostrvima, može nastaviti školovanje na švedskom jeziku ili na nekoj ustanovi gde se dvojezično odvija nastava, čak i ako ne poznaje dovoljno dobro finski jezik. Na Alandskim ostrvima je problem zbog Finaca koji moraju da pohađaju nastavu na švedskom jeziku<sup>23</sup>.

Danska manjina u Nemačkoj. U nemačkoj pokrajini Šlezing Holštajn živi mešovito dansko i nemačko stanovništvo. Deklaracija o položaju danske manjine u Nemačkoj usvojena je u Kulu 1949. godine. Drugi odeljak, tačka 3 ove Deklaracije posvećena je pravu danske manjine na obrazovanje. Ova deklaracija predstavlja pravni osnov za definisanje položaja druge manjine u ovoj nemačkoj pokrajini – Frizijaca. Ovom Deklaracijom nije predviđeno osnivanje univerziteta za dansku manjinu, ali, ono što je interesantno, odnosi se na činjenicu da danska Vlada izdvaja značajna finansijska sredstva za pomoć prosvetnim organizacijama danske manjine u Nemačkoj<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> B. Krivokapić, 204-205

<sup>23</sup> B. Krivokapić, 206-207

<sup>24</sup> D. Marković-Bajalović, Položaj etničkih manjina u obrazovanju (uporedna analiza), tom II, Službeni glasnik, Institut za uporedno pravo, Beograd 2000., 131-135

Poljska manjina u Nemačkoj. Poljska manjina je u Nemačkoj daleko brojnija od ostalih. Oni su, uglavnom, imigrantskog porekla. Najviše njih se naselilo u Rurskoj oblasti krajem XIX veka, a manji deo se nastanio u Nemačkoj nakon Drugog svetskog rata. Godine 1991. je između Nemačke i Poljske zaključen Ugovor o dobrosusedskim odnosima i prijateljskoj saradnji. Njime se predviđa i pravo poljske manjine na obrazovanje, odnosno da formiraju sopstvene obrazovne ustanove (čl.20., 21., 25.). Iz ovih odredaba se može zaključiti da se imalo u vidu formiranje privatnih ustanova, koje mogu da dobijaju pomoć od države matice. Predviđena je i finansijska subvencija od strane države domaćina, ali samo, ako je to u skladu sa njenim unutrašnjim propisima. Što se tiče visokoškolskog obrazovanja, predviđena je mogućnost studiranja germanistike, odnosno, polonistike. Kad je u pitanju izvršenje ovog Ugovora, iz odredaba proizlazi da on nije dovoljno obavezan u pogledu omogućavanja posebnog statusa mnjina u obrazovanju. Problem je u tome, što se mnogo toga ograničava primenom unutrašnjih propisa. Sve zavisi od političke volje strana ugovornica. Ipak, Poljska je donela posebno zakonodavstvo u cilju izvršenja Ugovora. Osnovno pitanje je pitanje finansiranja. Pravo na javno subvencionisanje privatnih škola u Nemačkoj, uslovljeno je priznavanjem tih škola od strane države<sup>25</sup>.

## 10. Strani univerziteti na Kosovu

Izdvojili smo dva strana Univerziteta koji funkcionišu na Kosovu i koji su direktno povezani sa stranim institucijama. Pre svega, Američki univerzitet na Kosovu je privatni univerzitet i nalazi se u delu Prištine Germia. Osnovan je 2002.godine, a povezan je sa Ročester institutom za tehnologiju iz Njujorka. Radi se o neprofitnoj organizaciji, nastava se odvija na engleskom jeziku, a nastavni plan i program, kao i silabusi predmeta su preuzeti od navedenog Instituta. Godine 2003., ovaj Univerzitet je imao 57 upisanih studenata, a do danas se taj broj uvećao više od deset puta, tako da danas na ovom Univerzitetu studira i više desetina postdiplomaca. Ovaj Univerzitet nudi i više nestepenovanih kurseva iz oblasti informacione tehnologije i menadžmenta, a sertifikati o položenim kursevima su međunarodno priznati. Početna sredstva za ovaj Univerzitet obezbeđena su iz Fonda za Kosovo, a kasnije sredstva za rad

<sup>25</sup> D.Marković-Bajalović, 148-150

je obezbedio i USAID<sup>26</sup>. Predsednik Univerziteta je bivši senator SAD iz Mejna.

Drugi Univerzitet je Kraljevski univerzitet Ilirija, koji je, takođe, privatni univerzitet u Prištini, a pod patronatom je albanske kraljevske porodice. Albanski princ Leka I je ovlastio Univerzitet da kao grb mogu koristiti pečat kraljevske porodice. Ovaj Univerzitet je članica Balkanske mreže univerziteta čiji su članovi i državni univerziteti iz Srbije<sup>27</sup>.

## **11. Državni univerzitet u Tetovu, Makedonija**

Univerzitet u Tetovu osnovala je 1994. godine grupa albanskih intelektualaca koje je predvodio budući rektor Univerziteta Fadil Sulejmani. U julu 2000. godine, međunarodna zajednica obezbedila je sredstva za osnivanje Univerziteta jugoistočne Evrope u Tetovu. Međutim, Albanci su ga, uglavnom, izbegavali smatrajući ga neadekvatnim i tvrdeći da bi obrazovanje trebalo finansirati iz državnog budžeta umesto privatnih institucija. Makedonska vlada je legalizovala 2004.godine Univerzitet u Tetovu, koji pohađaju studenti, pre svega, iz redova albanske etničke manjine. Državni univerzitet u Tetovu u svom sastavu ima 11 fakulteta: Ekonomski fakultet, Pravni fakultet, Fakultet primenjenih nauka, Fakultet umetnosti, Filozofski fakultet, Filološki fakultet, Fakultet medicinskih nauka, Prirodno-matematički fakultet, Fakultet prehrambene tehnologije, Fakultet fizičke kulture, Fakultet poslovne administracije<sup>28</sup>.

## **12. Zaključak**

Položaj nacionalnih manjina, zajednica i grupa u oblasti visokog obrazovanja je različit od zemlje do zemlje i zavisi kako od regulisanja ove oblasti u samoj zemlji, gde manjina ostvaruje svoja prava, tako i od dogovora te zemlje sa zemljom maticom, odnosno, zemljom porekla manjine, kao i od političkih okolnosti. Mora se, naročito, primetiti razlika između Univerziteta u bivšim sovjetskim republikama u kojima su

---

<sup>26</sup> American Education in Kosovo, <http://www.aukonline.org/web/home/overview/history-and-mission.html>, 15.06.2013.

<sup>27</sup> Kolegji ILIRIA, <http://www.uiliria.org/ui/>, 10.06.2013.

<sup>28</sup> State University of Tetova, <http://unite.edu.mk/en/index.php?news=3069>, 10.06.2013.

osnovane ove institucije na kojima se može studirati na ruskom jeziku, kao i na drugim jezicima manjina (misli se na narod Gagauz u Moldaviji), od situacije koju imamo u zemljama EU. Isto tako, mora se istaći osnivanje Univerziteta u Tetovu i rad stranih Univerziteta na Kosovu.

Rešenje ovog pitanja, koje je od izuzetnog značaja za Republiku Srbiju i status Srba na Kosovu, zavisi od mnogih činilaca, koji su, pre svega, politički. Činjenica je da država u kojoj živi manjina određuje pravila po kome će se osnivati Univerziteti, kao i način funkcionisanja i finansiranja tih institucija. Takođe, kao što smo rekli na početku rada, ovo pitanje zavisi i od dogovora dve vlasti, države u kojoj žive pripadnici tih zajednica i matične države. Možda se iskustvo neke od bivših sovjetskih republika može iskoristiti i u našem slučaju.

**Prof. Nataša Mrvić-Petrović, Ph.D**, Principal Research Fellow  
Institute of Comparative Law, Beograd

**Prof. Vladimir Čolović, Ph.D**, Principal Research Fellow  
Institute of Comparative Law, Beograd

## **STATUS OF NATIONAL MINORITIES, GROUPS AND COMMUNITIES IN AREA OF HIGHER EDUCATION**

### Summary

The status of national minorities, groups and communities in higher education depends on many factors. First of all, it depends on the state in which members of the above minority groups and communities live, i.e., on its willingness to allow the establishment of Universities, in which to educate the members of these nations and, also, others. Equally, their status depends on the agreement between the two states, one in which they live and the other, the mother country. The authors are made an analysis of the status of ethnic minorities, groups and communities in some European countries. Particular attention was paid to the situation in Romania, Hungary, and the former Soviet republics in this area. In addition, attention was paid to institutions of higher education in the

Republic of Macedonia, and Kosovo. The main question raised in this article, refers to the fact of independence of these institutions in relation to the educational system, which was established in the territory in which they live these minority groups and communities, and how they can be related to their home countries. This issue is of great importance to the position of Serbs in Kosovo in this field.

**Key words:** minorities, groups, communities, University, higher education, mother country.



## ЗНАЧАЈ РАТИФИКАЦИЈЕ КОНВЕНЦИЈЕ САВЕТА ЕВРОПЕ О СПРЕЧАВАЊУ И БОРБИ ПРОТИВ НАСИЉА НАД ЖЕНАМА И НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

### Апстракт

*Насиље у породици представља озбиљан друштвени феномен чије су последице разарајуће за породицу и физички и емоционални интегритет свих њених чланова. Насиље над женама присутно је у свим развојним фазама друштва и представља израз историјске неједнакости полова. Особе женског пола, без обзира на узраст, изложене су разним облицима физичког, сексуалног, психолошког и економског насиља, независно од националне, верске, расне, културне и статусне припадности. Нова Конвенција Савета Европе представља још један корак напред у елиминисању неједнакости између жена и мушкараца. Њеним усвајањем се признаје друштвени значај породичног насиља, а посредно се саопштава да постојећи правни инструменти у овој области нису дали очекиване резултате. Република Србија је потписница Конвенције, а у чланку се разматра значај њене ратификације.*

**Кључне речи:** *Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, породично насиље, заштита права жена.*

### 1. Уводне напомене

Према подацима Светске здравствене организације, различите студије показују да је у просеку између 10 и 50% жена искусило

<sup>1</sup> Научни сарадник у Институту за упоредно право у Београду

неки облик физичког насиља од стране партнера, да је између 12 и 25% жена подвргнуто покушају или самом присилном сексуалном односу, такође од својих бивших или садашњих партнера, а да распрострањеност присилне проституције и трговине женама расте из године у годину.<sup>2</sup>

Године 1993. године донета је Декларација о елиминисању насиља против жена<sup>3</sup>, која је проистекла из Конвенције о укидању свих облика дискриминације жена.<sup>4</sup> Ова Конвенција се бавила женским људским правима и дефиницијом дискриминације жена.

Обим насиља над женама је тешко утврдити, јер се већина насилних радњи одвија у кругу породице, па је велики број насиља остао незабележен или непријављен услед срама, страха, осећаја кривице или недостатка информација о адекватним службама помоћи. Последице оваквог насиља су многобројне, а неке попримају трајни карактер и имају хроничне манифестације, као, на пример, дисоцијативна стања, анксиозност, напади панике, поремећаји спавања или исхране, депресија, злоупотреба алкохола, таблета, дрога, покушај суицида и самоповређивања, сексуална дисфункција и спонтани побачаји. Тешко је разумети зашто жена остаје у ситуацији насиља и враћа се у њу и након одласка од куће. Разлози могу бити недостатак система подршке, страх да им се неће веровати, претње починиоца и разне радње застрашивања према жени, деци и породици, као и нада да ће се насилник променити.

Породични закон (даље: ПЗ)<sup>5</sup> дефинише насиље у породици као „понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице“. Титулари права на породичноправну заштиту су, према чл.197 ст.3

<sup>2</sup> Violence against women, [www.who.int/inf-fs/en/fact239.html](http://www.who.int/inf-fs/en/fact239.html), 15.09.2013.

<sup>3</sup> Декларација о елиминисању насиља против жена, УН, 1993. године

<sup>4</sup> Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена, УН, 1979. године (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 11/1981). Ова Конвенција под изразом дискриминација жена подразумева сваку разлику, искључење или ограничење у погледу пола, што има за последицу или циљ да угрози или онемогући признање, остварење или вршење од стране жена, људских права и основних слобода на политичком, економском, друштвеном, културном, грађанском или другом пољу, без обзира на њихово брачно стање (чл. 1). Опциони протокол уз Конвенцију о елиминисању свих облика дискриминације жена, усвојен је од стране Генералне скупштине резолуцијом 54/4 од 6. октобра 1999. године. Такође, постоји и више општих препорука које су усвојене од стране Комитета за елиминацију дискриминације жена. Општа препорука бр. 12 из 1989. године односи се на насиље над женама.

<sup>5</sup> Породични закон, Сл. гласник РС, бр. 18/05.

ПЗ, поред супружника, деце, родитеља и крвних сродника и следећа лица: бивши супружници, лица у адоптивном и тазбинском сродству, лица која везује хранитељство, лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству, ванбрачни партнери и бивши ванбрачни партнери и лица која су била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, која имају заједничко дете или је оно на путу.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Породични закон је поред опште дефиниције насиља у породици одредио приоритетне заштићене вредности: телесни интегритет, душевни интегритет и заштиту здравља. Закон је дефинисао карактеристичне облике насиља и то: наношење телесних повреда; покушај наношења телесних повреда; присиљавање на сексуални однос; навођење на сексуални однос лица које није навршило 14 година живота или немоћног лица; ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима, вређање; свако друго дрско, безобразно и злонамерно понашање. Циљ мера породичноправне заштите је, превасходно, да се жртва насиља у породици заштити од физичког и психичког малтретирања и угрожавања интегритета, здравља и личне безбедности, али и да се обезбеди спречавање поновног извршења насиља у породици и елиминису узроци и околности који доводе до могућег понављања насиља. Законодавац је таксативно прописао врсте мера и то: издавање налога за исељење из породичног стана или куће, без обзира на право својине односно закупа непокретности; издавање налога за усељење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретности; забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености; забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице; забрана даљег узнемиравања члана породице.

Мере породичноправне заштите од насиља у породици у погледу времена трајања одређује суд са максималним трајањем од годину дана. Мере се могу продужавати неограничен број пута, све док не престану разлози за одређивање истих. Суд може истовремено одредити више мера. Одређивање ових мера зависи од врсте и облика испољавања насиља, затим од околности под којима је насиље извршено. Такође, од значаја је и субјективни однос насилника према извршеном насиљу (кајање, давање обећања...итд.). Суд посебно врши процену опасности од понављања насиља, што представља одлучујући фактор за одређивање врсте заштитних мера и одређивање више врста мера.

Поред грађанскоправне заштите законодавац је посебно предвидео и кривичноправну заштиту.<sup>7</sup>

Насиље у породици није изричито предвиђено као прекршај, али се може квалификовати као прекршај против јавног реда и мира, уколико су испуњени услови из Закона о јавном реду и миру<sup>8</sup>, односно, ако је прекршај настао свађом или виком при чему је јавни ред и мир нарушен и уколико се угрожава безбедност грађана. Овде је прекршајни поступак флексибилнији и мање формализован, али не искључује вођење кривичног поступка. И у прекршајном поступку насилнику се може изрећи као заштитна мера обавезно лечење алкохоличара и наркомана.<sup>9</sup> Ова мера се изриче лицу које је учинило прекршај услед зависности од сталне употребе алкохола или наркотика, који тиме нарушава здравље или постаје опасан за околину и код кога постоји опасност да ће наставити са вршењем прекршаја.

Уколико учинилац одбије лечење без оправданих разлога, мера се извршава принудно.

Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици представља први

<sup>7</sup> За све облике насиља у породици предвиђене Кривичним закоником Србије одређено је гоњење по службеној дужности. И када је у питању психичко злостављање (угрожавање или повређивање душевног интегритета), кривични поступак покреће и води државни тужилац. Преузимајући гоњење, држава јасно показује да насиље у породици третира као озбиљно, друштвено штетно понашање. Такође, шаље се јасна порука насилницима, да се насиље у породици неће толерисати, односно да ће се према њима предузети све мере кривичног репресивног апарата, као и да ће се јавним гоњењем жртве охрабрити да изађу из насилног односа, ослањајући се на недвосмислену помоћ и подршку државних институција.

Кривично дело насиља у породици предвиђено је чланом 194 КЗ РС. За основни облик прописана је новчана казна или казна затвора дод годину дана. Када је при извршењу дела коришћено оружје, опасно оруђе или средство подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши, учинилац ће се казнити затвором од три месеци до три године. Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила тешка телесна повреда или трајно и тешко нарушавање здравља члана породице или је дело извршено према малолетнику, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година. Ако је услед дела из став 1. и 2. овог члана наступила смрт члана породице, учинилац ће се казнити затвором од три до дванаест година. Ко прекрши мере заштите од насиља у породици које му је суд одредио на основу закона, казниће се новчаном казном или затвором до шест месеци.

Кривичне санкције које могу бити изречене за насиље у породици, поред предвиђене новчане и затворске казне јесу и изрицање условне осуде, а када је у питању само новчана казна, тада је могуће изрицање само судске опомене. Ако је суд констатовао неурачунљивост може бити изречена и мера безбедности обавезног лечења и чувања у здравственој установи. Када је изречена затворска казна или условна осуда, суд може изрећи, и без предлога тужиоца, меру безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана.

<sup>8</sup> Закон о јавном реду и миру, Службени гласник РС, бр. 51/92.

<sup>9</sup> Закон о прекршајима, Службени гласник СРС, бр.44/89. и Службени гласник РС бр.21/90,11/92,20/93,53/93,28/94,36/98,44/98.

правнообавезујући документ на европском континенту, који се бави превенцијом насиља над женама, њиховом заштитом и кажњавањем починилаца.

## 2. Унапређење правне заштите у области родне равноправности на националном и међународном нивоу

На националном нивоу у области заштите жена релевантне су одредбе Устава, антидискриминационих закона, али и других законских прописа који у овом случају представљају субсидијерно законодавство. Члан 21 Устава Републике Србије прописује да су сви једнаки пред Уставом и законом и да право на једнаку правну заштиту уживају сви, без дискриминације. Устав забрањује непосредну и посредну дискриминацију по било ком основу, али не и дискриминацију на основу рода.<sup>10</sup>

Када говоримо о антидискриминационом законодавству у Републици Србији, три су кључна закона у овој области. Закон о забрани дискриминације<sup>11</sup> дефинише појам дискриминације као „свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно, пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства) у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиских лица, на отворен или прикривен начин, а заснива се на стварним, односно, претпостављеним личним својствима“. Закон препознаје дискриминацију на основу пола као посебан облик дискриминације. Она представља поступање противно начелу равноправности полова, односно начелу поштовања једнаких права и слобода жена и мушкараца у политичком, економском, културном и другом аспекту јавног, професионалног, приватног и породичног живота.

Закон о равноправности полова<sup>12</sup> дефинише појмове род и пол, равноправност полова, дискриминацију на основу пола, насиље засновано на полу и узнемиравање и сексуално узнемиравање на основу пола.

<sup>10</sup> Пол је биолошка категорија, а род подразумева различите улоге, одговорности и могућности које жене и мушкарци имају у једном друштву. Видети М. Докмановић, „Род и право“, у И.Милојевић, С.Марков, Увод у родне теорије, Нови Сад, 2011, 295.

<sup>11</sup> Закон о забрани дискриминације, Сл.гласник РС, бр. 22/09.

<sup>12</sup> Закон о равноправности полова, Сл.гласник РС, бр. 104/09.

Трећи закон у области антидискриминационог законодавства у Републици Србији представља Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом.

Субсидијерно законодавство у овој области представљају одребе неких других законских текстова, као нпр. чл. 128 Кривичног законика који прописује посебно кривично дело под називом Повреда равноправности.<sup>13</sup> Закон о раду забрањује дискриминацију лица која траже запослење, али и запослених с обзиром на њихова лична својства, што подразумева и забрану дискриминације на основу пола.<sup>14</sup> Овај Закон забрањује и сексуално узнемиравање. Закон о здравственој заштити забрањује дискриминацију приликом пружања здравствене заштите по разним основама, укључујући и забрану дискриминације на основу пола (чл.20).<sup>15</sup> Закон о високом образовању прописује да је један од основних принципа високог образовања поштовање људских права и грађанских слобода, укључујући забрану свих видова дискриминације.<sup>16</sup> Коначно, Закон о јавном информисању у чл. 38, прописује да је забрањено објављивање идеја, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, етничкој групи, полу или због њихове сексуалне опредељености.<sup>17</sup>

Значајна подзаконска акта владе и министарства у овој области су Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности и Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља мад женама у породици и партнерским односима. Институције родне равноправности у Републици Србији су Савет за равноправност полова Владе РС, Управа за родну равноправност Министарства рада и социјалне политике РС, Скупштински одбор за равноправност полова и Повереник за заштиту равноправности.

У важним међународним документима о људским правима садржана је клаузула забране дискриминације. Ова клаузула је садржана у Повељи УН о људским правима, Универзалној декларацији

<sup>13</sup> Кривични законик, Сл.гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009 и 121/2012.

<sup>14</sup> Закон о раду, Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009.

<sup>15</sup> Закон о здравственој заштити, Сл. гласник РС, бр. 107/2005.

<sup>16</sup> Закон о високом образовању, Сл. гласник РС, бр. 76/2005, 100/2007, 97/2008, 44/2010.

<sup>17</sup> Закон о јавном информисању, Сл.гласник РС, бр. 43/2003, 61/2005 и 71/2009.

о људским правима, Међународном пакту о грађанским и политичким правима и Европској конвенцији о заштити основних људских права и слобода. Када се говори о међународним документима о правима жена, посебно је значајна Конвенција УН о елиминисању свих облика дискриминације жена. Комитет за елиминацију дискриминације жена, закључио је да постоје позитивни аспекти имплементације Конвенције у Републици Србији, али су дате и одређене препоруке у областима у којима су уочени недостаци.

Такође, у овој области је значајна и Пекиншка декларација и платформа за акцију<sup>18</sup> која међу приоритетним областима наводи насиље над женама и предвиђа обавезу спровођења одређених активности и мера у циљу његовог сузбијања.

Међутим, тек се усвајањем Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, на свеобухватан начин формира правни оквир за заштиту жена, посебно од насиља у породици.

### **3. Садржај Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици**

Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици<sup>19</sup> (у даљем тексту Конвенција), састоји се из Преамбуле и 12 поглавља. У Преамбули се истиче да је циљ Конвенције заштита људских права и основних слобода дефинисаних у правним документима Савета Европе и Уједињених Нација.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Усвојена је у Пекингу 1995. године, на Четвртој светској конференцији о женама УН.

<sup>19</sup> Конвенцију је усвојио Комитет Министара Савета Европе, 7. априла 2011. године., текст Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици доступан на [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention_en.asp), 22.09.2013.

<sup>20</sup> Потписнице Конвенције се у Преамбули позивају на Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Европску социјалну повељу, Конвенцију Савета Европе о борби против трговине људима, Конвенцију Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, Међународни пакт о грађански и политичким правима, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Конвенцију Уједињених нација о елиминисању свих облика дискриминације жена и Опциони протокол Конвенције, Конвенцију о правима детета и Опционе протоколе уз Конвенцију, Конвенцију Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом.

Циљеви доношења Конвенције су :

1. заштита жена од свих видова насиља и спречавање, процесуирање и елиминисање насиља над женама и насиља у породици;
2. сузбијање свих облика дискриминације жена;
3. израда свеобухватног оквира, политика и мера заштите и помоћи жртвама насиља над женама и насиља у породици;
4. унапређење међународне сарадње у овој области;
5. пружање подршке и помоћи организацијама и органима унутрашњих послова у делотворној сарадњи. (чл. 1 Конвенције).

У ставу 2 истог члана одређује се надзорни механизам за праћење примене Конвенције.

Конвенција се односи на све жртве насиља, али се приоритет даје заштити жена чиме се наглашава да су, у односу на мушкарце, жене чешће жртве породичног насиља. (чл. 2 Конвенције). Насиље над женама се дефинише као кршење људских права и облик дискриминацијенад женама, које представља сва делародно заснованог насиља, која доводе или могу да доведу до физичке, сексуалне, психичке или економске повреде или патње жене, обухватајући и претње таквим делима, принуду или арбитрерно лишавање слободе у јавности или приватном животу (чл. 3 Конвенције). У истом члану се даје и дефиниција рода, па тако род означава друштвено одређене улоге, понашања, активности и атрибуте које дато друштво сматра прикладним за жене и мушкарце. Конвенција је први међународни уговор који даје експлицитну дефиницију рода. Конвенцијом се утврђује обавеза држава потписница да одвоје одговарајућа финансијска средства и људске ресурсе ради спровођења политика, мера и програма за превенцију и борбу против свих видова насиља обухваћених Конвенцијом (чл. 8 Конвенције). Државе се обавезују да прикупљају релевантне статистичке податке, чија је сврха да покажу који су резултати предузетих мера за превенцију, протекцију и процесуирање (чл. 11 Конвенције). У области превенције, нагласак се ставља на промену друштвених и културних образаца понашања жена и мушкараца, подизање свести у јавности о значају проблема насиља, образовање становништва промовисањем родне равноправности и ненасиља, обуку стручњака, организовање програма превентивне интервенције и програма за рад са починиоцима насиља и активно учешће приватног сектора и средстава јавног информисања (чл. 12 - 17 Конвенције).

Конвенција посебно наглашава обавезу држава да жртвама обезбеде благовремене информације о расположивим услугама подршке и правним мерама на језику који разумеју, истичући значај правних и психолошких саветовалишта, финансијске помоћи, образовања, обуке и помоћи приликом запошљавања (чл. 20 Конвенције). Сигурне куће и бесплатне СОС телефоне који би били доступни 24 часа дневно, седам дана у недељи, Конвенција препознаје као неке од најзначајнијих начина да се жртвама пруже подршка и помоћ.

Конвенција обавезује државе потписнице да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да намерно понашање буде инкриминисано, уколико:

1. нарушава психички интегритет неког лица принудом или претњама (чл.33);
2. узрокује да се услед понављаних претњи лице плаши за своју безбедност (чл. 34);
3. нарушава физички интегритет над другим лицем, независно од контекста у којем до њега долази (чл. 35);
4. представља сексуално насиље, укључујући силовање (чл.36);
5. уколико се одрасла особа или дете намерно присиљавају да ступе у брак (чл. 37);
6. генитално сакаћење жена (чл. 38);
7. принудни абортуси и принудне стерилизације (чл. 39);
8. понашање представља сексуално узнемиравање, под чиме се подразумева сваки облик нежељеног вербалног, невербалног или физичког понашања сексуалне природе у сврху или уз исход повреде достојанства лица (чл. 40);

Приликом доношења коначне пресуде државе узимају у обзир и правоснажне пресуде трећих чланица за кривична дела утврђена на основу Конвенције и у ту сврху се обавезују да предузму све неопходне законодавне или друге мере (чл. 47). Конвенција наглашава потребу да се узму у обзир и коначне пресуде трећих чланица, услед чињенице да се осуде у иностранству не износе увек пред домаћи суд у току трајања кривичног поступка. У односу на све облике насиља који су обухваћени Конвенцијом, државе се обавезују да забране обавезно алтернативно разрешење спорова, укључујући и медијацију и помирење (чл.48). Велики број држава чланица Савета Европе, има

законе који прописују алтернативно разрешење спорова, што не мора увек представљати предност. Конкретно, у случајевима насиља који су обухваћени овом Конвенцијом, у питању су специфична кривична дела, чијим би се неадекватним санкционисањем и алтернативним решавањем омогућило да остану унутар породице. На тај начин би држава посредно признала да само дело и његова последица представљају приватну ствар жртве и починиоца, чиме би се значај насиља и његових последица релативизовао и умањио.

Државе се обавезују да предузму све неопходне законодавне и друге мере како би обезбедиле да се истраге и судски поступци за све видове насиља спроводе без одлагања, као и да предузму хитне мере заштите, односно забране приласка и бесплатну правну помоћ жртвама под условима које прописује њихово национално законодавство (чл. 49-58). Конвенција признаје да родно засновано насиље може представљати разлог за захтевање азила и обавезује државе да у том смислу предузму потребне законодавне и друге мере (чл. 60). Стога, родно засновано насиље може довести до прогањања и одобравања статуса избеглица.

Конвенција обавезује државе на међународну сарадњу у циљу:

1. спречавања, борбе и кривичног гоњења свих видова насиља обухваћених Конвенцијом;
2. заштите и обезбеђења помоћи жртвама;
3. вршења истраге односно спровођења поступака који се односе на кривична дела утврђена на основу ове Конвенције;

спровођења релевантних грађанских и кривичних пресуда правосудних органа сваке од страна, укључујући и мере заштите (чл.62).

Конвенција предвиђа оснивање експертске групе за праћење њене примене, која се бира на првом састанку Комитета страна који се састоји од представника страна Конвенције, а састаје се у року од годину дана након ступања Конвенције на снагу (чл. 67). Национални парламенти се укључују у процес примене Конвенције, прате предузете мере у том циљу и разматрају извештаје експертске групе (GREVIO) (чл. 70).

#### 4. Закључна разматрања

Према подацима из 2009. године, на високе школе и факултете уписано је више жена (55%), а међу дипломираним студентима оне такође чине већину (61%). Исте године се први пут изједначио број жена и ушкараца који су докторирали, а жене чине 44% свих доктора наука, магистара и специјалиста међу наставницима и сарадницима на високим школама и факултетима. Међутим, од 150 општина у Србији, на месту председника општине је 137 мушкараца и само 10 жена, а у 23 града на месту градоначелника су 22 мушкарца и једна жена.<sup>21</sup>

На Косову и Метохији због недостатка образовања и обуке за жене, ограниченог приступа кредитима, позајмицама и земљи, жене су економски, политички и друштвено у неповољнијем положају у односу на мушкарце. Оне поседују само 8% непокретности и 6% бизниса. Само једна од три жене има посао, а 26% девојака млађих од 20 година је класификовано као неписмено.<sup>22</sup>

У истраживању које је спровело Виктимолошко друштво Србије 2001. године, резултати су показали да је свака трећа жена била жртва неког облика насиља у породици, а да је свакој четвртој пређено насиљем. Према подацима Аутономног женског центра из 2003. године, 23,7% жена је у партнерским односима претрпело сексуално или физичко насиље, а њих 78,2% никада није затражило помоћ институција (46,7% то није учинило јер насиље прихватају као нормално, 21,5% због деце и 17% због љубави према партнеру).<sup>23</sup>

Од јануара 2009. године до јуна 2010. године, кривично дело насиља у породици је извршено над 5.423 лица, од чега над женама у 78% ових случајева. У овом периоду 36 жена је убијено од стране партнера.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Помоћ ЕУ Косову - помоћ онима којима је највише потребна, 8 [http://eeas.europa.eu/delegations/kosovo/documents/press\\_corner/helping\\_those\\_who\\_need\\_it\\_most\\_sr.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/kosovo/documents/press_corner/helping_those_who_need_it_most_sr.pdf), 21.09.2013.

<sup>23</sup> Приручник за медијско извештавање о насиљу у породици и насиљу над женама, рађен у оквиру пројекта "Борба против сексуалног и родно заснованог насиља" Управе за родну равноправност Министарства рада и социјалне политике, 2011., 21.

<sup>24</sup> *Ibid.*

Извештавање о насиљу у породици је чешће у штампаним него у електронским медијима, док периодични часописи немају велики број текстова на ову тему што указује на то да у овој области не постоји едукативни приступ. Само 9,5% ових случајева најављено је насловним странама часописа. О покушају извршеног насиља у току 2010. године писало се само у 98 случајева, док је тај број у случају извршеног насиља знатно већи и износи 1108, што показује да нема друштвене осуде покушаја насиља. Такође, претежно се пише о физичком насиљу, а о психолошком знатно ређе. Идентитет жртве је откривен у 56% прилога, а идентитет насилника у само 63% прилога. Казна за починиоца насиља се наводи у само 20,5% случајева.<sup>25</sup>

За кривично дело насиља у породици, 95% свих осуђених пунолетних лица били су мушкарци, а 5% жене (у 2010. години). У периоду од 2007. до 2010. године, удео жена у укупном броју жртава тешких убистава порастао је са 28% на 43%.<sup>26</sup>

Постоје разне ситуације које спречавају да се проблем насиља у породици ефикасније решава, као што су тешкоће у доказивању породичног домаћинства, ванбрачне везе, емотивне и сексуалне везе и дела, с обзиром на то да постоји мали број сведока, или само један сведок – жртва, која често одустаје од сведочења. Мали број поступака се води и окончава по приватној тужби, јер жртва и насилник најчешће живе заједно током трајања поступка, па су честе уцене и претње. У центрима за социјални рад не постоји евиденција о злостављаној деци, а када је останак детета у породици немогућ, поставља се питање где сместити дете. Жртвама недостаје адекватна финансијска помоћ и смештај, без дуге административне процедуре.

Може се закључити да је време од подношења кривичне пријаве до заказивања рочишта неоправдано дуго, да не постоје законом прописани рокови који би се морали испоштовати, а услед недостатка брзих и привремених механизма заштите, жртва почиње да се осећа беспомоћном. Потребно је законом прописати рокове у којима би се поступци из ове области морали покренути и завршити, посебну одговорност за суд и све учеснике у поступку за случај одуговлачења поступка, обавезно задржавање насилника у притвору до окончања поступка и строже казне за ово кривично дело. Прописивање новчане казне за основни облик или затвора

<sup>25</sup> *Ibid.*, 51-58.

<sup>26</sup> Жене и мушкарци у Републици Србији, Београд, Републички завод за статистику, 2011., 9-10.

до годину дана, допринело је да насилници осећају како чине неко привилеговано дело.

Усвајање међународно-правног документа, чији је примарни циљ заштита права жена и осталих жртава насиља у породици, утицаће и на унапређење међународне сарадње у овој области. Конвенција обавезује земље потписнице да домаћим законодавствима предвиде кривично гоњење за одређена кривична дела, попут гениталног сакаћења жена и девојчица, принудни брак, узнемиравање личности, принудни абортус и принудну стерилизацију. Конвенција тежи успостављању потпуне једнакости између жена и мушкараца, а насиље у породици посматра као кршење људских права жена и њихову дискриминацију. Ратификацијом Конвенције и доследном применом релевантних законских прописа на националном нивоу, стварају се услови за елиминисање родних стереотипа и предрасуда и ефикаснију заштиту жена од насиља у породици

**Ana Čović Ph.D**

Research associate

Institute of Comparative Law in Belgrade

## **IMPORTANCE OF THE RATIFICATION OF COUNCIL OF EUROPE CONVENTION ON PREVENTING AND COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE**

### Summary

Domestic violence is a serious social phenomenon whose consequences are devastating for the family and physical and emotional integrity of all members. Violence against women is present in all stages of development of society and is an expression of the historical gender disparities. Females, regardless of age, are exposed to various forms of

---

physical, sexual, psychological and economic violence, regardless of ethnic, religious racial, cultural affiliation and status. The new Council of Europe Convention is another step forward in eliminating inequality between men and women. By adopting it is recognizes the social significance of domestic violence, and indirectly that the existing legal instruments in this area have not produced the expected results. The Republic of Serbia is a signatory to the Convention, and the article discusses the importance of its ratification.

**Keywords:** Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, domestic violence, protection of women's rights .

## ISTORIJAT IZBORA U KRALJEVINI SHS I KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

### Apstrakt

*Zajednička država Južnih Slovena je od nastanka do kraja svog postojanja bila opterećena političko – nacionalnim problemima za koje nikada nije pronađeno adekvatno rešenje. U ovom radu autor analizira izborni sistem međuratne države kroz tri njegove faze: sistem Kraljevine SHS, sistem Kraljevine Jugoslavije i sistem koji je postojao od stvaranja Banovine Hrvatske do sloma države 1941. godine. Karakteristika svih izbornih zakona Kraljevine Jugoslavije jeste odsustvo opšteg biračkog prava, jer je ono ženama, kao i delu muškog stanovništva bilo uskraćeno. Takođe, izborni sistemi su često bili konstruisani tako da favorizuju velike partije, a posebno režimsku stranku, što je ugrožavalo normalan politički život i demokraciju parlamentarizma (koji je dva puta čak bio i ukinut).*

**Ključne reči:** *Izborni sistem, Izborni zakon, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, Kraljevina Jugoslavija, Vidovdanski ustav, Septembarski ustav.*

### 1. Uvod

Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca (Kraljevina SHS), kasnije Kraljevina Jugoslavija, je tokom svog trajanja, između dva svetska rata, imala nekoliko različitih vidova parlamentarizma, kao i apsolutističku monarhiju. Nastala je u politički turbulentnom vremenu ujedinjenjem naroda od kojih su neki samo jednim svojim delom istinski baštinili želju za

---

<sup>1</sup> Dipl.pravnik. Istraživač - pripravnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu; student prve godine doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

stvaranjem države Južnih Slovena – države “troimenog naroda”. Politički antagonizmi koji su vidljivi od samog početka stvaranja zajedničke države, kako po nacionalnoj, tako i po monarhističko - republikanskoj osnovi imali su za svoju posledicu nekoliko radikalnih promena ustavnopravnog sistema, a stoga i načina izbora narodnih predstavnika <sup>2</sup>.

U literaturi se ističe kako je u svom ustavnopravnom i političkom razvitku, Kraljevina Jugoslavija (KSHS) prolazila kroz nekoliko faza, koje su delom karakteristične i za izborni sistem. Međutim, oko definisanja ovih faza postoje razmimoilaženja, posebno od strane novije naučne misli u odnosu na socijalistička shvatanja posle Drugog svetskog rata. Prof. Ratko Marković u svom udžbeniku tako rezimira da se celokupna ustavna istorija prve jugoslovenske države može podeliti na pet glavnih perioda: doba privremene ustavnosti (1918-1921), doba monarhijskog parlamentarizma (1921-1929), doba apsolutne monarhije (1929-1931), doba posrednog parlamentarizma (1931-1939) i doba egzekutivne (nepredstavničke) vlasti (1939-1941).<sup>3</sup>

Drugom, politički obojenom linijom idu nešto stariji autori poput Vladislava Popovića koji u svojoj doktorskoj tezi objašnjava da je politički razvoj “stare Jugoslavije” imao tri faze, koje su, kako autor tvrdi, karakteristične i za izborni sistem: “Prvu fazu čini revolucionarno nagoveštavanje novih progresivnih snaga i obuhvata period od 1919. do 1922. godine; drugu fazu tzv. lažne demokratije karakteriše pokušaj da se stabilizuju reakcionarne snage i ona se završava Šestojanuarskom diktaturom; a treća faza je monarhofašistička diktatura koja traje sve do sloma stare Jugoslavije.”<sup>4</sup>

Jasno je da se ovo drugo, izrazito ideološki obojeno stanovište ne može prihvatiti, a posebno se neopravdanom čini kvalifikacija “monarhofašistička diktatura”.

<sup>2</sup> „U mladoj i krhkoj državi odmah na početku i pre donošenja Ustava mogle su se prepoznati dve interesne pozicije – srpska („srbijska“, „hegemonistička“ „velikosrpska“, „unitaristička“, kako je sve nazivana), koja je jedinstvenu parlamentarnu monarhiju sa načelom podele vlasti smatrala jedinim prihvatljivim rešenjem, i pozicija na kojoj je stajala većina stranaka i političkih organizacija sa „prekodrinskih“ teritorija, a koje su tražile federalno ili konfederalno uređenje sa parlamentarnom podelom vlasti, monarhijskog ili, ređe, republikanskog oblika vladavine. Ovaj politički rasep, šireći se, ponekad stagnirajući, a retko smanjujući se, trajao je koliko i Kraljevina.“ – S. Orlović, Ustavni položaj organa vlasti u prvoj jugoslovenskoj državi, *Dva veka srpske ustavnosti*, SANU, Beograd, 2010, 288 – 289.

<sup>3</sup> R. Marković, *Ustavno pravo*, Justinijan, Beograd, 2005, 149.

<sup>4</sup> V. Popović, *Izborni sistem Jugoslavije*, doktorska teza, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1961, 41 – 42.

Ako se u obzir uzme samo izborni sistem, u literaturi su prisutna shvatanja po kojima se istorija izbora u Kraljevini SHS i Kraljevini Jugoslaviji može podeliti na samo dve faze. Tako se ističe da je od “osnivanja zajedničke države pa do proglašenja diktature 6. januara 1929. godine važio jedan način i sistem izbora, a od donošenja ustava 3. septembra 1931. godine, kada je ustanovljen dvodomni predstavnički sistem, važio drugi način i sistem izbora.”<sup>5</sup> Ukoliko se zavođenje šestojanuarske diktature uzme kao međa ove dve faze, onda se fleksibilno može reći da su između dva rata postojala dva izborna sistema: izborni sistem Kraljevine SHS i izborni sistem Kraljevine Jugoslavije (promena imena države desila se u periodu ustavnog interregnuma, kada nije bilo narodnog predstavnštva, pa samim time ni izbora).<sup>6</sup>

Ovakva klasifikacija, iako pregledna, ipak nije potpuna, jer u obzir uzima samo Vidovdanski i Septembarski ustav, kao i izborne zakone koji su po njima doneti. Previđa se Uredba o Banovini Hrvatskoj od 26. avgusta 1939. godine, koja je suštinski ustavopravnog karaktera i kojom je *de facto* izvršen državni udar. Njome je aktom izvršne, a ne zakonodavne vlasti izmenjen Septembarski ustav, čime je povređen inače vrlo čvrst sistem za promenu ovog ustava. Kako su obrazovanjem jedine nacionalno inspirisane banovine na nju preneti mnoga ovlašćenja centralne vlasti (čime je stvorena asimetrična kvazifederalna država), otvoreno je i pitanje izbora predstavnika za Sabor Banovine Hrvatske. U isto vreme je, kako ćemo videti, u formi uredbe donet novi izborni zakon.

Iz tog razloga čini se da je istorijat izbornih sistema u međuratnoj Jugoslaviji možda bolje sagledavati kroz tri, umesto dva perioda, i to: period Kraljevine SHS, period Kraljevine Jugoslavije do formiranja Banovine Hrvatske i period od formiranja Banovine Hrvatske do sloma Jugoslavije 1941. godine. Takođe, ovakvoj sistematizaciji ide u prilog i činjenica da je sa donošenjem neustavne Uredbe o formiranju Banovine Hrvatske, raspušteno Narodno predstavnštvo (koje nije ponovo formirano sve do kraja postojanja države). 18. februara 1940. godine je doneta Uredba o izboru narodnih poslanika, koja je između ostalog predviđala i neka znatno drugačija rešenja od prethodnih, ali izbori po ovoj uredbi usled izbijanja Drugog svetskog rata i sloma države nikada nisu sprovedeni. Isto važi i za Banovinu Hrvatsku, za čiji Sabor izbori

---

<sup>5</sup> K. Rašić – Mihajlović, Sistem i način izbora za predstavnička tela u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca i Kraljevini Jugoslaviji, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, 9, 1990, 762.

<sup>6</sup> 3. oktobra 1929. godine kralj je proglasio Zakon o nazivu i podeli Kraljevine na upravna područja, po kome je država dobila novi naziv – Kraljevina Jugoslavija.

takođe nisu održani, iz istog razloga. Stoga bi se moglo reći da je taj treći period (doba egzekutivne, nepredstavničke vlasti) zaista poseban zbog drugačijih materijalno-pravnih rešenja u izbornoj oblasti.

## 2. Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca (Kraljevina SHS)

Pre stvaranja zajedničke države, na prostoru Jugoslavije bilo je više pravnih područja sa različitim izbornim sistemima. Samo su Srbija i Crna Gora pre ujedinjenja bile nezavisne države i imale svoje Narodne skupštine. Srbija je jedina imala proporcionalni izborni sistem po ustavima iz 1888. i 1903. godine i pratećim izbornim zakonima (jedna od četrdesetak razlika između ova dva slična ustava jeste vezana baš za izborni sistem – modifikovan je proporcionalni sistem raspodele mandata kako bi se olakšalo stvaranje parlamentarne većine<sup>7</sup>). Takvo rešenje srpskog Ustava iz 1888. godine, koje je omogućilo da u parlamentu budu zastupljene i manje partije, bilo je velika novina. “Sa proporcionalnim sistemom, koji je uveden Ustavom iz 1888. godine napravljen je najveći preokret. Proporcionalni sistem bio je u Evropi nova, teorijska, iskustvom neproverena stvar. Osim Danske i nekih švajcarskih kantona, u to vreme taj sistem nigde nije bio uveden i primenjen.”<sup>8</sup> Na ostalim teritorijama važio je većinski sistem raspodele mandata.

Bosna i Hercegovina je Zemaljskim ustavom iz 1910. godine dobila Sabor i “prividnu” autonomiju, dok je suštinski ona bila pod upravom austrougarskog Ministarstva finansija.<sup>9</sup> Lokalni Sabor imale su takođe i Slavonija i Hrvatska, a jedino Vojvodina, kojoj je 1910. godine ukinut Narodno – crkveni zbor u Sremskim Karlovcima, pre stvaranja zajedničke države nije imala nikakvo predstavničko telo, već je bila direktno potčinjena Mađarskoj. U momentu ujedinjenja tajno glasanje postojalo je u Srbiji, Sloveniji i Bosni i Hercegovini (gde je pravo na tajno glasanje doduše bilo rezervisano samo za velikoposjednike i stanovnike

<sup>7</sup> Više o izbornom sistemu Kneževine i Kraljevine Srbije vidi u: M. Đorđević, *Istorijat izbora u Kneževini i Kraljevini Srbiji, Izbori u domaćem i stranom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, 275 – 288.

<sup>8</sup> M. Pavlović, *Narodna skupština u ustavima Kneževine i Kraljevine Srbije, Dva veka srpske ustavnosti*, Beograd, SANU, 2010, 111.

<sup>9</sup> D. Pavlović, *Izborni sistem po Vidovdanskom ustavu*, doktorska teza, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1939, 13.

određenih gradova).<sup>10</sup> Ovo ne treba da začudi, jer je u XIX veku javno glasanje neretko prisutno i branjeno od strane najuglednijih teoretičara poput Džona Stjuarta Mila i drugih, dok se danas ono smatra nečim što je *a priori* nespojivo sa demokratijom.<sup>11</sup> Interesantno je da su u Sloveniji i Bosni i Hercegovini, doduše uz cenzus i isključivo preko punomoćnika (nikad neposredno), i žene imale pravo glasa.

U Kraljevini SHS i Kraljevini Jugoslaviji žene pak nisu imale pravo glasa, pa će tako u Srbiji one prvi put ovo pravo moći da ostvare na izborima za Ustavotvornu skupštinu 11. novembra 1945. godine, kada je uvedeno opšte pravo glasa. Iako postoje države koje se mogu pohvaliti da od samog početka XX veka priznaju biračko pravo ženama (Finska od 1906, Norveška od 1913, Island od 1915. godine itd.), Jugoslavija nije u ovom pogledu izolovan slučaj, jer je opšte biračko pravo u Portugaliji, na primer, ustanovljeno tek 1974. godine, u Švajcarskoj 1971. godine, Lihtenštajnu 1984. itd.<sup>12</sup> No, iako nije postojalo, opšte pravo glasa je u jugoslovenskoj državi često proklamovano.

Tako se već u Krfskoj deklaraciji od 20. jula 1917. godine, koja je bila pravno neobavezujući, ali zato politički važan sporazum (sačinjen između predstavnika Jugoslovenskog odbora i srpske vlade) u tački 13 ističe da je u budućoj državi „troimenog naroda“: „Izorno pravo za izbor narodnih poslanika za Narodno Predstavništvo, kao i izorno pravo za opštine i druge jedinice, jednako i opšte, i vršiti će se neposrednim i tajnim glasanjem po opštinama.“ U duhu proklamovane opšte jednakosti svih pripadnika troimenog naroda pred zakonom, obećano opšte biračko pravo kao da je pre imalo za cilj da naglasi jednakost pripadnika različitih naroda u vršenju biračkog prava, nego da promoviše suštinsko opšte biračko pravo, koje bi uključivalo i žene.

Krfska deklaracija takođe predviđa da će biti donet “Ustav, koji će posle zaključenja mira doneti Ustavotvorna Skupština, izabrana na osnovu opšteg i jednakog, neposrednog i tajnog prava glasa. [On će biti] osnova celokupnom državnom životu, izvor i utoka svih vlasti i prava, i po njemu će se uređivati celokupni državni život.”

Ženevska deklaracija, takođe pravno neobavezujući, ali politički važan akt, 1918. godine kaže: „Vlada Kraljevine Srbije i Narodno Veće u Zagrebu produžiti će otpravljati poslove svaki u svom unutrašnjem

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Z. Đukić – Veljović, *Ogledi o političkom predstaništvu i izborima*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1995, 108 – 119.

<sup>12</sup> M. Kasapović, *Izborni leksikon*, Politička kultura, Zagreb, 2003, 43.

pravnom i teritorijalnom delokrugu na redovan način kakav gde postoji, dok Velika Skupština ujedinjenih Srba, Hrvata i Slovenaca (Konstituanta), izabrana opštim, jednakim, neposrednim i tajnim glasanjem svih građana, ustavom ne propiše definitivno ustrojstvo države.“

Ubrzo posle Prvodecembarskog akta kojim je proglašeno ujedinjenje obrazovano je Privremeno narodno predstavništvo (12. marta 1919. godine)<sup>13</sup>, kome je centralni zadatak bio da pripremi izbore za ustavotvornu skupštinu i da organizuje početak njenog rada.

Dana 3. septembra 1919. godine, Privremeno narodno predstavništvo je zajedno sa Kraljem donelo Zakon o izboru narodnih poslanika za ustavotvornu skupštinu. Uzor ovom zakonu bio je srpski izborni zakon, ali su unete određene novine kako bi se on prilagodio novonastalim prilikama i potrebama.<sup>14</sup> Ukidanjem imovinskog cenzusa biračko telo je prošireno, ali pored žena ono i dalje nisu imale neke kategorije stanovništva poput vojnika i oficira. Uslovi za aktivno biračko pravo bili su uz državljanstvo, 21 navršena godina života i prebivalište u izbornoj jedinici. Za pasivno biračko pravo, pored uslova predviđenih za aktivno biračko pravo bilo je neophodno još da kandidat ima najmanje 25 navršenih godina života (što je ujedno odstupanje od rešenja iz zakona uzora – srpskog Izbornog zakona iz 1890. godine, koji ovde pak propisuje minimum od 30 godina starosti). Zakon je predviđao i kvalifikovane poslanike (moraju imati završen fakultet ili kakvu visoku školu izjednačenu u rangu sa fakultetom), koji su morali biti prisutni na svakoj izbornoj listi (minimum jedan po listi).

Izborne jedinice su bili okruzi, kao i gradovi Beograd, Zagreb i Ljubljana. Birači su glasali tajno (kuglicom) za kandidatske liste, a u literaturi se ističe činjenica da su ovi izbori vršeni po popisu iz 1910. godine (jedan mandat na 30.000 stanovnika), dakle pre ratova koji su umnogome promenili demografsku sliku, posebno u Srbiji (pa je tako Srbija, čija je muška populacija posle Prvog svetskog rata smanjena za trećinu, dobila srazmerno veći broj mandata od Hrvatske, u kojoj je bio osetan porast stanovništva).<sup>15</sup> U pogledu sistema raspodele mandata, nije prihvaćen D'Ontov sistem, već sistem izbornog količnika koji je bio propisan

---

<sup>13</sup> Koje je suprotno dogovoru postignutim sa predstavnicima Narodnog Veća države Slovenaca, Hrvata i Srba, imenovala vlada (Prvodecembarski akt je predviđao da će ovo telo biti formirano sporazumom Narodnog veća i predstavnika Kraljevine Srbije). – R. Marković (2005), 127.

<sup>14</sup> D. Pavlović (1939), 27.

<sup>15</sup> K. Rašić – Mihajlović (1990), 763.

Radikalnim ustavom iz 1888. godine.<sup>16</sup> Tako je podela mandata vršena po sistemu najvećeg izbornog količnika koji se izračunavao deobom glasova birača sa brojem mandata u okrugu. Preostala poslanička mesta dodeljivala su se listama sa najvećim ostatkom, makar to bile i liste koje nisu uopšte dostigle količnik. Na taj način se obezbeđivala i zastupljenost relativno malih partija u Ustavotvornoj skupštini.<sup>17</sup> Ova izmena u odnosu na pre ujedinjenja važeći Izborni zakon Kraljevine Srbije iz 1903. godine<sup>18</sup> (koji je, kao što je već rečeno, bio uzor Zakonu o izboru narodnih poslanika za Ustavotvornu skupštinu) jeste povratak na staro rešenje koje je predviđao Izborni zakon Srbije iz 1888. godine. Ono je u literaturi neretko pozitivno ocenjivano, jer je “ukinulo jednu očitu nepravdu, koja je u tom pogledu postojala u ranijem srpskom Izbornom zakonu [Zakonu iz 1903. godine, neznatno noveliranom 1910. godine].”<sup>19</sup>

Izbori po ovom zakonu sprovedeni su 28. novembra 1920. godine kada su izabrani poslanici za Ustavotvornu skupštinu, čime je Privremeno narodno predstavništvo raspušteno. Na njima su učestvovala 22 političke partije i grupe, od kojih je njih 16 osvojilo mandate.<sup>20</sup> Broj birača koji predstavlja biračko telo u odnosu na ukupan broj stanovnika u državi bio je vrlo mali. Po popisu koji je obavljen svega nekoliko meseci posle izbora, u Kraljevini je živelo skoro 12 miliona stanovnika (11.934.911) od kojih je biračko telo činilo samo 2.480.623 birača. Izlaznost je bila 64,9% što znači da je glasalo 1.607.265 građana.<sup>21</sup>

Ustavotvorna skupština, oformljena sa jednim zadatkom – da novostvorenoj državi podari ustav, sastala se 12. decembra 1920. godine. Njoj je izloženo jedanaest vrlo različitih nacrtu ustava, od kojih je centralno mesto zauzimao nacrt vlade Nikole Pašića, koji je “služio kao osnov za načelnu diskusiju”.<sup>22</sup> Konačna verzija ustava bila je bazirana

---

<sup>16</sup> D. Pavlović (1939), 28.

<sup>17</sup> M. Jovanović, *Izborni sistemi (Izbori u Srbiji 1990-1996)*, Institut za političke studije, Beograd, 1997, 113.

<sup>18</sup> Srpski Izborni zakon iz 1903. godine je u stvari Izborni zakon iz 1888. godine, uz nekoliko izmena, od kojih je o jednoj ovde reč. Više o ova dva zakona i njihovim razlikama vidi u: Ž. Ristić, *Izborni zakoni Srbije*, doktorska teza, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1935. 89 – 159.

<sup>19</sup> D. Pavlović (1939), 29.

<sup>20</sup> V. Popović (1961), 45.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> D. Pavlović (1939), 38.

na Pašićevom predlogu,<sup>23</sup> uz određene izmene (prvobitno je npr. bio predviđen dvodomni sistem, od koga se odustalo).

Na Vidovdan, 28. juna 1921. godine, Ustavotvorna skupština je Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca dala prvi ustav (“Vidovdanski”), po kome je ova država „ustavna, parlamentarna i nasledna monarhija“. Ustav je izglasan minimalnom apsolutnom većinom<sup>24</sup> i to “zahvaljujući kupljenim glasovima muslimanskih poslanika iz Makedonije i Bosne i Hercegovine“.<sup>25</sup>

Vidovdanski ustav se površno bavi izbornim pitanjima, te svaku detaljniju regulativu ostavlja zakonu. U članu 40 on kaže da „Narodnu skupštinu sastavljaju poslanici koje narod slobodno bira opštim, jednakim, neposrednim i tajnim glasanjem, sa predstavništvom manjina“. Iako je ovde ponovo proklamovano opšte biračko pravo, ono je i dalje uskraćeno vojnicima i oficirima, kao i ženama, jer Ustav ostavlja izbornom zakonu da reši o pitanju ženskog prava glasa, koje će ovaj, pak, (27. juna 1922. godine) isključiti. Ustav je propisivao da se poslanik bira na svakih 40.000 stanovnika, a ako višak stanovnika u jednoj izbornoj jedinici bude veći od 25.000, biraće se i za taj ostatak jedan poslanik.

Uprkos insistiranjima Slobodana Jovanovića, koji se u svom nacrtu zalagao da u ustavu bude predviđen D’Ontov sistem raspodele mandata, Ustavotvorna skupština (koja je i sama bila sazvana po proporcionalnom sistemu) nije nikako htela da se takva odredba nađe u ustavu. Zapravo, poslanici su mnogo više raspravljali *pro et contra* dvodomnog parlamenta, dok se o izbornom sistemu diskutovalo vrlo malo.<sup>26</sup> Tako su mnoga suštinska pitanja izborne materije prepuštena zakonskoj regulativi.

Ustav je propisivao dve mogućnosti za donošenje izbornog zakona: donošenjem novog zakona po redovnoj zakonodavnoj proceduri (od strane Narodne skupštine) i drugim postupkom, koji je bio predviđen u članu 133. Ustava. Ovaj član, u cilju ujednačavanja zakonodavstva sa Ustavom, ovlašćuje zakonodavni odbor da po skraćenom postupku u

<sup>23</sup> „O svima drugim nacrtima nije se skoro ni vodilo računa. Jedino su poslanici, članovi Ustavnoga odbora, pokušavali, prilikom diskusija, da pojedine odredbe Ustava izmene u smislu ustavnih nacрта svojih klubova, ali bez mnogo uspeha.“ – *Ibid*, 39.

<sup>24</sup> Za Ustav je glasalo 223 poslanika, protiv 35, dok je 158 bilo odsutno. Rezultati glasanja su objavljeni u dnevnom listu „Politika“ 29. juna 1921. godine. Digitalizovan primerak se može pronaći na internet stranici: <http://serbia-forum.mi.sanu.ac.rs/wb/?action=getbook&bookkey=5609#page/1/mode/1up>, 14.10.2013.

<sup>25</sup> R. Marković (2005), 129.

<sup>26</sup> D. Pavlović (1939), 41.

ograničenoj meri izmeni tekst Izbornog zakona,<sup>27</sup> kako bi ga uskladio sa Ustavom. Zakonodavni odbor se odlučio za skraćeni postupak, po kome poslanici o predlogu nisu mogli raspravljati, već samo dati jednu kratku izjavu, dok je sam predlog mogao samo u celosti biti prihvaćen ili odbačen. Tako je 27. juna 1922. godine donet novi Izborni zakon u vidu novele ranijeg Izbornog zakona za Ustavotvornu skupštinu. Nezadovoljni ovakvim načinom promene izborne materije (između ostalog, sistema raspodele mandata) poslanici opozicije su „ono malo što ih je bilo ostalo, po završetku načelne debate o Izbornom zakonu na 78. redovnoj sednici 17. juna 1922. godine napustili Odbor, izjavivši da se ovakvim zakonskim predlogom vrši atentat na demokratiju i interese države...“<sup>28</sup>

Formalno gledano, ovaj zakon jeste novela već postojećeg Izbornog zakona, ali je suštinski, zbog značaja unetih izmena (od toga posebno izmenjenog načina raspodele mandata) i prirode Izbornog zakona za Ustavotvornu skupštinu (koji je imao da važi samo za tu priliku), on jedan nov izborni zakon.

Neke od važnijih izmena Izbornog zakona od 27. juna 1922. godine u odnosu na svog prethodnika jesu: biranje jednog poslanika na 40.000 stanovnika (što jeste usaglašavanje sa Vidovdanskim ustavom), čime je ukupan broj poslanika sa 419 smanjen na 313, zatim ukidanje kvalifikovanih poslanika, promenjen način kandidovanja i povećanje starosnog cenzusa za vršenje pasivnog biračkog prava sa 25 na 30 godina. Svakako je najvažnija izmena uvođenje kombinovanog sistema raspodele mandata, koji je predstavljao kombinaciju više načela. Tako su postojali slučajevi kada su se mandati dodeljivali po većinskom sistemu (relativna većina – u izbornim jedinicama koje biraju jednog kandidata), po izbornom količniku (u okruzima gde je potvrđena samo jedna izborna lista), ili pak po D’Ontovom sistemu raspodele mandata (u slučaju da je u izornoj jedinici podneto više lista). U literaturi se ističe da je jedna od osnovnih karakteristika ovog zakona isključivanje iz raspodele mandata onih lista koje nisu dostigle količnik, čime su defavorizovane male partije.<sup>29</sup> Po ovom zakonu izbori su održani 18. marta 1923. godine, 8. februara 1925. godine i 11. septembra 1927. godine (dakle, na svake dve godine, iako je Ustav predviđao da se Narodna skupština bira na svake četiri).

Kritike ovakvog izbornog sistema nisu retke, pa tako na primer Vladislav Popović u svojoj tezi ocenjuje da se „ovim zakonom, naročito

<sup>27</sup> Tačnije, Izbornog zakona za Ustavotvornu skupštinu – čije je važenje produženo.

<sup>28</sup> D. Pavlović (1939), 43.

<sup>29</sup> M. Jovanović (1997), 114. Detaljnije o raspodeli mandata po ovom zakonu vidi i u K. Rašić – Mihajlović (1990), 765 – 766.

uvodenjem kombinovanog sistema, išlo na to da se postavi takav sistem koji bi bio sposoban da uspostavi čvrste i jake partije preko kojih bi vladajuće snage vladale parlamentom<sup>30</sup>. Takođe ima opravdanih ocena da „zbog lišenja aktivnog i pasivnog biračkog prava više od polovine punoletnih građana, kao i zbog relativno visokog starosnog cenzusa za njihovo uživanje, ona [Narodna skupština] nije bila pravo narodno predstavništvo“<sup>31</sup>.

### 3. Kraljevina Jugoslavija

Usled političko – nacionalnih previranja koja su kulminirala višestrukim ubistvom u Narodnoj skupštini 20. juna 1928. godine, kralj Aleksandar je 6. januara 1929. godine izvršio državni udar: ukinuo Vidovdanski ustav, raspustio parlament i zaveo diktaturu. Tim činom je došlo do ustavnog diskontinuiteta u zemlji koji će trajati sve do donošenja “Septembarskog”, oktroisanog ustava 3. septembra 1931. godine.

U odsustvu ustava i parlamenta, pojedina pitanja ustavnog karaktera kralj je regulisao donošenjem zakona. Tako je Zakonom o kraljevoj vlasti i vrhovnoj državnoj upravi od 6. januara 1929. godine Kraljevina SHS prestala da bude ustavna i parlamentarna monarhija i postala apsolutistička monarhija u kojoj je kralj nosilac sve vlasti u zemlji. Sa parlamentarizmom je prestao da postoji i svaki vid javnog političkog života, jer su dopunom Zakona o zaštiti javne bezbednosti i poretka u državi zabranjene sve političke stranke koje nose versko ili nacionalno obeležje.

Dana 3. oktobra 1929. godine donet je Zakon o nazivu i podeli Kraljevine na upravna područja, kojim je država teritorijalno podeljena na devet banovina, što nije dovodilo u pitanje unitarno uređenje države, već je samo predstavljalo način dekoncentracije vlasti. Istim aktom je promenjen i naziv države u “Kraljevina Jugoslavija”.

Delom zbog unutrašnjih činilaca, a delom zbog spoljnih pritisaka, period ustavnog interregnuma se morao okončati, što je kralj učinio “darivanjem” ustava 3. septembra 1931. godine. Ovaj ustav nije značio povratak na vidovdanski ustavno - politički sistem, već je uspostavljanjem jednog kvaziparlamentarizma jedva načinio kakav iskorak u odnosu na otvorenu diktaturu. Iako Septembarski ustav predviđa parlament (i

<sup>30</sup> V. Popović (1961), 51.

<sup>31</sup> R. Marković (2005), 131.

to dvodomni, kakav je u istoriji ustavnog razvitka Srbije bio predviđen još samo “Aprilskim”, takođe oktroisanim ustavom iz 1901. godine), u prvom članu se Kraljevina Jugoslavija definiše kao ustavna i nasledna monarhija. Izostavljanje reči “parlamentarna” je potpuno opravdano, jer po odredbama ovog ustava vlada nije bila politički odgovorna parlamentu.<sup>32</sup>

Kako je šestojanuarskim državnim udarom i kasnije Septembarskim ustavom ustanovljen jedan drugačiji poredak u državi, može se trenutak preimenovanja države, tj. “stvaranja” Kraljevine Jugoslavije uzeti kao zgodan graničnik između prve i druge faze u istoriji izbornog sistema međuratne države.

Ubrzo po „darivanju” Ustava, doneti su 10. septembra 1931. godine Zakon o izboru narodnih poslanika za Narodnu skupštinu i 26. septembra iste godine Zakon o izboru senatora, kao i Zakon o biračkim spiskovima (od 6. septembra). Dvodomni parlament se sastojao od gornjeg doma – Senata i donjeg doma – Narodne skupštine.

Izbori za Senat su vršeni tako što je kralj postavljao polovinu senatora, dok je izbor druge polovine vršen posrednim izborima. Svaka banovina i grad Beograd činili su izborne jedinice. Bilo je predviđeno da se na svakih 300.000 stanovnika bira jedan senator, ali je ostatak koji u izornoj jedinici premaši 150.000 davao još jednog senatora. Biračko telo za izbor senatora činili su: narodni poslanici svih srezova odnosno mesta banovine, svi banski većnici, kao i svi načelnici opština banovine. Na teritoriji grada Beograda biračko telo su činili narodni poslanici za ovo upravno područje, predsednici i potpredsednici opština sa tog područja, opštinski odbor grada Beograda i po pet odbornika opštine zemunske i pančevačke, koje opštinski odbor izbere iz svoje sredine.<sup>33</sup> Za pasivno biračko pravo predviđao se starosni cenzus od 40 godina, državljanstvo Kraljevine Jugoslavije i uslov pismenosti. Sistem raspodele mandata za izbor senatora vršen je po D’Ontovom sistemu.

Septembarski ustav je u članu 54. predviđao da se izbori za Narodnu skupštinu vrše opštim, jednakim i neposrednim glasanjem. Međutim, od opšteg prava glasa nije ostalo ništa pošto su Izbornim zakonom, kao i u slučaju vidovdanskog izbornog sistema, žene, vojnici i oficiri izuzeti iz biračkog tela.

Glasanje se vršilo javno, što je otvorilo mogućnost značajnog uticaja na birače i povećalo apstinenciju birača. Ističe se da je tako policija “prisiljavala građane da izađu na izbore i glasaju za listu vladajuće političke

<sup>32</sup> *Ibid.* 138.

<sup>33</sup> V. Popović (1961), 65.

partije”<sup>34</sup> U literaturi se takođe navodi da je Septembarski izborni sistem, iako načelno proklamuje opšte, jednako i neposredno biračko pravo „uvođenjem javnog glasanja izgubio svaki demokratski smisao, utoliko više, što je i izborna tehnika bila ventil sigurnosti da spreči demokratsku suštinu opšteg, jednakog i neposrednog izbornog prava“.<sup>35</sup>

Aktivno biračko pravo na izborima za Narodnu skupštinu imali su muškarci, najmanje dvadeset i jedne godine starosti, koji su makar šest meseci bili nastanjeni u dotičnoj opštini. Za pasivno biračko pravo bilo je neophodno posedovati aktivno biračko pravo i ispuniti dodatni uslov u vidu starosnog cenzusa od 30 godina života.

Dosta složenim mehanizmom za podnošenje kandidatskih lista, administrativnim otežavanjima, kao i kvazi proporcionalnim sistemom raspodele mandata (koji je u praksi pre davao rezultate većinskog izbornog sistema)<sup>36</sup>, favorizovana je lista sa najvećim brojem glasova – režimska lista. Milan Jovanović primećuje da je “ovaj zakon u suštini kombinovao princip majoriteta sa načelom proporcionalnosti, i to na takav način koji je ne samo proizvodio većinske efekte, nego i apsolutno nedemokratskim postupcima favorizovao partiju sa najvećim brojem glasova. Ako se tome pridoda da je javnim glasanjem efikasno kontrolisan i vršen pritisak na birače, nije ni čudo što je generalska vlada Petra Živkovića jedina izašla na izbore 1931. godine”.<sup>37</sup>

Pored pomenutih izbora iz 1931. godine, po ovom zakonu oni su održani još dva puta, 1935. i 1938. godine. Kako su prvi izbori iz 1931. godine, činjenicom da se kandidovala samo jedna kandidatska lista, pokazali svu nedemokratskost ovakvih rešenja, novelom od 24. marta 1933. godine ona su delom ublažena. Međutim, načinjene izmene nisu proizvele značajnije promene. Pod kapom proporcionalnog izbornog sistema i dalje je *de facto* je stajao većinski sistem koji je izrazito favorizovao listu sa najviše glasova – režimsku listu (kojoj je pritom veoma pogodovalo javno glasanje). To dobro ilustruje izborni rezultat sa izbora 1938. godine, na kojima je Zemaljska kandidatska lista vlade na čelu sa Milanom Stojadinovićem dobila 54,09% i 306 poslaničkih mandata, a Mačekova lista „udružene opozicije“ sa 44,9% samo 67 poslaničkih mandata.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> K. Rašić – Mihajlović (1990), 767.

<sup>35</sup> V. Popović (1961), 62.

<sup>36</sup> Više o ovome vidi u: K. Rašić – Mihajlović (1990), 768 – 769.

<sup>37</sup> M. Jovanović (1997), 115.

<sup>38</sup> *Ibid*, 116.

#### 4. Od Banovine Hrvatske do sloma Jugoslavije

Septembarskim ustavom nije rešen ni jedan od problema koji su postojali za vreme važenja Vidovdanskog. Naprotiv, nacionalna suprotstavljenost, pre svega na srpsko – hrvatskoj liniji, bila je čak sve intenzivnija.<sup>39</sup> Postalo je jasno da unitaristička politika koja zagovara integralno jugoslovenstvo ne daje rezultate, pa je u odnosu na tzv. „hrvatsko pitanje“ 1939. godine učenjen radikaln politički preokret.

Dana 26. avgusta 1939. godine kao rezultat političkog sporazuma Cvetković – Maček doneta je Uredba o formiranju Banovine Hrvatske, koja u preambuli kaže da se ona donosi kako bi se „obezbedilo učešće Hrvata u životu države i time očuvali javni interesi“.<sup>40</sup> Ovaj neustavni akt, značajno je svojim rešenjima izmenio državno ustrojstvo. Pokriće za ovakav postupak traženo je u članu 116, stav 1 Septembarskog ustava koji kaže: „U slučaju rata, mobilizacije, nereda i pobune, koji bi doveli u pitanje javni poredak i sigurnost države, ili kada su do te mere uopšte ugroženi državni interesi, Kralj može, u tom izuzetnom slučaju, ukazom narediti da se privremeno preduzmu sve izvanredne, neophodno potrebne mere u celoj Kraljevini ili u jednom njenom delu nezavisno od ustavnih i zakonskih propisa.“ Stav 2 istog člana, međutim, dodaje da će se sve izuzetno preduzete mere naknadno podneti Narodnom predstavništvu na saglasnost.

Iako u literaturi ima pokušaja da se ovakva argumentacija opravda podvođenjem „hrvatskog pitanja“ pod četvrti uslov koji ovaj član predviđa („ili kada su do te mere uopšte ugroženi državni interesi“), već iz samog tona ove odredbe je jasno da je njen smisao drugačiji i da je ona u konkretnom slučaju zloupotrebljena za rešavanje jednog čisto političkog problema. Ova odredba nije omogućavala donošenje odluka fundamentalno - ustavnopravnog karaktera sa trajnim posledicama. Uz to, za svaku odluku koja je po njoj donesena tražila se naknadna saglasnost Narodnog predstavništva, koja je izostala, jer je parlament odmah po donošenju Uredbe raspušten i do kraja postojanja države nije bio ponovo sazivan (čime je Jugoslavija do aprilskog sloma bila ustavna, nepredstavnička monarhija).

Za razliku od ranije podele na 9 banovina, sada je stvorena jedna nacionalno motivisana, kvazi federalna tvorevina, koja je i teritorijalno i

<sup>39</sup> S. Orlović (2010), 291 – 292.

<sup>40</sup> R. Marković (2005), 146.

po svojim ovlašćenjima odudarala od ostatka države, čime je pak stvoreno asimetrično i suštinski nelogično rešenje<sup>41</sup>. Istoga dana, 26. avgusta 1939. godine, verovatno sa ciljem da se nekada u budućnosti takva asimetrija ispravi i unutrašnje uređenje Kraljevine uredi uz uvažavanje nacionalnih različitosti, doneta je još jedna neustavna uredba – Uredba o proširenju propisa koji važe za Banovinu Hrvatsku na ostale banovine. Ovaj podzakonski akt sadržao je rešenje ustavnopravnog karaktera, jer je davao pravo kralju da ukazom spaja i menja teritorijalni obim banovina i daje im ovlašćenja kakva su data Banovini Hrvatskoj. Čudno je da se u literaturi ne posvećuje mnogo pažnje ovom aktu, jer je on, iako nije nikada i primenjen, sa jedne strane *per excellence* neustavan (ne može se ni na koji način pravdati članom 116. Septembarskog ustava), a sa druge politički interesantan, jer implicira planove da se nacionalni antagonizmi rešavaju na način bitno drugačiji od ranijeg.

Tako je donošenjem Uredbe o Banovini Hrvatskoj, kako sa čuđenjem primećuje Slobodan Orlović: „podzakonskim aktom – uredbom - izmenjen ustav?!“<sup>42</sup>, što je ostavilo posledice, između ostalog, i na izborni sistem.

Banovina Hrvatska imala je tako svoje predstavničko telo, Sabor. Član 6. stav 2. Uredbe o Banovini Hrvatskoj kaže da „Sabor sastavljaju zastupnici koje narod slobodno bira opštim, jednakim, neposrednim i tajnim glasanjem sa predstavništvom manjine“. Činjenica da je Uredba predvidela tajno glasanje interesantna je, jer je to rešenje odstupalo od formalnopravno još uvek važećeg Izbornog zakona iz 1931. godine, koji je poznao javno vršenje biračkog prava.

Iako zbog izbijanja Drugog svetskog rata izbori za Sabor nikada nisu održani, postojanje ovakve odredbe, zajedno sa činjenicom da je parlament raspušten, važno je sa teorijskog stanovišta. Ako se ovome pridoda i Uredba o izboru narodnih poslanika za Narodnu skupštinu, jasno je da od stvaranja Banovine Hrvatske konstruisan jedan nov izborni sistem, koji iako nikada nije imao prilike da zaživi, formalnopravno i teorijski predstavlja treću fazu u istorijatu izbora Kraljevine.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Zakonom o nazivu i podeli Kraljevine na upravna područja iz 1929. godine želeo se učvrstiti nacionalni unitarizam i državni centralizam, tj. „hrvatsko pitanje“ je rešavano jačanjem integralnog jugoslovenstva, dok je sa druge strane Uredba o Banovini Hrvatskoj bila nešto potpuno suprotno – popuštanje hrvatskom nacionalizmu i separatizmu.

<sup>42</sup> S. Orlović (2010), 292.

<sup>43</sup> U literaturi se pak izbornom sistemu koji predviđa Uredba iz 1940. godine neopravdano vrlo retko poklanja pažnja, verovatno pod izgovorom da je on ostao mrtvo slovo na papiru. Ovo nije slučaj i sa nekim drugim, istina važnijim aktima, poput Sretenjskog ustava, koji je takođe bio neprimenjen, ali je njegov pravnoistorijski i teorijski značaj nesumnjiv.

Uredba o izboru narodnih poslanika za Narodnu skupštinu Kraljevine Jugoslavije doneta je 12. februara 1940. godine kao podzakonski akt (jer je parlament bio raspušten), ali je sadržinski ona u stvari bila nov izborni zakon. Cilj njenog donošenja bio je upravo da se bezpredstavničko stanje prekine i Jugoslavija ponovo postane parlamentarna monarhija, ali zbog sloma Kraljevine izbori planirani za 1941. godinu nisu održani. Jedan od ciljeva je takođe bio i demokratizacija izbornog sistema i vraćanje u politički život građanskih političkih partija (osnovne crte izbornog sistema koje Uredba uvodi određene su sporazumom Cvetković - Maček).<sup>44</sup>

Proklamovani su slobodni, opšti i jednaki izbori sa tajnim glasanjem. Što se tiče navedene „opštosti“ glasanja, i ovde stoje sve primedbe koje su bile izložene kod ranijih izbornih zakona, jer su iste grupe stanovništva izuzete iz biračkog tela. Propisivanjem tajnog glasanja nestala je kratkotrajna nelogičnost (koja je samo kuriozitet, jer nije imala praktičnog značaja) da se poslanici parlamenta Kraljevine biraju javno, a članovi Sabora Banovine Hrvatske, njenog autonomnog dela - tajno. Štaviše, bila je predviđena kazna za javno glasanje, kakva je u Srbiji postojala još pre ujedinjenja po Izbornom zakonu iz 1890. godine.<sup>45</sup>

Uredbom je zemlja podeljena na 55 izbornih okruga. Uvedene su okružne liste koje su grupisane u jednu zemaljsku listu, koju pak može da podnese svaka politička grupa ili koalicija političkih grupa.<sup>46</sup> Sistem kandidovanja izbornih lista bio je postavljen tako da primora birače da se udruže u veće političke grupe, pa čak i koalicije većih grupa, jer bez takvog udruživanja nisu mogli učestvovati na izborima.<sup>47</sup> Ukрупnjavanje političke scene, tj. „isključivanje malobrojnih grupa birača sa interesima partikularnog karaktera“<sup>48</sup> imalo je za cilj širu koheziju unutar države i staranje o potrebama šireg društvenog interesa, koje se odnosi na celokupnu državnu zajednicu.

Osim navedenih izmena, izbornim sistemom propisanim Uredbom o izboru narodnih poslanika nisu učinjene druge značajnije promene u odnosu na prethodni izborni sistem Kraljevine, ali se one mogu oceniti

---

<sup>44</sup> V. Popović (1961), 69.

<sup>45</sup> Ž. Ristić (1935), 131.

<sup>46</sup> V. Popović (1961), 68.

<sup>47</sup> S. Popović, Izborni sistem u svetu i Kraljevini Jugoslaviji, *Pravni život*, 7 – 8, 1990, 1095.

<sup>48</sup> Ibid.

kao korak ka „izvesnoj demokratizaciji ranijih izbornih načela“.<sup>49</sup> Ova rešenja, kao što je već rečeno, nisu imala primenu u praksi, jer izbori planirani za 1941. godinu, usled sloma države u aprilskom ratu, nisu održani.

\*

\* \*

Izborni sistem Kraljevine SHS, potom Kraljevine Jugoslavije oslanjao se velikim delom na izborne zakone Kraljevine Srbije. Problemi koji su opterećivali Kraljevinu Jugoslaviju od samog njenog nastanka, sve do kraja nisu bili prevaziđeni ni kroz politiku integralnog jugoslovenstva, ni kroz udovoljavanje nacionalističkim i separatističkim težnjama. Način na koji su izbori vršeni i na koji se uopšte odvijao politički život nije odgovarao svim narodima, od kojih neki od početka nisu imali mnogo entuzijazma za stvaranje zajedničke države, a pogotovo ne zajedničke unitarne države „troimenog naroda“. Ogledalo političkih težnji da se na ovaj ili onaj način ti antagonizmi umanje jesu i izborni sistemi koje je Kraljevina poznavala. Međutim, u ovom, kao i u mnogo drugih aspekata međuratne države, pokazala se tačnom latinska maksima: *Quod ab initio vitiosus est non potest tractu tempore convalescere*.

---

<sup>49</sup> V. Popović (1961), 69.

---

**Miroslav Đorđević,**  
Research Assistant  
Institute of Comparative Law Belgrade

## **HISTORY OF ELECTIONS IN THE KINGDOM OF SERBS, CROATS AND SLOVENS AND THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA**

### Summary

Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (later renamed to Kingdom of Yugoslavia) was from its creation until the end of its existence burdened by political and national problems that never found adequate answers. The author analyzes the electoral system of the Kingdom in its three phases: the system of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes; the system of the Kingdom of Yugoslavia and the system that has existed since the creation of the Banovina of Croatia until the collapse of the state in the year of 1941. Although all three phases of the history of the electoral system had its roots in the electoral systems of the Kingdom of Serbia, there were significant differences among them. They were the mirror of political problems, as well as constant inter-ethnic antagonisms. A characteristic of all election laws of the Kingdom of Yugoslavia was the absence of universal suffrage because women and some categories of the male population did not have the right to vote. In addition, electoral systems were often designed to favor large, regime parties. That has threatened parliamentarism, which was even twice completely abolished.

**Keywords:** Electoral System; Election Law; Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes; Kingdom of Yugoslavia; “Vidovdan Constitution”; “September Constitution”.



## РАСПОДЕЛА МАНДАТА У ЕВРОПСКИМ ПОСТКОМУНИСТИЧКИМ ЗЕМЉАМА НА ПРИМЕРИМА ПОЉСКЕ, БУГАРСКЕ, ХРВАТСКЕ И МАКЕДОНИЈЕ

### Апстракт

*У овом раду ће бити приказан систем расподеле мандата након парламентарних избора у Пољској, Бугарској, Хрватској и Македонији. Имајући у виду да се расподела мандата може извршити на различите начине, ова фаза избора се сматра веома битном и самим тим је интересантна за проучавање. За истраживање су одабране европске државе које су некада биле део тзв. комунистичког блока. Овакав одабир је логичан, јер је и наша земља некада припадала овој групи земаља. Пољска је у протекле две деценије често мењала изборни систем, док је Бугарска држава чланица Европске уније, која се граничи са Србијом и има приближан број становника, као и наша земља. Хрватска и Македонија су изабране као некадашње чланице југословенске федерације. Циљ овога рада је да се после проучавања решења у свакој од ових земаља дође до одговарајућих опитних закључака у вези са њима. Жеља аутора је да се на овај начин пружи скроман допринос познавању ове теме код нас, а и шире. Ова знања би могла још више добити на значају, уколико некада у нашој земљи дође до реформе изборног система.*

**Кључне речи:** *изборни систем, начин расподеле мандата, пропорционални, већински изборни системи, тип изборних листа.*

---

<sup>1</sup> Студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, уставноправни смер, спољни сарадник Института за упоредно право у Београду, самостални саветник у Министарству правде и државне управе Републике Србије.

## 1. Уопштено о системима расподеле мандата

Примењивање непосредне демократије у савременим државама, онако како се то некада чинило на атинској Агори је практично немогуће. У данашње време је изузетно тешко, достићи тај идеал да сви учествују у доношењу одлука од општег интереса. Због тога носиоци политичких права у демократским државама, периодично, на парламентарним изборима, бирају оне који ће у њихово име вршити државну власт уз истовремено постојање форми полунепосредне демократије, као што су народна иницијатива и референдум.

После спроведених избора дати гласови на неки начин морају да се претворе у мандате, а како би се формирало представничко тело. Ово је веома битан део самих избора, јер се „тим чином изражава воља бирачког тела. То је једно од најбитнијих питања изборног процеса, од чијег решавања може зависити не само врста страначког система у земљи него и обележја читавог њеног политичког система”<sup>2</sup>. Када је реч о већинским изборним системима, може се казати да је у том случају расподела мандата једноставнија, него што је то случај у пропорционалним системима, односно да је тај систем лакше разумљив за просечног бирача.<sup>3</sup> Изгледа да је у том случају јасно ко ће бити посланик, већ по завршетку гласања, док није такав случај када се спроводе сразмерни избори.

У већинском систему се бирачко тело дели на мале изборне јединице, у којима се бира један представник. Примењује се у варијанти система релативне и система апсолутне већине. Код система релативне већине је изабран онај кандидат који освоји највише гласова. Његов типичан представник је Велика Британија. Овај систем је и најједноставнији и најлакши за разумевање. Нешто сложенији је систем апсолутне већине, према којем кандидат који освоји натполовичан број гласова и то у односу на број бирача који су гласали или који су уписани у бирачки списак у бирачкој јединици, на крају и осваја мандат. Уколико се деси да у првом кругу гласања ниједан кандидат не освоји потребан број гласова, онда се приступа још једном кругу гласања. После другог круга довољно је да неки од кандидата освоји и релативну већину гласова да би био изабран. Постоји и друга варијанта гласања у другом кругу, а таква врста

<sup>2</sup> Р. Марковић, Уставно право, Правни факултет, Београд 2011, 233.

<sup>3</sup> В., Ibid., 240.

гласања се у теорији назива и систем тзв. чисте балотаже. У том случају у други круг улазе два кандидата која су освојила највише гласова у првом кругу и мандат осваја онај кандидат који у другом кругу освоји више гласова. Како би се избегло вишеструко гласање у систему апсолутне већине често се примењује и тзв. алтернативно и преференцијално гласање.<sup>4</sup>

Поменуто је да је сложенији и самим тим теже разумљив поступак расподеле мандата у сразмерном изборном систему. У овом случају имамо два нивоа расподеле мандата. Први ниво је расподела мандата између изборних листа које су учествовале на изборима, док је други додељивање освојених посланичких места кандидатима са листе.<sup>5</sup> Посланичка места се додељују учесницима, односно изборним листама коришћењем одговарајућих метода прерачунавања гласова у мандате.<sup>6</sup>

Када се посланичка места доделе изборним листама, морају се доделити освојени мандати кандидатима са листа. Изгледа да се тек тада види личност посланика који је изабран. Постоји неколико врста изборних листа, које се у теорији различито класификују. У суштини, оне се разликују по томе да ли бирач има или нема права да на било који начин мења предложену листу, као и на који начин је може мењати, ако има то право.

Изборна листа може бити затворена, односно везана, када бирач може само доделити свој глас листи у целини и ништа више од тога. Оваква листа највише одговара руководством политичких партија. Наиме, када се предвиди систем везаних листа вођство политичких странака дефинитивно има израженију улогу и практично бирачима може натурити и кандидата којег они никада не би изабрали. У том случају бирачу остаје само избор да прихвати неку изборну листу у целости, а чију идеологију и политички програм у принципу подржава, без обзира на то што сматра да поједини кандидати са те листе не заслужују да буду његови представници у парламенту или да је, пак, не прихвати. Грађанин нема неку трећу опцију. Он може само да гласа за листу без права да у њој нешто мења и да се евентуално на тај начин изабере кандидати са листе који имају упориште у

<sup>4</sup> В., М. Пајванчић, Изборно право, Правни факултет, Нови Сад 2008, 156-195, Р. Марковић, 232-235.

<sup>5</sup> И. Пејић, „Изборна листа у сразмерном представништву-искуство Србије” у Избори у домаћем и страном праву, Институт за упоредно право, Београд 2012, 80.

<sup>6</sup> В., М. Касаповић, Изборни лексикон, Политичка култура, Загреб 2003, 231-234; М. Пајванчић, 195-219.

бирачком телу. Овакве листе јачају положај страначких руководстава и према самим посланицима. Парламентарци, практично нису могли без подршке страначког вођства ни постати чланови парламента.

Код полуотворене, односно уређене листе се бирачима пружа могућност да поред гласања за листу, уједно и гласају за неког кандидата са исте. На тај начин бирачи изражавају наклоност, односно преференције према одређеним кандидатима. Приликом расподеле освојених мандата тада се мора водити и рачуна о томе колико је гласова добио сваки кандидат са листе и онај који је освојио више гласова ће и постати посланик. Овим се унеколико смањује утицај руководства политичких странака на избор кандидата, јер се даје већа могућност да и у оквиру листе бирачи изаберу посланика по својим жељама. На овај начин се јача и однос између бирача и посланика. Са друге стране, јавља се и такмичење у оквиру самих политичких странака и коалиција, између кандидата. Они су мотивисанији да раде боље у интересу грађана, а да би заслужили њихов глас.

Коначно, имамо и модел тзв. отворене листе који даје могућност да бирачи сами креирају своју листу, односно да одаберу кандидате, који су предложени од стране различитих предлагача. При примени овог типа листе бирачима се даје највећи степен слободе при избору посланика. Они имају не само могућност да мењају редослед на некој листи, већ и да креирају своју листу састављену од кандидата који се налазе на различитим листама.

Дакле, одабир типа изборне листе је битан за саму расподелу мандата, јер изазива последице у погледу начина гласања, као и у погледу тога на који начин политичке странке врше коначан избор између кандидата.<sup>7</sup> Може се закључити да је улога руководства политичких странака при одабиру самих кандидата који ће постати посланици већа, што је сама листа затворенија и обрнуто.

<sup>7</sup> И. Пејић, 80-84, Упор., М. Касаповић, 138-139, 253, 369-370; М. Пајванчић, 94-96.

## 2. Системи расподеле мандата у Пољској, Бугарској, Хрватској и Македонији

### 2.1. Пољска

Парламент у Пољској има дводомну структуру. Број посланика пољског парламента је унапред одређен и то највишим правним актом те земље, Уставом Републике Пољске. Доњи дом пољског парламента, који се назива Сејм, чини 460 посланика, док Горњи дом, Сенат, сачињава 100 сенатора.<sup>8</sup>

Када је реч о изборном систему у Пољској, по том питању се доста „лутало” и често су мењани изборни прописи. Први парламентарни избори у Пољској 1989. године су спроведени по већинском изборном систему, а затим су избори спровођени по пропорционалном изборном систему, уз често мењање метода расподеле мандата.<sup>9</sup> На снагу је 2011. године ступио Изборни законик.<sup>10</sup> Обзиром да је назив акта Изборни законик и да се њиме регулише изборна материја на целовит начин, чини се да је пољски законодавац желео да истакне да је након безмало двадесетогодишњег тражења одговарајућег решења, исто и пронашао, а на темељу искустава из блиске прошлости.

Занимљиво је да се у Пољској Уставом предвиђа да ће изборни систем, када се ради о изборима за Сејм бити пропорционалан.<sup>11</sup> Дакле, сам уставотворац је у Пољској одредио изборни систем за доњи дом парламента, одредивши се за сразмерни изборни систем. Имајући у виду хијерархију правних норми и познато начело *lex superior derogat legi inferiori*, јасно је да у овом случају до промене изборног система може довести само промена наведене уставне одредбе. Но, оваквим решењем пољски уставотворац није у потпуности везао руке законодавцу, већ се пре може казати да му је омеђио простор у оквиру којег би требало да се креће. Тај простор није уско омеђен,

<sup>8</sup> Устав Републике Пољске – Устав Пољске, State Gazette, No. 78, item 483, чл. 96 и 97.

<sup>9</sup> В., М. Јовановић, Обликовање изборне демократије Пољска, Мађарска, Чешка, Словачка, Бугарска, Румунија, Русија, Украјина, Институт за политичке студије, Службени лист СЦГ, Београд 2006, 51-80.

<sup>10</sup> Изборни законик Пољске – ИЗП, State Gazette, No. 21, item 112, No. 94, item 550, No. 102, item 588, No. 134, item 777, No. 147, item 881, No. 149, item 889, No. 171, item 1016, No. 217, item 1281.

<sup>11</sup> Устав Пољске, чл. 96.

већ је остављено законодавцу да у широком простору и бројним варијантама самог пропорционалног система пронађе ону, која би била, баш, по мери пољског уставног и политичког система.

Када се спроводе избори за Сејм цела се земља дели на 41 изборну јединицу и у свакој од тих изборних јединица се бира од седам до деветнаест посланика.<sup>12</sup> Изборне листе на изборима за Сејм имају право да подносе једино изборни комитети које могу формирати политичке странке, коалиције политичких странака и бирачке групе.<sup>13</sup> Током избора за Сејм пољски бирач гласа на тај начин што обележава поље које се налази поред имена одређеног кандидата. Такав глас се у исто време додељује и самој изборној листи којој тај кандидат припада, али и самом кандидату. Приликом додељивања мандата мора се водити рачуна о томе колико је сваки кандидат са неке листе добио гласова, те ће они који су добили више гласова, на крају и освојити мандате.<sup>14</sup> Изборне листе у Пољској су, дакле, полуотворене и овакво решење представља константу у овој земљи од пада Берлинског зида.<sup>15</sup>

Претпостављамо да је пољски законодавац желео да на неки начин умањи несумњиво голем утицај политичких странака, те да ојача везу између бирача и изабраних. Тако се приморавају политичке странке, коалиције политичких странака, као и бирачке групе да у току кандидовања воде рачуна и предлажу кандидате који уживају одређени углед у датој изборној јединици. Такви кандидати им због својих ранијих достигнућа, могу донети гласове на изборима.

Што се тиче расподеле посланичких места прихваћен је систем тзв. највећег количника, који је познат и као Д' Онтов систем, назван по његовом утемељивачу белгијском математичару Виктору Д' Онту. У складу са тим системом број важећих гласова које је добила свака листа се дели са бројем 1,2,3... и даље све до броја посланика који се бира у односној изборној јединици и на тај начин се добијају количници за сваку листу. Тако добијени количници се сврставају по величини, а узима се онолико највећих количника, колико дата изборна јединица бира посланика. Свака листа добија

<sup>12</sup> Office for Democratic Institutions and Human Rights – OSCE, Republic of Poland Parliamentary elections 9 October 2011, OSCE/ODIHR NEEDS ASSESSMENT MISSION REPORT, 9-11 August 2011, <http://www.osce.org/odihr/elections/82336>, 20.09.2013, 3.

<sup>13</sup> ИЗП, чл. 204.

<sup>14</sup> ИЗП, чл. 227-237.

<sup>15</sup> М. Јовановић, 54.

онолико мандата, колико та листа има највећих количника од оних узетих количника сврстаних по величини.<sup>16</sup> Ваљало би поменути да у Пољској постоји и тзв. законски изборни праг или цензус, али се он рачуна на нивоу целе земље, а не на нивоу изборних јединица и износи 5 одсто за политичке странке, док за коалиције политичких странака износи 8 одсто од укупног броја важећих гласова на нивоу територије Пољске.<sup>17</sup> Дакле, да би нека листа стигла до саме расподеле мандата, број њених освојених гласова мора прећи предвиђени цензус. У Пољској цензус не важи за листе националних мањина.

Међутим, када се анализују уставне одредбе које се односе на Сенат, може се приметити да уставотворац, када су у питању избори за Сенат, није одредио који ће изборни систем бити примењен. Дакле, остављено је законодавцу да то одреди. Изборним закоником је прописано да ће се 100 сенатора бирати у складу са већинским правилом, а у варијанти система релативне већине. Законик предвиђа да ће се формирати једномандатне изборне јединице, што значи да ће се формирати на територији Пољске сто једномандатних јединица.<sup>18</sup> Ово је класичан систем релативне већине, а најпознатија примена му је у Великој Британији, када је реч о изборима за чланове британског доњег дома, *The House of Commons*. Поменуто је да се овакав систем спроводи у складу са једноставним правилом да мандат осваја онај изборни такмац који освоји највише гласова и то у једном кругу гласања.

## 2.2. Бугарска

Бугарска има једнодомни парламент који се састоји од укупно 240 посланика.<sup>19</sup> То је земља, која је међу последњим комунистичким земљама Европе почела са реформом изборних институција. Тадашњи креатори изборног система у Бугарској су били у преимућству у односу на пандане у другим европским државама које су напуштале социјалистичку уставност. Они су могли увидети решења других, те њихове врлине и мане.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> В., Р. Марковић, 236; ИЗП, чл. 232.

<sup>17</sup> ИЗП, чл. 196.

<sup>18</sup> ИЗП, чл. 256, 260.

<sup>19</sup> Устав Републике Бугарске – Устав Бугарске, State Gazette 56/13 јул 1991., 85/26 септембар 2003., 18/25 фебруар 2005., 27/31 март 2006., 78/26 септембар 2006, чл. 63.

<sup>20</sup> М. Јовановић, 131.

У почетку у Бугарској су се определили за мешовити систем, који је у себи имао и елементе пропорционалног и елементе већинског система. По том систему постојало је 200 једномандатних јединица и 28 вишемандатних јединица. У једномандатним јединицама посланици су се бирали по двокружном изборном систему са апсолутном већином. Када је реч о вишемандатним јединицама примењена је Д'Онтова формула за претварање гласова у мандате. Посланички мандати у вишемандатним јединицама се међу партијама прво распоређују на националном нивоу, а затим се тако освојени мандати распоређују на нивоу изборних јединица.<sup>21</sup> Сматра се да је овакав изборни модел утицао или послужио као инспирација јапанским експертима који су га изучавали, а пре него што је уведен у Јапану.<sup>22</sup> По окончању првих избора, напуштен је мешовити модел, те се прешло на пропорционални изборни систем са 31 вишемандатном изборном јединицом са 4 до 13 мандата у јединици. Дати гласови су се прерачунавали у мандате употребом Д'Онтове формуле, с тим што су се на тај начин мандати распоређивали и на националном нивоу и на нивоу изборних јединица.<sup>23</sup>

На крају, у овој земљи је 2011. године ступио на снагу Изборни законик којим је, слично као у Пољској, на целовит начин регулисана ова материја. Међутим, по његовом ступању на снагу уследиле су измене и допуне овог акта.<sup>24</sup> Закоником се предвиђа да ће се посланици бирати у складу са пропорционалним изборним системом у вишемандатним изборним јединицама. Изборне листе могу подносити политичке партије, коалиције политичких партија, као и независни кандидати. Постоји и тзв. законски изборни цензус. У расподелу мандата на националном нивоу улазе само странке и коалиције које су освојиле, бар 4 одсто важећих гласова, а независни кандидати морају прећи тзв. изборну квоту у датој изборној јединици.<sup>25</sup> Цела земља се дели на 31 вишемандатну изборну јединицу, од тога 3 изборне јединице морају бити у административном региону Софије, а 2 у административном региону Пловдива. У свакој изборној јединици се бира бар 4 посланика.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> В., Ibid., 132.

<sup>22</sup> Ibid., 150.

<sup>23</sup> Ibid., 132.

<sup>24</sup> Изборни законик Бугарске – ИЗБ, State Gazette, бр. 9/2011, 36/2011, 45/2011, 17/2013.

<sup>25</sup> ИЗБ, чл. 5.

<sup>26</sup> ИЗБ, чл. 67.

Изборним законом је предвиђено да ће се мандати расподељивати у складу са Харе-Нимајеровом методом. Број мандата који се дели између политичких странака и коалиција се добија када се од укупног броја посланика у парламенту одузме број мандата који су освојили независни кандидати. Мандати се прво расподељују на националном нивоу, а онда на нивоу изборних јединица, а у складу са резултатима који су постигнути на оба ова нивоа. Саму методику за одређивање резултата гласања за народне посланике у складу са Изборним законом усваја и објављује у службеном гласилу Централна изборна комисија Бугарске не касније од 65 дана пре дана одређеног за гласање.<sup>27</sup>

Харе-Нимајеровом методом мандати се додељују на тај начин што се број гласова који је добила свака странка или коалиција подели укупним бројем важећих гласова, те се тај количник помножи бројем мандата који се расподељују. На тај начин се добију бројеви који представљају број мандата који је освојила свака странка. Ови бројеви могу бити цели, а могу и имати децимале. Но, може се десити да се при оваквом поступку не расподеле сви мандати, те се прописује метода за расподелу преосталих мандата. Најчешће се предвиђа да ће се они поделити према методи највећег остатка. Ово значи да ће их освојити оне листе чији бројеви садрже веће децимале.<sup>28</sup>

До истог резултата се може доћи и на други начин и то применом Хареове квоте. Наиме, у овом случају се прво израчунава Хареова квота, која је једнака количнику укупног броја важећих гласова и укупног броја мандата. Када се дође до ове квоте, број добијених гласова сваке листе се са истом дели и као у претходној методи се добијају количници који представљају број посланичких места који је освојила свака листа. Уколико се деси да буде нераспоређених мандата, примењује се горе описана метода највећег остатка.<sup>29</sup>

Интересантно је осврнути се на то да је ступањем на снагу Изборног законика била дата могућност бирачима да поред гласања за одређену листу одаберу и одређеног кандидата са те листе. То је решење које, како смо видели, постоји у Пољској. Било је прописано да уколико би неки кандидати освојили, бар 9 одсто таквих, преференцијалних гласова од укупног броја гласова које је добила њихова кандидатска листа они били и изабрани. У случају да

<sup>27</sup> ИЗБ, чл. 251, 26.

<sup>28</sup> В., М. Касаповић, 105.

<sup>29</sup> В., Ibid., 106.

постоји више таквих кандидата жребом би се одлучило који ће бити изабран, а ако нема таквих кандидата, мандати су се додељивали према редоследу са изборне листе. Изменама Изборног законика из фебруара 2013. године овакво решење је укинато, те бирачи немају могућност да својим гласом утичу ко ће бити изабран са неке листе.<sup>30</sup> Листа више није полуотворена, већ је затворена. Првобитним решењем интенција законодавца је била да смањи утицај политичких странака на сам процес бирања посланика и да пружи могућност бирачима да буде изабран кандидат којег они желе и који има неки углед у бирачком телу. Изменама Изборног законика и увођењем затворене листе, одабран је други пут, који јача улогу политичких странака приликом одређивања ко ће постати посланик.

### 2.3. Хрватска

Уставом Хрватске се предвиђа да парламент те земље, Хрватски сабор, има најмање 100, а највише 160 заступника.<sup>31</sup> У Хрватској се после стицања независности често мењао изборни систем, а мењала се и структура парламента од дводомне ка једнодомној. Неки аутори тврде „да је Хрватска у деведесетим годинама представљала прави пробни полигон на којем су се испробавала како огромна моћ савременог изборног инжењеринга у низу у одређеној мери исфабрикованих изборних победа, али су се исто тако откривала и његова ограничења и коначне слабости.”<sup>32</sup> Други примећују да је „изборни систем Хрватске пример генезе од класичног већинског изборног система, преко мешовитог изборног модела рововског типа, до пропорционалног изборног система”.<sup>33</sup>

За изборе за Хрватски сабор је предвиђено да се 140 заступника бира тако да се подручје Републике Хрватске подели на 10 изборних

<sup>30</sup> В., Раније ИЗБ, чл. 252., брисан State Gazette, бр. 17/2013.

<sup>31</sup> Устав Републике Хрватске – УРХ, Народне новине, бр. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 – пречишћен текст, чл. 72.

<sup>32</sup> В., С. Врцан, „Избори у Хрватској деведесетих: симптоматичан случај или аномалија?” у Између ауторитаризма и демократије Србија, Црна Гора, Хрватска, књига I, Институционални оквир, Центар за демократску транзицију, Београд 2002, 230.

<sup>33</sup> М. Јовановић, Изборни системи посткомунистичких држава, ЈП Службени лист СЦГ, Факултет политичких наука, Институт за политичке студије, Београд 2004, 419.

јединица и да се у свакој изборној јединици бира 14 заступника.<sup>34</sup> Изборне јединице образоване су тако да се у већој мери подударају са административном поделом Републике Хрватске на општине, градове и жупаније.<sup>35</sup>

Број заступника који је изабран из сваке јединице се утврђује Д'Онтовим методом. Укупан број гласова који је добила свака листа се дели са бројевима од 1, па до закључно са 14, при чему се у обзир узимају и децимални остаци. Свака од листа добија онолики број заступничких места у Сабору, колико је постигла појединачних резултата међу 14 бројчано највећих резултата. Предвиђен је и законски изборни цензус, те право на учествовање у деоби заступничких места у изборној јединици остварују листе које добију најмање 5 одсто важећих гласова бирача. Са сваке изборне листе се бирају кандидати по редоследу по којем су наведени на листи, што значи да су изборне листе затворене.

Када је реч о националним мањинама предвиђа се број заступника који ће свака национална мањина имати у Сабору. Припадници националних мањина имају право да бирају укупно 8 заступника и сви се бирају у посебној изборној јединици коју чини подручје Републике Хрватске. Право да предлажу кандидате за заступнике националних мањина имају политичке странке, бирачи и удружења националних мањина. Припадници националних мањина бирају заступнике у Сабор појединачним избором, на тај начин што је изабран онај кандидат који је добио највећи број гласова бирача који су гласали, а ако два или више кандидата добију исти број гласова, гласање се понавља.<sup>36</sup>

Неуобичајено решење је формирање посебне изборне јединице за грађане који живе у иностранству.<sup>37</sup> Бирачи који немају пребивалиште у Републици Хрватској имају праву на заступљеност у Сабору и бирају 3 заступника са кандидатских листа у посебној изборној јединици. Број мандата које ће добити нека кандидатска листа се утврђује тако што се укупан број важећих гласова који је добила свака кандидатска листа дели са бројевима од 1, па закључно

<sup>34</sup> В. Закон о изборима заступника у Хрватски сабор, Народне новине, бр. 120/11 – пречишћен текст.

<sup>35</sup> Драган Ђукановић, Изборни системи у земљама насталим на подручју некадашње Југославије, <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0025-8555/2006/0025-85550604513D.pdf>, 20.09.2013, 520.

<sup>36</sup> В. Закон о изборима заступника у Хрватски сабор.

<sup>37</sup> М. Јовановић (2004), 419.

са 3, при чему се уважавају децимални остаци. Од свих добијених резултата трећи резултат по реду је заједнички делитељ којим се дели укупан број важећих гласова који је добила свака листа. Свака кандидатска листа добиће онолико гласова колико пута укупан број њених важећих гласова садржи заједнички делитељ, укључујући и децималне остатке. Интересантно је поменути да је Хрватска 1995. године озаконила најдалекосежнији модел гласања својих држављана који живе изван матице, те им је дато право да бирају 10 одсто Заступничког дома. Каснијим изборним реформама тај удео је смањен.<sup>38</sup>

Очигледно је хрватски изборни систем прошао кроз многе фазе, што је уосталом карактеристика многих земаља, које су напустиле комунизам. Ипак, може се казати да је „хрватски изборни систем веома сличан изборним моделима већине посткомунистичких земаља, укључујући и земље настале на тлу некадашње Југославије”.<sup>39</sup>

## 2.4. Македонија

Македонија је земља која је у процесу транзиције из једнопартијског у вишепартијски систем користила већински изборни систем.<sup>40</sup> Може се рећи да је „актуелни изборни систем Републике Македоније производ честих реформи изборног права, узрокованих проблемом са представљањем, односно заступљеношћу албанске националне мањине”.<sup>41</sup>

Македонски парламент, Собрање, сачињава од 120 до 140 посланика.<sup>42</sup> Према важећем Изборном законуку за Собрање се бира укупно 123 посланика, од тога 120 по пропорционалном моделу на тај начин што се целокупна територија Македоније дели на 6 изборних јединица утврђених Закономом. У свакој од изборних јединица се бира укупно 20 посланика. Три посланика се бирају по већинском систему у једном изборном кругу и то по један у три изборне јединице

<sup>38</sup> В., М. Касаповић, 100.

<sup>39</sup> Д. Ђукановић, 521.

<sup>40</sup> В. М. Јовановић (2004), 155-156.

<sup>41</sup> Ibid., 421.

<sup>42</sup> В. Устав Републике Македоније, чл. 62, <http://www.sobranie.mk/?ItemID=A431BEE83F63594B8FE11DA66C97BEAF>, 22.09.2013.

за Европу и Африку, за Северну и Јужну Америку и за Аустралију и Азију.<sup>43</sup>

Право на подношење листа имају политичке партије самостално или у коалицији, као и бирачке групе. У Македонији је прихваћен модел затворене листе. Глас се за листу, те се заокружује редни број испред листе.<sup>44</sup> Бирач нема никакву могућност да гласа за одређеног кандидата са листе, већ само може прихватити листу као целину.

Расподела мандата се врши у шест изборних јединица у земљи у складу са Д'Онтовим методом. Уколико се при расподели бирачких места појаве два једнака количника мандат се додељује помоћу жреба.<sup>45</sup> Касније се мандати додељују посланицима, а у складу са њиховим редоследом на листи. Када је реч о 3 посланика који се бирају по већинском систему, за посланика је изабран кандидат који је добио највећи број гласова у изборној јединици рачунајући гласове бирача који су гласали, али не мање од 2 одсто од укупног броја уписаних бирача у изборној јединици. У Македонији не постоји законски изборни праг или цензус, те „да нема поделе изборних јединица изборни систем Македоније био би пример чистог пропорционалног система”.<sup>46</sup>

### 3. Закључак

Пад Берлинског зида је као какав весник наговестио промене које су се убрзо збиле на европском континенту. После тог догађаја, некадашње комунистичке државе су одбацивши социјалистичку уставност, почеле да прихватају начела либерално-демократске уставности. Један од првих задатака који је стајао пред њима је било успостављање ваљаног изборног система. Но, показало се да стварање солидног правног оквира који би био баш по мери одређене државе није нимало лак, већ је то замашан задатак.

Могли смо да се уверимо да су земље које смо проучавали често мењале изборне системе. На крају можемо извести закључак

<sup>43</sup> Изборен законик, Службен весник на РМ, бр. 54/11 - пречишћен текст, чл. 4.

<sup>44</sup> ИЗ, чл. 110.

<sup>45</sup> ИЗ, чл. 127.

<sup>46</sup> М. Јовановић (2004), 436.

да су све ове четири земље прихвативши већински изборни систем у почетку, касније исти одбациле. Напустивши већински систем, одлучивале су се за неку од варијанти сразменог система. Изузетак су једино избори за пољски Сенат, где се дистрибуција мандата врши по већинском принципу. Такође, по већинском принципу се расподељују и мандати у Хрватској и Македонији у посебним изборним јединицама где се бирају посланици из дијаспоре, у Македонији, односно представници националних мањина, у Хрватској. Но, овакав систем у суштини не мења начин расподеле мандата у овим државама. У оквиру пропорционалног система три од четири државе тренутно користе Д'Онтов метод расподеле мандата. Такође, само једна од ових земаља, Пољска, је у оквиру сразмерног модела одабрала полуотворени тип изборне листе, док остале примењују затворени тип листе. У земљама које примењују затворени или везани тип листе мандати се додељују према редоследу који је наведен у листи. Тип листа нам може бити добар показатељ да у овим земљама политичке странке још увек љубоморно чувају примат, а када је реч о селекцији кандидата и њиховом коначном избору на место посланика. Осим у Пољској, бирачи немају могућност да изразе своје преференције за поједине кандидате са листе. Законски изборни праг, не постоји једино у Македонији, док је у осталим земљама, које су анализоване, различито одређен.

Изгледа да су се ове државе, након почетне примене већинског система определиле за пропорционални, јер „циљ система пропорционалне заступљености је да и мањина и већина буду заступљене, а уместо превелике или премале заступљености неких странака, да се добијени гласови пропорционално расподеле на места у парламенту”.<sup>47</sup> Очигледно је да овакав систем више одговара приликама у тим земљама, односно омогућава широко представљање различитих интереса у друштву и на тај начин артикулисање истих кроз демократску процедуру. У супротном, када неке друштвене групе не би биле представљене, наступила би опасност за још увек крхки демократски поредак у тим државама. У поновном освајању и усвајању правила демократске игре, чини се да им за ту сврху пре може послужити сразмерни систем, те га због тога и усвајају. Оне у оквиру њега траже ону чаробну формулу расподеле мандата, која ће највише одговарати конкретним приликама у тим земљама. О томе да ли су успели, показаће време, јер оно је најбољи судија свему.

<sup>47</sup> А. Лајпхарт, Модели демократије – облици и учинак владе у тридесет шест земаља, Службени лист СЦГ, Београд 2003., ЦИД, Подгорица 2003, 171.

**Miloš Stanić, LL.M.**

Student of the Phd studies at the Faculty of Law University in Belgrade

## **THE MANDATE'S DISTRIBUTION IN POST-COMMUNIST COUNTRIES OF EUROPE ON EXAMPLES OF POLAND, BULGARIA, CROATIA AND MACEDONIA**

### Summary

In this paper will be presented the mandate's distribution system in Poland, Bulgaria, Croatia and Macedonia, after the parliamentary elections. The mandate's distribution system is the way of converting votes into member of parliament seats, after the completion of voting. This phase of the election can be accomplished in a different ways, and that's why this issue is very interesting to be researched. The author has selected four countries in Europe, which are all ex-communist countries. This choice is quite logic, because our country, Serbia, was part of same system. In the past two decades, the electoral system in Poland has been frequent changed. Bulgaria, Serbia's neighbour, is a EU member state, and has almost the same population, as our country. Croatia and Macedonia have been selected as members of the former Yugoslav federation. The aim of this paper is to bring some general conclusions, after the examination of legal solutions in these countries, in accordance with these solutions. The author wants to provide a modest contribution to the knowledge of this subject in our country, and abroad. This knowledge could in the future gain an importance, if at one time in the future it comes to the reform of the Serbian electoral system.

**Key words:** the electoral systems, the way of the distribution of parliamentary mandates, proportional election systems, majority election systems, the type of lists.



## БАНГАЛОРСКИ ПРИНЦИПИ-ДОПРИНОС РАЗВОЈУ СУДИЈСКЕ ЕТИКЕ

*Најбољи су управо довољно добри за судије.*

(Т. Фивег, 1919)

### Апстракт

*Нацрт бангалорског Кодекса судијског понашања усвојен је 2001. године од стране Правосудне групе Уједињених нација за јачање интегритета правосуђа, а ревидиран је на округлом столу председника судова у Палати мира, у Хагу, 25-26. новембра 2002. године. Принципи су усвојени позивајући се на међународне изворе- Универзалну декларацију о људским правима (1948) и Међународну конвенцију о грађанским и политичким правима (1966), као и на националне изворе- уставе, законе и обичајно право држава, имајући у виду значај права на правично и јавно суђење у разумном року од стране стручног, независног и непристрасног суда за модерно демократско друштво, тј. за поштовање уставности и владавине права. Сврха усвајања ових међународних етичких стандарда јесте уједначавање права на међународном нивоу кроз допринос националним правосудним системима у регулацији професионалне одговорности судија- њиховог понашања и односа према судијској функцији, као и у јачању моралног ауторитета и интегритета судства, али и јачању поверења јавности у судијску функцију која је синоним за честитост, ученост, углед и поштовање.*

**Кључне речи:** *Кодекс судијског понашања, Кодекс судијске етике, Бангалорски принципи, стандарди судијске етике, професионална одговорност, реформа правосуђа.*

---

<sup>1</sup> Студент завршне године Правног факултета Универзитета у Београду

## 1. Судијска етика- појам и место у систему етике

Судијска етика, као посебна врста професионалне етике, која је део етике као науке,<sup>2</sup> (која је, пак, део филозофије), јесте у основи морална.<sup>3</sup> Судијска етика се утврђује институционално-доношењем кодекса, чиме институције прописују оквири за рад и понашање судија.<sup>4</sup> Предмет кодекса јесу моралне вредности и категорије које представљају императивне принципе за живот сваког судије- императивне јер се судија мора придржавати ових, по природи моралних, начела ако жели да врши судијску функцију, а императивне за живот судије- јер судија *per definitionem* мора бити учен, достојанствен, поштен, марљив, вредан и у том смислу је немогуће подвојити ове особине и схватити их само као обележје судије као носиоца јавне функције, већ се схватају као обележја судије

<sup>2</sup> Етика је дескриптивно-експликативно-нормативна наука, која се јавља као морална и као деликтна (неморална), а чији су објекти морална бића, а не моралне норме. Суд моралне оцене мора да буде вођен принципом моралитета, али се морају узети у обзир сви елементи моралитета и иморалитета, сви објективни али и субјективни и лични елементи. Судија моралитета и неморалитета, да би изрекао моралну пресуду, подвргава дело и учioniоце дела суду моралне оцене, тј. процењује њихову моралну вредност. Морална санкција може бити социјална (награда или казна) и унутрашња (душевни мир и грижа савести), в: Т. Живановић, „Основни проблеми Етике (Филозофије моралне)“, Српска краљевска академија, Београд, 1935, 5-7, 39-43.

<sup>3</sup> Етику треба разликовати од морала: етика, као филозофска дисциплина која се бави испитивањем циљева и смисла моралних деловања и понашања, шири је појам од морала и може се дефинисати као наука о моралу. О различитим схватањима о разликовању између етике и морала, в.: Ђ. Ћупић, „Етика и moral novinara“, 2010, 257, <http://www.fpn.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2010/05/14-Prof.-dr-%C4%8Cedomir-%C4%8Cupi%C4%87-Etika-i-moral-novinara.pdf>, 06.05.2013.

<sup>4</sup> Моралност у вршењу јавне службе је најважнији начин спречавања сукоба јавних и приватних интереса, а њеном успостављању се тежи управо због постојања прелазних (трансгресивних) понашања која су неморална, а утемељена на закону, тачније на злоупотреби постојања правних празнина у законодавству. Управо разлог прописивања кодекса понашања јавних службеника- јесте избегавање сукоба интереса, тј. стављање на знање јавним службеницима како избегавати и како се понашати у ситуацијама у којима постоји сукоб интереса, в.: N. Mrvić- Petrović, J. Ćirić, Sukob javnog i privatnog interesa- u trouglu moći, novca i politike, Institut za uporedno pravo i Vojnoizdavački zavod, Beograd, 2004, 124-129. Правни оквир за решавање сукоба интереса представља Закон о спречавању сукоба интереса при вршењу јавних функција, Сл. гласник РС, бр. 43/2004, који је донет услед штете коју су држави и грађанима нанети деловањем јавних службеника у приватном интересу. Овакав посебан закон су донеле Чешка и Словенија (1992), Словачка (1995), Летонија (2002), в.: Републички одбор за решавање о сукобу интереса, Водич кроз прописе о спречавању сукоба интереса, Београд, 2005, 24-31.

као човека.<sup>5</sup> Зато су принципи судијске етике заправо принципи судијског живота, које морал судије смештају у један кодекс и тако судијске врлине усмеравају ка оптималном вршењу функције и рад у општем интересу.

Професионална судијска етика, да би остварила своју сврху, морала би да обухвати: правила о понашању судија пред странкама, правила о понашању судија према колегама, правила о односу судија према пословима из оквира судијске функције укључујући и радно усавршавање, правила о односу судија са јавношћу, правила о понашању и активностима судија ван суда.<sup>6</sup>

Судијска етика се мора константно развијати и усавршавати. Управо је развој судијске етике, која читавој судијској функцији враћа поверење јавног мњења, а тиме и спречава недопуштено уплитање извршне власти у рад судске- разлог доношења Бангалорских принципа. Ови међународни принципи се схватају као допринос развоју судијске етике, а тиме и националних правосудних система, посебно имајући у виду да су многи правни системи и пре доношења Бангалорских принципа, регулисали судијске етичке стандарде.<sup>7</sup>

Ипак, са друге стране, доношење оваквих кодекса и њихово прихватање и придржавање од стране судија- једностран је процес, тј. и даље су обавезане само судије на поштовање ових начела (изузев уставних начела). С обзиром да је за све субјекте који се неосновано уплићу и који се труде да утичу и усмеравају рад судија- морална одговорност недовољна јер је санкција за њих неадекватна, требало би осмислити нове механизме за санкционисање оваквог деловања појединих субјеката и тако поштовање ових узвишених начела који омогућавају судијској функцији да постоји и да се остварује-

<sup>5</sup> Занимљиво је питање да ли се ингеренције државе могу простирати и на сферу приватности (судија), тј. где је граница између политичког и приватног, јер се, у једном смислу, на интересима државе не могу градити универзална права и дужности без одређивања посебних услова- њихово оправдање зависи од одлуке да се оправдају и од сагласности да се они поштују, в.: Ј. Бабић, Морал и наше време, Просвета, Београд, 1998, 119. За судије, моралност и деловање у општем интересу, зарад правде и истине- представља услов за ступање на функцију, па, у том смислу, судија своју сагласност даје не у тренутку приступања Кодексу судијске етике, већ у тренутку ступања на дужност, а можда и пре- одабиром животног позива- позива судије.

<sup>6</sup> Професионална судијска етика представља на само писана, већ и неписана правила о понашању судија, в.: G. Ružić, „Profesionalna sudijaska etika“, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 6/2010, 259.

<sup>7</sup> “По природи судијске функције, национална правосуђа ће усвојити делотворне мере како би се створили механизми за примену ових принципа, осим ако такве мере већ не постоје у њиховим јурисдикцијама,” вид.: Бангалорски нацрт кодекса судијског понашања- одељак о имплементацији, енгл. Bangalore Principles on Judicial Independance, доступно на: [www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial\\_group/Bangalore\\_principles.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf), 30.04.2013.

учинити двостраним процесом.<sup>8</sup> Тако ће начела бити поштована, како од стране достојних судија, тако и од стране свих оних који теже да приграбе све ингеренције судијског позива, срозавајући углед и стандард живљења судија на неопходан минимум.

## 2. Бангалорски Кодекс судијског понашања- појам, принципи и значај

Принципи који теже да успоставе стандарде етичког понашања и рада судија и да националним правосудним системима омогуће оквире за регулисање судијског понашања- Бангалорски принципи, јесу: независност, непристрасност, интегритет, примереност, једнакост, посебност, ревност судија. Садржани су у Кодексу судијског понашања (2002).

### 2.1. Принцип независности судија

*„Судијска независност је предуслов владавине закона и фундаментална гаранција праведног суђења. Зато ће судија подржавати и развијати независност како на индивидуалном, тако и на институционалном плану.“*

*-први принцип-*

Принцип независности подразумева да судија независно обавља своју функцију, тј. да одлуке доноси на основу оцене

<sup>8</sup> Кривичним закоником Р. Србије, Сл. гласник бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009 и 121/2012, регулисана је група кривичних дела против правосуђа (глава XXX): непријављивање припремања кривичног дела (чл. 331), непријављивање кривичног дела и учиниоца (чл. 332), помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела (чл. 333), лажно пријављивање (чл. 334), давање лажног исказа (чл. 335), спречавање и ометање доказивања (чл. 336), ометање правде (чл. 336 б), повреда тајности поступка (чл. 337), побуна лица лишених слободе (чл. 338), бекство и омогућавање бекства лица лишеног слободе (чл. 339), неизвршење судске одлуке (чл. 340), противзаконито омогућавање вршења одређених позива, функција, дужности, послова и делатности (чл. 341), надриписарство (чл. 342). Кривично дело недозвољеног јавног коментарисања судских поступака пре правноснажности пресуде, уведено изменама и допунама КЗ од 2009. године, изостављено је из КЗ изменама КЗ од 2012. године. Детаљније о декриминализованом поменутом кривичном делу (чл. 336 а КЗ), в.: Н. Делић, „Кривична дела против правосуђа у светлу измена и допуна из 2009 године“, Годишњак Правног факултета, Београд, бр. 1/2010, 77-103.

чињеница и у складу са тумачењем права, слободно од било каквих директних или индиректних спољних утицаја, подстицаја, притисака, претњи или мешања, од било кога или због било чега; да је судија независан у односу на друштво у целини и у односу на стране у поступку у коме суди, као и у односу на извршну власт што значи да нема непримерених веза са осталим гранама власти, да није под њиховим утицајем, као и да разумном посматрачу делује да такве везе и утицаји не постоје. Судија је у обављању судијских дужности независан и од колега у погледу одлука које самостално доноси. <sup>9</sup>У циљу обезбеђења судијске независности, судија је дужан да се придржава смерница за обављање судијских дужности, као и да промовише високе стандарде судијског понашања.<sup>10</sup>

## 2.2. Непристрасност судија

*Непристрасност је суштински појам за правилно обављање судијске функције. То се не односи на саму одлуку, већ и на поступак на основу којег се одлука доноси.*

*-други принцип-*

Непристрасност судије значи да судија правилно врши своју функцију, непристрасно у односу на поступак у коме суди и у односу на одлуку, без фаворизовања, предубеђења или предрасуда, тако што својим понашањем у суду и ван суда одржава и јача поверење јавности, правне професије и странака, непристрасност судије и

---

<sup>9</sup> Судијска независност је “насушни хлеб, вода за пиће и ваздух за дисање сваког суда права и правде који се налази под сводом права и правне државе”, в.: Г. Радбрух, Филозофија права, Правни факултет, Београд, 2006, 293. Проф. Перовић наводи три димензије судијске независности: независност у поступку примене права, статусну независност и јемства/ гаранције независности судије, в.: S. Perović, *Sudijska nezavisnost, Prolegomena*, Beograd, 1998, 23 и даље.

<sup>10</sup> У случају *Fletcher v. Peck* (1810, Georgia State General Assembly), Врховни суд САД-а је потврђивао корупцијску продају земље одобрену од стране законодавца у Џорџији; на суд уопште није утицала чињеница да су сви сем једног законодавца били подмићени, в.: [http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1810/1810\\_0](http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1810/1810_0), 30.05.2013, наведено према S. Rouz-Ejkerman, *Korupcija i vlast- uzroci, posledice i reforma*, Sl. glasnik, Beograd, 2007, 168-169. као пример да успостављање поштеног, независног судства није довољно ако је корупција уобичајена

судства.<sup>11</sup> Судија настоји да се понаша тако да избегне ситуације изузећа или искључења, као и да даје коментаре или изјаве пре или у току поступања, за које се може оправдано претпоставити да могу утицати на окончање таквих поступака или угрозити правичност поступка. Случајеви изузећа судија подразумевају нарочито ситуације када: судија није у могућности да донесе непристрасну одлуку, или када има предубеђење или предрасуду о страни у спору или лично сазнање о спорним доказним чињеницама о поступку, или када је претходно поступао као адвокат или је био материјални сведок у спорном предмету, или судија или члан његове породице има економски интерес у решењу предмета спора.<sup>12</sup>

### 2.3. Интегритет судија

*Интегритет је неопходан за правилно обављање судијске функције.*

*-трећи принцип-*

Понашање судије мора да буде беспрекорно, без икакве мрље и то из угла разумног посматрача. То значи да није довољно да судија сматра да је правда задовољена, већ мора бити очигледно да је правда задовољена. Интегритет судија доводи до јачања, односно враћања поверења грађана у судство.

<sup>11</sup> У овом случају ради се о питању непристрасности у спровођењу права (а не питањем у ком степену је идеја непристрасности остварива, тј. остварена)- основна улога судије јесте да буде независан и непристрасан доносилац одлука; непристрасност је једна од најважнијих професионалних врлина судија. Непристрасност се схвата као одсуство наклоности некој од страна, а зависи од индивидуалних својстава појединца. О односу идеје непристрасности и права, посебно в.: D. Franeta, „Ideal nepristrasnosti u etici i pravu“, Civitas, Novi Sad, бр. 2/2011, 9-20, в.: [http://civitas.fpps.edu.rs/02/Civitas\\_No\\_2.pdf](http://civitas.fpps.edu.rs/02/Civitas_No_2.pdf), 26.05.2013.

<sup>12</sup> Бангалорским принципима је предвиђено и да изузеће судије неће бити захтевано ако ниједан други суд није у могућности да се бави предметом, или ако је поступак хитан. Разлози за искључење и изузеће судија су у нашем праву регулисани Законом о парничном поступку, Сл. гласник РС, бр. 72/2011; в.: чл. 67: Судија може да буде изузет ако постоје околности које доводе у сумњу његову непристрасност, и даље, чл. 67-73. Закона.

## 2.4. Примереност судија

*Примереност, и утисак примерености, суштински су за обављање свих активности од стране судије.*

### *-четврти принцип-*

Судија је дужан да избегава не само непримерено понашање, него и утисак непримерености и то током вршења било које (тј. сваке) од судијских функција. Судија је дужан да се понаша у складу са дигнитетом судијске функције и треба да, својеволјно, прихвати одређена додатна лична ограничења у односу на остале грађане (судија има право, као сваки грађанин, на слободу говора, мишљења, удруживања, окупљања, и др. али увек мора да се понаша примерено својој функцији). Судија не сме да дозволи да његова породица или друштвени односи утичу на обављање функције, нити сме да користи или уступа престиж судијске функције ради остваривања приватних интереса (забрана сукоба интереса). Поверљиве информације, до којих дође у вршењу своје функције, судија не сме да објави или користи у било коју сврху која није у вези са његовим дужностима. Судија је дужан да, у својим односима са другим правницима у суду, избегава ситуације које могу бити узрок разумне сумње или утиска фаворизовања или непристрасности, као и што не сме да дозволи да се његово пребивалиште користи ради примања клијената или других припадника правничке професије.

Током вршења судијске функције, судија може да оснује или да приступи удружењу судија или да учествује у другим организацијама које заступају интересе судија; може да се бави писањем, подучавањем, да предаје и учествује у активностима и на јавним расправама у вези са правом, правним системом, применом права или сродним областима (али не може да се бави приватном праксом док врши функцију судије); може да буде члан у званичном органу или другој владиној комисији, комитету или саветодавном телу, под условом да такво чланство није у супротности са непристрасношћу и политичком неутралношћу судије.

Никакав поклон, завештање, зајам или услугу, као ни награду ни бенефицију, ради чињења или нечињења у вршењу судијске функције, судија (као и чланови његове породице, судско особље и остала лица под утицајем, надзором или контролом судије) не сме

да тражи нити прихвати. Изузетно, мали симболични и примерен поклон, награду или бенефицију, судија може прихватити, ако то не значи нити ствара оправдан утисак да су учињени у намери да се утиче на судију у обављању судијских дужности и под условима прописаним законом.

## 2.5. Једнакост

*Обезбеђење једнакости свих у третману пред судом суштински је важно за правилно обављање судијске дужности.*

*–пети принцип–*

Судија је дужан да разуме и да буде свестан разлика у друштву и посебности које различите групе у друштву поседују и да не манифестује, изричито или конклюдентно, предубеђење или предрасуду према било ком лицу или групи, као и да се према свим лицима са којима се сусреће у вршењу функције (странке, сведоци, адвокати, судско особље и колеге судије) опходи са дужним уважавањем. Судија такође не сме да дозволи судском особљу и другим лицима под његовим утицајем, надзором или контролом, могућност да направе овакво разликовање, а дужан је и да захтева од адвоката у поступку пред судом да се уздрже од изражавања предубеђења или предрасуда заснованим на поменутом разликовању, осим када је такво изражавање правно релевантно за поступак, када може бити предмет расправе.

## 2.6. Посебност и ревност

*Посебност и ревност су предуслови за правилно обављање судијске функције.*

*–шести и седми принцип–*

Обавезе судије у вршењу функције- вођење поступка и доношење одлуке, као и извршавање других задатака битних за

судијску функцију и функционисање суда, имају првенство у односу на све остале професионалне активности. Судија има дужност да се континуирано усавршава, да развија своја знања, вештине и квалитете неопходне за правилно обављање судијске функције, као и да се редовно информисе о променама у међународном праву. Ред и углед током свих поступака пред судом и поштовање и уважавање при комуницирању са странкама, поротницима, сведоцима, адвокатима-судија је дужан не само да одржава, већ и да захтева од свих лица у суду који су под његовим утицајем, надзором или контролом.

### 2.7. Лица на која се примењују Бангалорски принципи

Лица на која се примењују Бангалорски принципи су: судија – лице које има судијску власт; породица судије- брачни друг судије, син, кћерка, зет или снаја, било који други блиски сродник или лице које је пратилац или запослено код судије или живи у домаћинству судије, с тим што брачни друг судије подразумева и ванбрачног партнера; судско особље- лично судско особље судије, укључујући и особље писарнице.

### 3. Стандарди судијске етике у нашем праву

*„Све судије да суде по законнику право како пише у законнику, а да не суде по страху од царства ми.“*

(Душанов законик, чл. 172.)

Стандарде судијске етике Р. Србије усвојило је Друштво судија Србије<sup>13</sup>, које је основало и Савет за етичка питања, орган Друштва који даје мишљења и препоруке поводом етичких питања везаних за поступање судија у Р. Србији. Стандарди судијске етике су: независност, праведност, професионалност, слобода, храброст,

<sup>13</sup> Друштво судија Србије основано је 1997. године, и представља добровољно, струковно, невладино и недобитно удружење, које се залаже за изградњу правне државе и владавине права, афирмацију права као струке, успостављање независног, самосталног, непристрасног, стручног, ефикасног и одговорног судства, унапређење прописа, јачање угледа, професионалне етике и достојанства судија и успостављање материјалне и друштвене сигурности судијског позива, в.: Статут, чл. 1. и 2, доступно на: <http://www.sudije.rs/files/file/STATUT%20DRUSTVA%20SUDIJA%20SRBIJE.pdf>, 29.05.2013. године.

доличност, неподмитљивост, посвећеност, аполитичност, оданост кодексу и усклађени су са Бангалорским принципима:

Независност (*Буди независан*)- Судија треба да суди на основу сопствене процене чињеница и сопственог схватања закона, без ограничења и тако да не подлеже спољним или унутрашњим утицајима, подстицајима, притисцима, претњама, интервенцијама, непосредним или посредним, са било које стране и из било којих разлога.

Независност судија је уставно начело од тренутка доношења првог нашег Устава од 1835. године (чл. 80), што чине и сви потоњи српски уставни: Устав од 1838. (чл. 44), Устав од 1869. (чл. 109 и 110), Устав од 1888. (чл. 147), Устав од 1901. (чл. 87), Устав од 1903. (чл. 146), као и модерни српски уставни- Устав од 1990. (чл. 96) и Устав од 2006. (чл. 142 и посебно чл. 149).<sup>14</sup>

Праведност (*Буди праведан*)- Судија треба да сваком призна оно што му припада, у једнаком поступању са једнаким стварима, у неједнаком поступању са неједнаким стварима сразмерно њиховој неједнакости и у поступању према другоме као према себи.

Некада се, по Уставу од 1869. године (чл. 109), правда изрицала „у име Књаза“, а касније, по Уставу од 1888, 1901. и 1903.- „по закону, а у име Краља“, а данас „у име народа“.

Професионалност (*Буди професионалан*)- Судија треба да врши своју дужност стручно, савесно, непристрасно, објективно, марљиво, ефикасно и културно, водећи рачуна о редоследу пријема предмета и њиховом значају, односно карактеру.<sup>15</sup>

Слобода (*Буди слободан*)- Судија треба да буде слободан у одлучивању и зато мора да буде способан да се одупре дневној политици, центрима моћи, јавном мњењу, предрасудама, искушењима, пороцима, страстима, приватним и породичним интересима и другим унутрашњим и спољним утицајима.

<sup>14</sup> Судство је огледало слободе грађана и демократске организације власти у држави; судство је најкласичнији државни орган и мора да буде независно и самостално, не само *de jure*, него и *de facto*. Доношењем новог Устава од 2006. године судство није ојачало уставну позицију, већ су његов положај и надлежност остали у домену закона и политичке процене, в.: Т. Илић, *Sudstvo i prava čoveka u Jugoslaviji*, SVEN, Niš, 2008, 5-6.

<sup>15</sup> Професионалност свакако има и своје негативне последице, од којих треба навести барем две најважније: прва- апсолутна професионалност, која подразумева екстремну идентификацију са професијом, када само рад има смисао и интерес и, друга- губитак аутономије, када циљ коме се тежи постане далек јер је професионалац постао роб новца, просперитета, успеха или роб императива саме професије, в.: V. Kamps, *Javne vrline*, Filip Višnjić, Beograd, 2007, 89-91.

Слобода је предуслов одговорности; судија мора аутономно одлучивати да ли ће изабрати између две или више могућности на основу прописа али и своје савести. Оваква слобода у деловању је неопходна. Супротно је незамисливо.<sup>16</sup>

Храброст (*Буди храбар*)- Судија мора да одолева претњама, уценама и другим насртајима на његову личност и његов интегритет.

Судија, као и припадници других професија које су изложене притисцима, мора да брани своју професију. Бранећи своју професију, судија брани себе, брани све садашње судије и све будуће судије. Бранећи своју професију, храбро и истрајно, судија обезбеђује опстанак и деловање начела поделе власти, демократије и правне државе.

Доличност (*Буди доличан*)- Судија треба да се уздржава од сваког поступка који је недоличан или оставља такав утисак, као и од поступка који изазива подозрење, подстиче сумњу, слаби поуздање или на други начин нарушава поверење у суд и његову објективност.

Неподмитљивост (*Буди неподмитљив*)- Судија не сме да суди остварујући или очекујући какву корист за себе или другог.

Посвећеност (*Буди посвећен*)- Судија мора да буде посвећен позиву, па не може обављати другу дужност, службу или посао ако тиме нарушава поверење у суд, углед суда и независност судске власти.

Аполитичност (*Буди аполитичан*)- Судија може имати своја политичка убеђења, али се мора уздржати од неприличне политичке активности и не сме допустити да политика утиче на судску одлуку.

Оданост кодексу (*Буди одан кодексу*)- Стандарди за етичко понашање судија утврђени овим кодексом треба да постану филозофија и начин живота свих судија.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Личност која је слободна да чини оно што жели да чини, још увек може да буде у позицији да има вољу коју жели. Ако та личност ужива и слободу деловања и слободу воље, тада она није слободна да чини оно што жели да чини; она је такође слободна да жели оно што жели да жели. У том случају, личност има сву слободу коју је могуће пожелети или замислити, вид.: Н. G. Frankfurt, „Sloboda volje i pojam ličnosti“, u: Petar Bojanić, Predrag Krstić, Odgovornost individualna i kolektivna, Službeni glasnik, 2008, 193.

<sup>17</sup> Свако од 10 начела (канона), разрађено је посебним принципима, доступно на: [http://www.sudije.rs/files/file/pdf/standardi\\_sudijske\\_etike.pdf](http://www.sudije.rs/files/file/pdf/standardi_sudijske_etike.pdf), 13.05.2013.

#### 4. Природа судијске одговорности и Стандарди судијске етике

Одговорност судија је у суштини по својој природи иста као и природа осталих носилаца јавних функција- правна (кривична, грађанска, дисциплинска, политичка) и ванправна. По Уставу Р. Србије од 2006. године, судијама је забрањено политичко деловање.<sup>18</sup> Законом о судијама од 2012. године, прописано је да судија не може бити члан политичке странке, нити може деловати на други начин, бавити се било којим јавним или приватним плаћеним послом, нити пружати правне услуге или савете уз накнаду. Такође, прописана је неспојивост судијске функције са функцијама органа који доносе законе, органима извршне власти, јавним службама и органима аутономних покрајина или јединица локалних самоуправа.<sup>19</sup> Правна политичка одговорност судија, која се огледа у разрешењу судије, тј. престанку функције пре истека времена на које је изабран а из законом прописаних разлога, за разлику од осталих носилаца јавних функција, није пред Народном скупштином, већ пред Високим саветом судства. Изузетак важи за председнике судова (укључујући и председника Врховног касационог суда), које разрешава Народна скупштина, а на предлог Високог савета судства.

Стандарди судијске етике доприносе моралној одговорности судија, која представља врсту ванправне одговорности. Иако нису правом санкционисани, већ моралом- поменути стандарди ипак имају велику важност као путоказ и сталан подсетник како за судије при вршењу функције, тако и за најширу јавност- као образложење садржаја судијске функције, тежине положаја и високоморалности судија која може и мора да служи за углед и да подстиче на поштовање.

За време вршења функције, судија ужива имунитет, који је гарантован Уставом Р. Србије од 2006. године, а који подразумева да судија не може бити позван на одговорност за изражено мишљење или гласање приликом доношења судске одлуке, осим ако се ради о кривичном делу кршења закона од стране судије, као ни да судија не може бити лишен слободе у поступку покренутом због кривичног дела учињеног у обављању судијске функције без одобрења Високог савета судства.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> В.: Устав Р. Србије од 2006. године, чл. 152. Неки уставни, попут Устава Португалије од 1976. године, изричито прописују: „Активне судије не могу обављати било коју другу плаћену јавну или приватну функцију. Активне судије не могу бити именоване у службене комисије изван суда без дозволе Високог савета судске власти“, наведено према Р. Марковић, Уставно право и политичке институције, Правни факултет и Службени гласник, Београд, 2008, 517.

<sup>19</sup> В.: Закон о судијама, Сл. гласник РС, 121/2012 и 124/2012, чл. 30.

<sup>20</sup> В.: Устав Р. Србије од 2006. године, Сл. гласник РС бр. 98/2006, чл. 151.

## 5. Неопходност реформе правосуђа у Р. Србији

Стање судства у Р. Србији је такво да је реформа неопходна. Једна реформа је већ спроведена неуспешно, а затим и реформа реформе, такође неуспешно.<sup>21</sup> Можда би најбоље било кренути са новом реформом од самог почетка- расписивањем конкурса, како се не би обесмислио узвишен смисао и циљ реформе српског правосуђа- очувања независности судијске функције и спречавања недозвољеног и прекомерног утицаја других грана власти (посебно извршне).<sup>22</sup> Узимајући у обзир последице које је реформа произвела у правосуђу, може се оправдано поставити питање *циља* који се желео постићи оваквом реформом- реформа и уздизање угледа судства или сасвим супротно- отварање простора за још веће, политичке и друге, утицаје на судство и судије.

Посебан значај и улогу у оваквој ситуацији у којој се налази српско правосуђе и у оваквом процесу транзиције у којој се још увек налази наше друштво- има Уставни суд Р. Србије, од кога се очекује да исправи све неправилности, и то у најкраћем року. Међутим, Уставни суд, преоптерећен уставним жалбама грађана које се углавном односе на повреду права на суђење у разумном року, а и често условљен неблагонаклоним политичким окружењем, принуђен је да одлаже решавање најзначајнијих судбоносних државних питања. Ипак, „Правда је спора, али достижна“ и на одлуке Уставног суда вреди чекати, поготово имајући у виду да је и сам Устав Р. Србије, о чијим

<sup>21</sup> Последице спроведене реформе су: снижење постојећег стандарда заштите људских права, безвољност творца реформе да се одређени проблеми заиста реше, потпуно урушавање угледа судства, покушај партизације правосуђа. Читав процес извршен је у веома кратком року и без детаљне и квалитетне анализе проблема са којима се правосуђе суочавало, в.: Ана Кнежевић Бојовић, Mario Reljanović, „Reforma pravosuda“, Strani pravni život, Institut za uporedno pravo, Beograd, 89-117. Известиоци Венецијанске комисије су, приликом изјашњавања о реизбору судија, сматрали да су предложена решења несразмерна у односу на проблем корупције и да судије које су у том тренутку вршиле судијски позив не треба смењивати с положаја, осим уколико се докаже да су се судије које су уклањају из правосуђа огрешиле о свој позив или да су неспособне за његово обављање, в.: P. Vukasović, „Venecijanska komisija i njeno bavljenje Srbijom“, Strani pravni život, Institut za uporedno pravo, Beograd, 29.

У упоредном праву, лоше функционисање судства карактерише Латинску Америку и источну Европу, па се корупција јавља као одговор на основне проблеме у спровођењу правде, в.: S. Rouz, 163.

<sup>22</sup> Реформа правосудног поретка у Србији усмерена је: у правцу јачања независности судија и судова, ефикасности судова, одговорности судија и у правцу уже специјализације судова и судија, в.: М. Gajinov, „Uloga i značaj Saveta za etička pitanja Društva sudija Srbije i Standardi sudijske etike“, Pravo- teorija i praksa, Beograd, br. 3-4/2009, 12.

Детаљније о реформи, в.: Информатор о раду Друштва судија Србије, са пратећим документима: [http://www.sudije.rs/files/file/pdf/Informator,%20redovni%20broj%206\\_%20decembar%202010\\_.pdf](http://www.sudije.rs/files/file/pdf/Informator,%20redovni%20broj%206_%20decembar%202010_.pdf), 20.05.2013.

повредама Уставни суд одлучује- непрестано изложен *нападима*, што стручним што нестручним, што унутрашњим што међународним, што од стране јавног што од стране невладиног сектора.

## 6. Закључак

*„Судија не зависи у изрицању своје пресуде ни от кога у Србији, до од закона Србског; никаква ни већа ни мања власт у Србији не има права отвратити га од тога, или заповедити му, да другчије суди, него што му закони предписују. Тому треба и да се закуне при наименованију.“*

(Устав од 1835. године, чл. 80)<sup>23</sup>

Судије се, и по Уставу од 2006. године као и по првом српском Уставу од 1835. године, пре ступања на функцију, заклињу пред Народном скупштином: *„Заклињем се својом чаићу да ћу своју функцију вршити верно Уставу и закону, по најбољем знању и умећу и служити само истини и правди.“*<sup>24</sup> Судија је не само професионалац, већ и врстан човек, супериоран у свом поимању правде, правичности и истине. Судија мора поседовати знање, мудрост, слободу, толерантност, разумевање, солидарност, поузданост. Судија мора бити ефикасан и одговоран у свом раду, мора око себе створити штит истине и правде и борити се свом снагом да тај штит никада не буде отклоњен. Судија, као човек са ексклузивним врлинама, мора бити срећан када помаже, а помаже и штити увек. Најбоља и највећа награда једном судији је поштовање и углед који ужива, као и дивљење- што је свој живот успео да усмери у правцу освајања и очувања ових врлина.

Управо је у томе и значај како Бангалорских принципа, тако и Стандарда судијске етике- као какав споменик, ова начела се уздижу изнад свих неморалности, притисака, претњи и уцена, ова начела

<sup>23</sup> Такође, у Уставу Р. Србије од 2006. године, у чл. 149, прописано је: *„Судија је у вршењу судијске функције независан и потчињен само Уставу и закону. Сваки утицај на судију у вршењу судијске функције је забрањен.“*

<sup>24</sup> В.: Закон о судијама, „Сл. гласник РС“ бр. 121 и 124/2012, чл. 54. Занимљиво је да су у ранијим заклетвама доминирала религиозна обележја, којих сада нема, вид.: *„Заклињем се свемогућим Богом, да ћу поштовати устав, управљати се по земаљским законима и свакоме судити непристрасно и без предубеђења, тако ми Бог помогао овога и онога света“, в: Уредба о суду добрих људи, Збирка закона, Гојко Никетић, Геца Кон, 1933, чл. 39.*

---

штите судијску личност, живот и функцију, подсећајући јавност, али и саме судије- колики је значај сваког судије и суда понаособ. Ова начела омогућавају судијама да достојанствено стану у одбрану своје функције и свог положаја и да у томе буду доследни, истрајни, храбри и непоколебљиви.

**Rada Mirić**

Final year student

Faculty of Law University of Belgrade

## **BANGALORE PRINCIPLES ON JUDICIAL INTEGRITY- CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT OF JUDICIAL ETHICS**

### Summary

The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct was adopted at 2001 year, by the Judicial Group of the United Nations on Strengthening Judicial Integrity and was revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace in The Hague, November 25-26, 2002 year. The following principles were adopted where the international sources- Universal Declaration of Human Rights (1948) and the and the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), as well as national sources- constitutions, laws and common law countries, bearing in mind the importance of a fair and public hearing in a reasonable time by a competent, independent and impartial court for a modern democratic society, for respecting the Constitution and the rule of law. The purpose of the adoption these international ethical standards is the equalization of the rights on the international level by contributing to the national court systems in regulation of professional responsibilities of the judges, their behavior and attitude towards the judicial function, as well as to strengthen the moral authority and integrity of the judiciary and strengthening public confidence in the judicial function which is synonymous with integrity, eruditeness, reputation and respect.

**Key words:** Code of Judicial Conduct, Code of Judicial Ethics, the Bangalore Principles, Standards of Judicial Ethics, professional responsibility, reform of the judiciary.

**РЕГУЛИСАЊЕ ИНТЕРНЕТ ИГАРА НА СРЕЋУ У МАЛТИ**

## Апстракт

*Вековима су највеће битке вођене за освајање територија. Међутим, како технологија напредује, територије су све мање важне, али доминација на интерактивном небу је све пожељнија. Заправо, кроз интернет доминацију лако падају и територије, јер брзина у размени информација данас је кључна за што боље економско позиционирање које нас у овом раду највише занима. Посебно у сегменту игара на срећу. Интернет је као глобални медији до ногу потукао сваки вид ригидне одбране у овој области и државе су дошле у ситуацију да проналазе решења како да заштите своје националне интересе и при том сузбиле „сива“ тржишта којих је све више. Игнорисање решавања овог проблема само проблем продубљује, јер све оно што можда можете да урадите данас, већ сутрадан нећете моћи. Технолошке иновације вас у галопу победе. Како напредује развој интернета, тако напредује и понуда игара на срећу преко интернета. Сваки вид забране одређеног сајта који нуди игре на срећу само је привремено решење, јер у мору сајтова који егзистирају на интерактивном небу просто је немогуће сваки забранити. И ту долазимо до кључног проблема који потреса државе у овој области, а он гласи - како заштити националне интересе и како сузбити сиво тржиште у интернет играма на срећу?*

**Кључне речи:** интернет игре на срећу, надлежности малтешке Управе за лутрију и игре на срећу, правно регулисање интернет игара на срећу, сузбијање сивог тржишта.

---

<sup>1</sup> Докторант на Правном факултету универзитета „Унион“ и председник Скупштине Државне лутрије Србије.

## 1. Увод

У Европској унији одавно се води жестока битка између оних који се залажу да се доносе јединствена правна регулатива на нивоу Европске уније везана за даљинско приређивање игара на срећу и оних који су за то да ти прописи ипак остану нивоу сваке од земаља чланица. Судаћи по досадашњој пракси, очигледно је да још дуго неће доћи до компромиса, што у много чему нарушава основне постулате Европске уније о јединственом тржишту. Ипак, желећи да се ухвати у коштац са овим проблемом, а схватајући да у ери напретка интернет комуникација свака држава појединачно није у стању да испрати технолошке напретке у приређивању интернет игара на срећу, па самим тим ни борбу против илегалног приређивања интернет игара на срећу, Европска комисија је донела одлуку у којој је навела пет области у којима ће фокусирати њен рад у области даљинског приређивања игара на срећу<sup>2</sup>. То су:

1. Усклађивање националних закона са законима Европске уније
2. Јачање административне сарадње и ефикасно спровођење прописа
3. Заштита свих потрошача, посебно малолетника и угрожених група
4. Сречавање превара и прања новца
5. Заштита интегритета спорта и борба против намештања утакмица.

Основни проблем нерегулисаног стања на нивоу Европске уније је чињеница да су поједине државе чланице Европске уније донеле своје законе по којима су, уз законом прописана правила, омогућиле да приређивач игара на срећу добије дозволу за приређивање интернет игара на срећу, док у једном броју земаља чланица тако нешто није могуће. Такође, постоје државе које су омогућиле добијање лиценце за ову врсту делатности, али приређивач мора бити искључиво регистрован на територији државе од које је добио лиценцу и у тим државама постоји веома јака заштита интерактивног неба. То значи да, рецимо, приређивач који је добио лиценцу у Великој Британији и тамо је регистрован, не може своју понуду за интернет клађење да пружи у Италији, која дозвољава да на њеном интерактивном небу понуду може да пружи само приређивач,

<sup>2</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/gambling/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/gambling/index_en.htm), 25.07.2013.

који је регистрован и своју делатност обавља у Италији. Све то жестоко нарушава основне постулате јединственог тржишта, који су као такви прописани на нивоу Европске уније, али се решење овог проблема још увек не назире. Такође, мора се нагласити, и Србија се суочава са овом проблематиком, обзиром да је Закон о играма на срећу из 2011. године дозволио приватним приређивачима игара на срећу да приређују посебне игре на срећу путем интернета, али до данас нису донети подзаконски акти који би прецизно дефинисали на који начин се добија лиценца, тако да је закон још увек само мртво слово на папиру<sup>3</sup>.

Прва земља чланица Европске уније која је својим унутрашњим законодавством регулисала даљинско приређивања игара на срећу, због које је иначе овај „проблем“ и настао, била је Малта. Њен „Remote Gaming Regulations 2004“<sup>4</sup> је подзаконски акт, правилник, који би свима могао да буде одличан показатељ како се интернет игре на срећу могу увести у систем, у коме ће држава - давалац лиценце и приређивачи игара обострано бити задовољни. Малта је доношењем овог правилника још 2004. године показала да *of shore* дестинације нису више порески рајеви, већ да се претварају у озбиљне системе у којима се развија озбиљан бизнис, заснован на поштовању јасно прописаних критеријума.

## 2. Лиценцирање

### 2.1. Захтев за издавање лиценце

Најпроблематичнији део у свим европским законодавствима која регулишу даљинско коцкање је свакако прописивање неопходних услова које приређивачи морају испунити како би добили лиценцу за приређивање интернет игара на срећу. Малта је то веома лако решила, јер је оставила широк простор за дискреционе одлуке надлежне Управе које издаје лиценцу. Наиме, поред јасно прописаних законских услова које свакако потенцијални приређивач мора да испуни, законодавац је надлежној Управи дозволио могућност да сама изнесе неке додатне услове, па чак и у ситуацији када је

<sup>3</sup> Закон о играма на срећу, члан 97, Сл. Гласник РС бр.88/2011

<sup>4</sup> Remote Gaming Regulations 2004, *Legal Notice 176 of 2004 of the Lotteries and other Games Act* (ACT XXIV OF 2001)

приређивач већ добио лиценцу<sup>5</sup>. Очигледна је интенција била да се надлежној Управи омогуће шира овлашћења ради заштите интереса државе. Познат је случај приређивача игара на срећу из Србије, спортске кладионице „Меридиан“, која је морала да достави чак 42 велика елабората на разне теме, које су задате од стране малтешке Управе за лутрију и игре на срећу. Елаборати су се односили на софтвере, каква се заштита малолетника пружа, какве су заштите од евентуалног хаковања сајта, сви подаци о менаџменту, подаци о легалности пословања компаније, итд. Једном речју, услови који се постављају су баш такви да компанија која нема кредибилитет у пословном свету игара на срећу једноставно не може да испуни услове који се пред њу постављају. Апсолутни циљ Малте је био да само реномиране компаније, које се баве овом делатношћу могу да дођу и да конкуришу за добијање лиценце. Веома битан податак је да лиценцу може да добије само оно правно лице које је основано у Малти у смислу малтешког Закона о компанијама<sup>6</sup>.

Већ на самом почетку, односно, у члану 5, види се јасна опредељеност Малте да на својој територији не дозволи оснивање правних лица за које постоји сумња да у свету послују путем сумњивих трансакција. Наиме, у том члану се наводе основни подаци које потенцијални приређивач мора да достави, а то су: а) информације о личним биографијама чланова менаџмента, б) финансијске информације, в) учешће у легалним делатностима укључујући без ограничења на интерес или удео у некој другој комерцијалној активности, г) информације о кривичној одговорности чланова менаџмента, д) информације у вези са новчаним интересом, уделима и другим интересима и њ) све друге информације које затражи надлежна управа, за сваког директора, кључног човека и главног извршног директора подносиоца захтева, као и за акционаре са пет или више процената власништва или са контролним пакетом акција подносиоца захтева<sup>7</sup>. Да би провера била још ригорознија, остављена је могућност Управи да све ове податке затражи апсолутно од сваког власника акција, без обзира да ли има пет одсто или мање акција.

Обзиром да је Малта чланица ЕУ и да одређено правно лице које конкурише за добијање лиценце има право да се позове на привилегије које ужива у некој другој чланици ЕУ, тј. има право да

<sup>5</sup> *Ibid.* чл. 9

<sup>6</sup> *Ibid.* чл. 4

<sup>7</sup> Чл. 5, тач.2

истакне како је на сва та питања, већ, дат одговор у некој другој земљи чланици ЕУ, те да не жели да одговори на постављена питања која му Управа предочи на основу правилника, законодавац је дефинисао да то може бити довољна основа да се том лицу ускрати давање лиценце<sup>8</sup>. Такође, оно што се мора платити као накнада приликом подношења захтева за добијање лиценце довољно говори да је Малта овај подзаконски акт направила, како би на њено тржиште дошле искључиво реномиране компаније. Наиме, да би Управа уопште узела у разматрање поднете захтеве, потенцијални приређивач мора да уплати Управи накнаду за добијање лиценце, а уколико обнавља лиценцу, онда накнаду за обнављање, затим накнаду за дозволу, као и све друге административне накнаде. Управа када процени да је то неопходно, може затражити да се додатно плате трошкови спровођења анализа, инспекције, испитивања биографија, подобности и квалификација за добијање и одржавање лиценце<sup>9</sup>.

Уколико кандидат добије лиценцу, добија је на пет година, с тим што по истеку има право да обнови лиценцу такође на пет година, али уз услов да лице које обнавља лиценцу настави да поштује сва правила прописана правилником о даљинском коцкању и све оне услове, па и оне нове, које пропише Управа за лутрију и игре на срећу. Практично, то значи да без обзира што је приређивач раније добио лиценцу и што је приређивао интернет игре на срећу, то уопште не мора да значи да ће та дозвола бити обновљена, јер Управа може да изнесе нове захтеве које можда приређивач неће бити у могућности да испуни.

## 2.2. Издавање лиценце

Занимљиво је да је овај одељак у правилнику започет са негативном одредницом о томе ко неће добити лиценцу, односно, коме неће бити обновљена лиценца. Управа ће одбити да изда лиценцу или да је обнови оној компанији, чија повезана правна лица нису задовољила „у разумној мери“ критеријуме из правилника који је прописала надлежна Управа. Овде није прецизно дефинисан термин „разумна мера“, тако да је очигледно била намера да се Управи пруже велике ингеренције и слобода у одлучивању. Приликом утврђивања да

<sup>8</sup> Чл. 5, тач.3.

<sup>9</sup> Чл.6, тач.2 и тач.3

ли подносилац захтева испуњава услове надлежна, Управа је посебно дужна да обрати пажњу на: а) карактеристике лица овлашћених да обављају извршне функције у компанији подносиоца захтева и о пословној репутацији тих лица, б) финансијску позицију, финансијску историју и пословну репутацију промотера, акционара и директора компаније подносиоца захтева, в) да ли компанија подносилац захтева има одговарајућу пословну способност да успешно приређује интернет игре на срећу, г) да ли компанија подносилац захтева има или је способна да прибави одговарајуће ресурсе и да ли је способна да одржава минималне захтеване резерве које одређује надлежна Управа, да би се обезбедило да играчи добијају исплате и да им се враћају депозити, д) решеност компаније подносиоца захтева да буде физички присутна на Малти, ђ) да ли је компанија подносилац захтева према мишљењу надлежне Управе необележена противзаконитом делатношћу, е) да ли се компанија подносилац захтева придржава политике и да ли ће предузети афирмативне кораке ради спречавања прања новца и других сумњивих трансакција и ж) да ли компанија подносилац захтева има капацитет и структуру унутрашње контроле који омогућавају да се придржава одговарајуће политике и директива према процени надлежне Управе<sup>10</sup>.

Оног момента када надлежна Управа утврди да је подносилац захтева испунио све наведене услове, донеће одлуку о издавању лиценце. Међутим, ту није крај испуњавању услова, јер само добијање лиценце је додатни терет за приређивача игара на срећу, с обзиром да сама лиценца у себи носи додатне захтеве. Ти захтеви се односе на: а) правилно приређивање интерактивних игара, б) заштиту играча, в) спречавање прања новца, г) потребу заштите јавног интереса<sup>11</sup>. Ови додатни захтеви су још чвршћа потврда жеље Малте да, искључиво, реномирани приређивачи игара на срећу, односно, светски познате компаније, могу бити на њеном тржишту, јер нереално је очекивати да неко ко нема никакав бонитет може све ове захтеве да испуни. Отуда је прича о *of shore* државама као земљама лаке зараде, баш на овом закону попутоно пала у воду. Ако се на све ове услове дода и чињеница да правилник омогућује Управи тзв. „привилегију опозива лиценце“, која је веома широко дефинисана, што практично значи да мала повреда прописаних правила може довести до тога да вам лиценца буде одузета, довољно говори колико је заправо приређивач игара на срећу натеран да строго поштује закон и сва остала прописана правила.

<sup>10</sup> Чл.8

<sup>11</sup> Чл. 9 тач.1

### 2.3. Уступање и преношење лиценце

Већ у првој реченици овог одељка у правилнику јасно је стављено до знања да је било какав покушај преношења или уступања лиценце, без сагласности надлежне Управе, најстроже забрањен. Да би се ова забрана додатно појачала, наглашено је да ће се сваки такав покушај сматрати ништавим и представљаће довољан разлог да Управе ускрати приређивачу дату лиценцу<sup>12</sup>. Ова врста заштите Малте од евентуалног уласка предузећа са сумњивим капиталом преко неке од компанија које су добиле лиценцу није једина коју правилник прописује. Наиме, иде се до најситнијих детаља који се односе на обавезе носиоца лиценце да обавести надлежну Управу о апсолутно свакој промени која се догађа у менаџменту предузећа, продаји пакета акција, увећања или смањења акцијског капитала, итд. Законодавац је убацио и обавезу носиоца лиценце да тражи писмену сагласност од Управе за: а) извршење трансфера квалификованог пакета акција у компанији носиоца лиценце, б) увећање постојећег власништва које није квалификовано власништво, на начин, да оно постане квалификовано власништво у компанији носиоца лиценце, в) увећање постојећег власништва у компанији носиоца лиценце, на начин, да се оно изједначи или постане веће од пет процената акцијског капитала издатог од стране компаније носиоца лиценце или гласачких права која су везана за акцијски капитал или да учини да компанија носилац лиценце постане компанија - ћерка тог правног лица, г) умањење постојећег квалификованог власништва компаније носиоца лиценце, на начин, да оно падне испод пет процената акцијског капитала издатог од стране компаније носиоца лиценце или гласачких права која су везана за акцијски капитал и д) умањење постојећег квалификованог власништва компаније носиоца лиценце, на начин, да оно престане да буде квалификовано власништво<sup>13</sup>.

Такође, дужност је носиоца лиценце да обезбеди претходно писмено одобрење надлежне Управе, пре предузимања следећих радњи: а) продаја или неке друге пословне промене од стране носиоца лиценце, б) спајање носиоца лиценце са неком другом компанијом, в) реконструкција дељења компаније, г) умањење номиналног или емитованог акцијског капитала носиоца лиценце или увећање или умањење њеног гласачког капитала или било која материјална

<sup>12</sup> чл 11 тач.1

<sup>13</sup> Чл. 11 тач. 3

промена у гласачким правима компаније носиоца лиценце, д) улазак у било какве уговорне обавезе са добављачем или правним лицем које пружа услуге, уколико ће тај добављач или правно лице примити проценат профита од приређивања онлајн игара на срећу или провизију на основу таквог уговора и ђ) предаја лиценце од стране компаније носиоца лиценце за време трајања важења лиценце<sup>14</sup>.

Уколико приређивач не учини нешто од прописаних обавеза, Управа може да изда директиву којом све врсте трансакција и обављених радњи проглашава ништавним, без обзира на друге законе који би евентуално дозволили овакву врсту посла. Ако носилац лиценце не испоштује директиву може и кривично да одговара<sup>15</sup>. Из изложених обавеза јасно се види опредељење законодавца да сваки покушај неког предузећа које послује у тзв. сивој зони, на почетку, осујети да у Малти започне делатност. Тиме је Малта постала пионир у сузбијању сивог тржишта интернет игара на срећу и поставила је најбоље могуће темеље за израду закона, у било којој држави. Њен модел заштите тржишта од илегалних приређивача без проблема би могла да примени свака држава у Европској унији, па и сама Европска унија уколико би се коначно донела одлука да изradi заједничко законодавство у овој области.

## 2.4. Суспензија и отказивање лиценце

Ако је пут до добијања лиценце за приређивање интернет игара на срећу у Малти веома сложен, тако је пут добијања суспензије и отказивања лиценце, сасвим обрнуто, веома једноставан. Најпре, ваља нагласити да је од момента добијања лиценце њен носилац под свакодневним надзором од стране Управе. Управи се омогућују веома широка овлашћења у суспендовању или отказивању лиценце. У претходном тексту смо изнели, шта се све захтева од приређивача, како не би изгубио лиценцу. Законодавац је експлицитно прописао разлоге који могу довести до суспензије или отказивања лиценце<sup>16</sup>. Њих има 12, а то су:

<sup>14</sup> Чл. 11 тач. 4

<sup>15</sup> Чл. 11 тач. 5

<sup>16</sup> Чл. 13

- а) Ако је лице које има интерес у компанији носиоца лиценце или кључни човек у вези са лиценцом осуђени у било којој земљи за деликт који је кажњив у тој земљи затвором.
- б) Ако се носилац лиценце без разумљивог разлога не придржава материјалних услова лиценце.
- в) Ако носилац лиценце не успева да исплати финансијске обавезе које проистичу из пословања носиоца лиценце или надлежна Управа има разлог да верује да је близу таквог неуспеха. (Ово је заиста пример који је несвакидашњи, јер довољно је да Управа само поверује да носилац лиценце неће моћи да испуни задате финансијске услове, па да му суспендује или ускрати лиценцу).
- г) Ако носилац лиценце пријављује стечај или је принуђен да из било ког разлога прекине или ликвидира пословање.
- д) Ако носилац лиценце крши закон или правилник који је на снази у вези са спречавањем прања новца.
- ђ) Ако је лиценца за интернет игре на срећу прибављена помоћу материјално неистинитог или лажног представљања или на неки други неодговарајући начин. (Ово је још једна у низу потврда да без обзира што је приређивач добио лиценцу, он је и после тога под константним проверама од стране надлежне Управе).
- е) Ако носилац лиценце не успева да измири обавезе према играчима.
- ж) Ако носилац лиценце не успева да благовремено плати све таксе за игре на срећу и клађење надлежној управи.
- з) Ако је надлежна Управа према сопственом нахођењу утврдила да постоји материјални и довољан разлог за суспензију или опозив лиценце. (Овде је јасно наглашена изузетно велика дискрециона могућност Управе да приређивачу ускрати или суспендује лиценцу. Овде постоји велика бојазан од злоупотребе овог овлашћења, али очито је законодавац имао намеру да стави до знања сваком носиоцу лиценце да ће и најмањи прекршај прописаних правила бити санкционисан од стране надлежне Управе).
- и) Ако надлежна Управа разумно процењује да је у националном интересу да откаже или суспендује лиценцу. (Такође још један у низу показатеља широких овлашћења Управе. Оно што је проблем у овој тачки је чињеница да је термин „национални интерес“ јако

широко постављен, односно, он је потпуно недефинисан и много тога би могло да се подведе под тај термин. Али, очигледна намера законодавца је била да изнад свега у први план стави Малту као државу и да сви који дођу да послују на њеној територији морају да имају на уму да морају да се понашају у складу са њеним законодавством. Овде видимо да законодавцу Европска унија и њена правила нису била толико приоритетна и да је суштина закона стављање интереса Малте у први план).

- ј) Ако надлежна Управа верује да има разлога да верује да носилац лиценце представља опасност за репутацију приређивања игара на срећу у Малти. (Ова тачка је суштина самог правилника, јер показује колико је законодавцу стало до тога да се Малта више не приказује као земља која је рај за оне који желе да утаје порез у некој другој држави, већ му је стало до тога се Малта сматра државом у којој важе јасна правила и прописи и да само предузећа са јаком репутацијом могу да послују на њеној територији. Практично, ставља се до знања да су они који желе да послују у „сивој зони“ крајње непожељни на територији Малте).

Ипак, без обзира на заиста велика овлашћења надлежне Управе, законодавац је омогућио носиоцу лиценце одбрану од евентуалне одлуке да му Управа суспендује или ускрати лиценцу. Наиме, од момента обавештења од стране Управе да ће се приређивачу суспендовати или одузети лиценца, приређивач има рок не мањи од 21 дана, да докаже да су наводи Управе нетачни. Управа је дужна да све наводе у приговорима на њено обавештење узме у обзир и да их размотри. Ако приређивач задовољи захтеве Управе, Управа може да прекине са даљим корацима против приређивача или да га евентуално упозори да својим поступцима не доводи у сумњу његово пословање. Обрнуто, ако приређивач не задовољи Управу својим приговорима, онда Управа може да га упуту шта је потребно да уради како би задовољио критеријуме које Управа поставља, или да му одмах суспендује лиценцу на одређени рок док не испуни постављене захтеве. Ако приређивач не испуни оно што Управа од њега захтева у остављеном року, донеће обавештење о одузимању лиценце<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Чл. 14

### 3. Кључни човек

Све до момента доношења Малтешког закона о даљинском коцкању, ниједан закон о играма на срећу у Европи није имао област која је захтевала од приређивача да именује „кључног човека“, који је најодговорнији за пословање приређивача на територији Малте. Ово је безмало револуционарни захтев који је побољшао заштиту државе Малте од евентуалних превара, јер ниједан приређивач не може да отпочне делатност док не одреди „кључног човека“, а опет, да би неко лице постало „кључни човек“, оно мора да добије сагласност Управе за лутрију и игре на срећу да може ту функцију да обавља. Ту сагласност није ни мало лако добити, јер Управа прописује одређене критеријуме које будући „кључни човек“ мора претходно да испуни. Тиме је онемогућено да предузећем руководи особа сумњиве биографије и која се бави пословима који задиру у сиву зону или у криминал. Обзиром да Управа захтева од „кључног човека“ да врши апсолутну контролу рада приређивача и да се стара о поштовању закона и прописаних правила од стране Управе, јер уколико дође до неког прекршаја прво одговара „кључни човек“, нема дилеме да је аутору правилника приликом писања текста било на уму да то мора да буде особа беспрекорне биографије. С тим у вези, у члану 17, наглашава се да „кључни човек“ мора да буде особа која по стандардима Управе задовољава критеријуме да буде „квалификована и подобна“ за испуњавање својих обавеза и вршење својих дужности<sup>18</sup>. Као и у бројним примерима до сада и у овом поглављу остављено је веома широко овлашћење Управи у тумачењу појмова „квалификована и подобна особа“, јер је сам чл 17. одређен негативно, те се у њему наглашава да Управа неће дати лиценцу подносиоцу пријаве за именовање „кључног човека“, уколико није задовољен услов, да је та особа „квалификована и подобна“ за испуњавање својих обавеза и вршење својих дужности. Претпоставља се да моментом подношења пријаве надлежној Управи од стране приређивача за именовање „кључног човека“, службе безбедности Малте отпочињу преиспитивање биографије те особе и да то достављају надлежној Управи која по неким својим мерилима оцењује, да ли је та особа квалификована и подобна. Међутим, чак и када дође до давања лиценце да одређена особа може да буде „кључни човек“, то не значи да се та лиценца не може изгубити. Напротив, Управа има три прописана критеријума на основу којих

<sup>18</sup> Чл. 17

може да пружи отказивање дозволе „кључног човека“: а) ако та особа престане да има боравак на Малти, б) ако престане да буде директор компаније носиоца лиценце и в) ако престане да буде према процени надлежне Управе, квалификована и подобна особа.<sup>19</sup>

Из ових услова се види да „кључни човек“ у предузећу не може да буде лице које нема боравак на Малти и да лиценцу „кључног човека“ губи одмах, ако би одјавио боравак на Малти. Тиме је законодавац извршио додатно обезбеђење везано за одговорност приређивача, јер не може се догодити да онај, ко је унутар предузећа најодговорнији, једноставно оде, а да не измири дуговања према Малти. Такође, јасно се ставља до знања да одговорно лице, уколико је директор компаније, а у међувремену изгуби поверење у самој компанији и престане му функција директора, самим тим стиче услов да изгуби и лиценцу „кључног човека“. И на крају, трећи услов, који заиста показује сву моћ Управе, односи се на то да, током трајања лиценце за „кључног човека“, без обзира што је Управа раније дала сагласност да је неко лице „кључни човек“, Управа током важења лиценце може да процени да је особа изгубила квалификованост и подобност да буде носилац лиценце „кључни човек“. Практично, то значи да Управа константно врши преиспитивања и проверавања особе која је „кључни човек“ компаније, што значи да се ниједна компанија сигурно неће играти са својим реномеом и на тако важно место постављати неког из криминогене сфере, већ ће се трудити да постави особу од угледа и реномеа.

#### 4. Контролни систем

Сваки приређивач интернет игара на срећу може да кандидује контролни систем који користи у свом пословању, али да ли ће добити сагласност, да је такав систем валидан у Малти, зависи од става Управе<sup>20</sup>. Правилник је јасно прописао шта се мора поднети у захтеву за добијање спецификације контролног система којег је приређивач намерио да користи. Ти захтеви се односе на информације везане за:

- а) приређивање интернет игара на срећу (клађење, касино, покер...);
- б) опште процедуре којих би се требало придржавати приликом

<sup>19</sup> чл 18.

<sup>20</sup> чл 20.

- приређивања интернет игара на срећу;
- в) компјутерски софтвер, тамо где је то применљиво;
- г) процедуре за бележење и исплату награда освојених у интернет играма на срећу;
- д) обрачунски систем и процедуре;
- ђ) процедуре којих би се требало придржавати приликом играња игара;
- е) процедуре и стандарде за одржавање, безбедност, чување и транспортовање опреме која ће се користити за приређивање интернет игара на срећу;
- ж) процедуре за постављање и одржавање средстава безбедности, укључујући општу усаглашеност унутрашње контроле везане за приступ критичним системима;
- з) план за решавања катастрофалних ситуација;
- и) адекватан систем за бекаповање података; и
- ј) сваку другу информацију коју надлежна Управа затражи.

Уколико добије сагласност од стране Управе за предложени контролни систем, носилац лиценце ће моћи исти да промени, али уз поштовање претходних правила и понављања процедуре за добијање сагласности. Тада се може догодити да му Управа не изађе у сусрет и да му не дозволи промену контролног система. Иначе, од момента када приређивач добије сагласност на поднети контролни систем, Управа може, по сопственом нахођењу, увек да пошаље или да затражи ревизију контролног система од носиоца лиценце и да трошкове те ревизије пренесе на носиоца лиценце. Заправо, носилац лиценце је под константном контролом и готово је немогуће да измени било шта у свом одобреном контролном систему. У супротном, ризикује да изгуби лиценцу. Критеријуми за давање сагласности на контролни систем су и овде такви да се Управи омогућава широко тумачење одређених појмова, јер поред тога, што се изричито захтева да сви Законом наведени услови буду испуњени, оставља се Управи да процени да ли је „предложени контролни систем способан да обезбеди задовољавајућу и ефективну контролу приређивања интернет игара на срећу“<sup>21</sup>. Заправо, види се да је код Управе и нож и погача, јер поставља се логично питање шта је то

<sup>21</sup> Чл. 22 тач.2

„задовољавајућа и ефективна контрола приређивања интернет игара на срећу“? Суштински, приређивач у овом случају пуно ризикује, јер логично је да Управа увек може да га одбије, обзиром на тако широка овлашћења, али је, овде, очигледна намера била, да се за лиценцу кандидују само компаније са јаким пословним угледом, за које са сигурношћу може очекивати да могу да испуне постављене услове.

## 5. Играчи и заштита играча

Систем заштите играча почиње, још од одредбе, у којој се наводи, да ниједна игра коју приређивач жели да покрене, не може да се стави у промет, све док надлежна Управа не да сагласност на саму игру. Тиме је, у старту, избегнута могућност стављања разноразних преварних игара путем којих би се вршила обмана играча. Правилник прописује обавезу носиоцу лиценце да, уколико жели да покрене нову игру, он мора да затражи сертификат од стране надлежне Управе. Претходно, игра мора пуних шест месеци да прође све врсте техничких провера, а сам захтев у себи мора да садржи: а) назив власника софтвера, б) назив организације која је извршила тестирање игре, в) све компаније и организације које су инволвиране у пројекат и њихове акредитиве, г) опис процедуре, правила и параметре игре, д) протоколе сервера, комуникацијске протоколе и друге спецификације које су део архитектуре система за приређивање игара, њ) информације о безбедности система, е) који модули утичу на процедуре, правила и параметре игара уколико се промени изворни код, ж) било које друге информације важне за софтвер и з) детаљан опис пуштања у рад и функционисање архитектуре апликације и архитектуре система <sup>22</sup>.

Тек када се прођу све задате процедуре, технички прегледи и доставе комплетни елаборати о новој игри, Управа узима у разматрање да ли је ту игру могуће одобрити. Самим тим, потенцијални играч је, од почетка, заштићен од било какве евентуалне преваре од стране приређивача, а гаранцију, да су игре апсолутно сигурне и да испуњавају прописана правила, даје Управа која их је коначно и одобрила.

Следећи вид заштите играча одвија се кроз регистрацију путем које се приступа интернет сајту приређивача. Да приступи

<sup>22</sup> Чл 26.

игрању неке од игара које су у понуди на сајту приређивача може само оно лице које је регистровано и има налог код приређивача. А, да би се неко регистровао мора путем апликације на сајту да поднесе захтев приређивачу и да достави под обавезно следеће податке: а) да је старији од 18 година, б) свој идентитет, в) адресу и место пребивалишта и г) валидну *e-mail* адресу<sup>23</sup>. Постоји могућност да приређивач сазна да су подаци који су му достављени од стране потенцијалног играча лажни. Тада приређивач има право да одмах ускрати регистрацију. То може да уради и када временом сазна да је играч доставио лажне податке, без обзира да ли је то лице путем лажног налога остварило одређени добитак током играња.

Такође, најстроже се забрањује регистровање налога малолетним лицима<sup>24</sup>. То је уједно и тачка око које се највише ломе копља у европским и светским законодавствима у смислу који је начин заштите малолетника најбољи. Малтешки ”Remote gaming control“ не дефинише у свом тексту, експлицитно, како да се заштита малолетника одвија, већ садржи само експлицитну забрану да се малолетнику омогући регистрација и то под претњом да ће се малолетном лицу одузети сва средства која је зарадио коцкајући се преко лажног налога. Али, кроз низ других мера, од прописивања обавезе достављања рачуна на који ће се новац уплатити, до крипто заштите налога играча и низа других мера, малолетнику се, свакако, онемогућава приступ сајту.

Једна од тих мера је и забрана уплате од стране играча, који има регистровани налог, путем готовине. Малтешки правилник прописује обавезу приређивача да уплату од стране играча прима искључиво путем: а) кредитне картице, б) дебитне картице, в) електронског трансфера, г) телефонског трансфера, д) чекова, њ) било ког другог метода дозвољеног од стране надлежне Управе<sup>25</sup>.

Што се тиче исплате добитка, та трансакција се такође одвија искључиво путем трансакције са рачуна приређивача на налог играча и готовинска исплата је најстроже забрањена. Такође, приређивач неће вршити исплату већу од 2 329,37 евра на налог играча док се накнадно не верификују име, старост и пребивалиште играча<sup>26</sup>. Ова додатна мера сигурно делује претерано, јер свакако, уколико се

<sup>23</sup> Чл 32. тач 2

<sup>24</sup> Чл 32. тач 3

<sup>25</sup> Чл 35. тач 5

<sup>26</sup> Чл 36.

сазна да је налог лажан, одмах се том играчу ускраћује било каква могућност и играња и исплате, па се логично поставља питање да ли је овај члан уопште био и потребан и што је баш оволика сума изабрана, као нека врста ограничења од када се мора извршити ова провера.

Новцем који се налази на налогу играча, приређивач има ограничену могућност располагања. Заправо, приређивач има забрану располагања тим средствима, осим у ситуацијама: а) када задужује новац као улог или суму коју одређни играч наговести да би била улог играча током ауторизоване игре на срећу коју играч игра или ће почети да игра, б) да изврши повраћај средстава који се налазе на рачуну налога играча, на захтев играча у смислу члана 37 који говори о повраћају средстава играчу и в) да изврши плаћање разумних банкарских дажбина за примљене депозите и повучена средства или у складу са овлашћењима прописаним у овом правилнику<sup>27</sup>.

Битна ставка овог правилника је у томе што се депоновани новац играча чува на посебном рачуну<sup>28</sup>. Ово је веома важна ставка, јер уколико носилац лиценце дође у проблем са враћањем кредита или неких других обавеза, то враћање се не може вршити са рачуна на коме се налази новац играча.

На крају, морамо се осврнути и на тзв. друштвену одговорност, јер све озбиљне компаније у свету које се баве приређивањем игара на срећу имају посебна одељења која се баве овом тематиком, а и, готово, закони свих држава прописују обавезност друштвене одговорности од стране приређивача игара на срећу. Малтешки правилник наглашава обавезу приређивача да на сајту постави упозорење о могућности стварања зависности од игара на срећу као и информацију и линкове према другим интернет сајтовима који помажу зависним коцкарима да се излече од те зависности<sup>29</sup>. Сам приређивач мора увек да изађе у сусрет играчу уколико му он затражи да му ограничи уплату одређеног износа, затим ограничење у губицима које може да направи у току једног дана, да му ограничи време играња одређене игре током дана и на крају да му одређено време, па чак и неограничено, забрани приступ играња<sup>30</sup>. Истина, играч има право да дато ограничење опозове и то ће учинити писменим захтевом према приређивачу.

<sup>27</sup> Чл 38.

<sup>28</sup> Чл 40.

<sup>29</sup> Чл 42.

<sup>30</sup> Чл 43, тач.1

У сваком моменту приређивач је дужан да на екрану емитује бројач који показује тачно стање на рачуну играча.

С обзиром да је овај правилник урађен 2004. године, истини за вољу то су били тек почеци разраде теме која се зове „друштвена одговорност“. Данас је ова тематика добила значајно место у готово свим законима о играма на срећу у свету, па и у Србији. Занимљиво је да су у Србији управо сами приређивачи највише инсистирали да се донесу одредбе које би дефинисале „друштвену одговорност“. Наш Закон о играма на срећу је појам дефинисао у члану 6. с тим што је направљен озбиљан пропуст од стране законодавца који није прописао обавезност примене правила о друштвеној одговорности, што је свакако велики минус нашег решења.

## 6. Закључак

Законско регулисање интернет игара на срећу је посао који је неминовност у свим државама на свету, па и у Србији. Развој интернета као средства комуникације тако нешто налаже. Уколико не желите да вам се новац одлива ка црном тржишту, бићете принуђени да донесете адекватну законску регулативу. Што се тиче Европске уније, једино је питање, да ли ће се овај процес одвијати на нивоу Европске уније као заједнице држава или ће свака држава чланица појединачно форсирати своје национално законодавство. Што пре се то питање реши, веће су шансе за сузбијањем илегалног тржишта. Када говоримо о Србији, Закон о играма на срећу из 2011. године, коначно је допустио да приватни приређивачи игара на срећу могу да приређују интернет игре на срећу. Проблем је што за две протекле године нису донети подзаконски акти који би регулисали начин добијања лиценце, тако да је Закон остао мртво слово на папиру. Због такве немарности Србија на месечном нивоу губи око 400 000 евра, колико се одлије према сивој зони, односно, на уплате према интернет сајтовима из других држава, јер наше интерактивно небо је потпуно незаштићено. Када се та цифра помножи са 12 месеци долазимо до цифре од 4 800 000 евра изгубљених за државу. Да не говоримо о средствима која се издвајају за рекламирање сајтова, за новозапослене који би били пријављени, за плаћање пореза, итд. Пример Малте која је својим подзаконским актом, веома солидно још 2004. године, регулисала даљинско коцкање, одличан је показатељ свима, на који начин би се ова област могла уредити. Данас је Малта, захваљујући овом правилнику, прави гигант у области интернет

игара на срећу и убира велике приходе. Практично, на разноразним интернет услугама Малта је као мала држава у Средоземном мору од најобичнијег гребена направила импозантне резултате и постала седиште за озбиљан бизнис. У сваком случају, што се више одлаже регулисање ове области, тако ће све државе које буду одлагале доношење решења све више губити значајне приходе. Правна регулација интернет игара на срећу је неминовност, као што је неминовност да дишете, јер како интернет буде све моћнији, тако ће држава бити све слабија да заштити себе од сиве зоне, тако да јој као средство одбране остаје само адекватан закон и јасна правила усклађена са законом.

**Vladimir Dukanović**

Doctoral candidate at the Faculty of Law at “Union” University  
President of the National Lottery of Serbia

**REGULATION OF REMOTE GAMING IN MALTA****Summary**

Over centuries the greatest battles were fought for territories. However, with technological advances, the territories are becoming less important and the Internet dominance is becoming more and more desirable. As a matter of fact, territories are easily dominated through the World Wide Web as the speed of information exchange is crucial for business positioning, on which we shall stay focused in this paper. This is especially true in the field of gaming. The Internet, as a global medium has definitely prevailed in this field and the governments are in the position to seek solutions how to protect their national interests and fight against the growing grey market. Ignoring of this problem will only make it bigger because what we can do today we shall not be able to do tomorrow. The galloping technological innovations would soon overtake us. With the development of the Internet, the offer of online games of chance is growing too. Any prohibition of certain websites offering online games of chance is only a temporary solution as it is virtually impossible to erase innumerable websites existing on the Web. This is where we come across

---

the key issue that shakes state governments in this field and this issue is: how to protect national interests and how to fight the grey market of online gaming?

**Key words:** remote gaming, Lotteries and Gaming Authority of Malta, legal regulations of online gaming, fight against the grey market.



## НАСТАНАК УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

*Non aetati sed necessitati alimenta debentur.*<sup>2</sup>

*Ulpianus*

### Апстракт

У изучавању уговора о доживотном издржавању посебну пажњу треба посветити његовом пореклу. Корени доживотног издржавања сежу чак до самог освета средњег века, кога обелажава племенски начин живота тадашњих народа, који су се у регулисању својих међусобних права и обавеза служили својим обичајима. Преломни моменат за настанак и даље развијање уговора о доживотном издржавању је формирање приватне својине на земљишту, а истовремено са њом и приватних породичних имања. Тек тада се поставља и питање издржавања лица, која због старости нису способна за привређивање, пошто је њихово издржавање за време племенског начина живота падало на терет целог племена. Развој доживотног издржавања није имао исти ток на свим просторима. Док је у Немачкој овај уговор најчешће коришћен код сеоског становништва, код нас је био у употреби међу владајућим слојевима друштва. Разлог овоме је дуго задржавање колективне својине на сеоским имањима за време турске владавине. Разлика се појавила и у правној природи доживотног издржавања, пошто је у Немачкој стварноправног карактера, а код нас облигационоправног карактера. Развој уговора о доживотном издржавању је наметнуо

<sup>1</sup> Мастер права, студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду

<sup>2</sup> Издржавање се не даје због година, него због потребе. Малолетство и старост сами за себе нису довољни да би се стекло право на издржавање. Потребна је још неспособност за привређивање и немаштина.

*и потребу његовог законског регулисања. Код нас је то учињено тек 1955. године.*

**Кључне речи:** *порекло доживотног издржавања, сврха доживотног издржавања, место развоја доживотног издржавања, правна природа доживотног издржавања, законско регулисање доживотног издржавања.*

## 1. Увод

Доживотно издржавање се појавило на самом прагу средњег века и могло је да настане на више начина, а најчешће путем засебног уговора, тестаментa као и у склопу са неким другим уговором. Доживотно издржавање је била честа појава током читавог средњег века, а оно своје порекло вуче из обичаја примитивних народа још из периода родовско – племенског начина живота. Његова главна сврха је било обезбеђивање наследства са колена на колена, пошто је познато да је средњи век био период примитивног феудализма и да већина тадашњих народа није познавала установу тестаментa, као редовног пута преноса имовине после смрти неког лица на његове потомке. Дуго је времена било потребно да се доживотно издржавање почне закључивати као самосталан уговор чији је предмет био пружање издржавања лицу, које ће као накнаду за то дати сву или само део имовине. За ово је био потребан прелазак са колективне на индивидуалну својину. Важно је напоменути да овај процес није био ни лак на краткотрајан.

Током средњег века уговор о доживотном издржавању су најчешће закључивали остарели кметови. Основни мотив који је водио кметове да закључе овај уговор био је да себи обезбеде младу радну снагу, која ће истовремено кмету пружати потребно издржавање и испуњавати обавезе према феудалцу. Кмет је имао неку врсту дугорочног закупа, који се наслеђивао, све док се уредно испуњавају обавезе према феудалцу.<sup>3</sup> Економска зависност кмета од феудалног господара је допринела све чешћој употреби уговора о доживотном издржавању у земљама у којима се заостали феудализам задржао дужи временски период.

<sup>3</sup> О. Антић, Наследно право, Београд 2010, 346.

Духовна власт је имала важну улогу у средњевековном праву па стога ни не чуди податак да су се цркве и манастири често појављивали у улози даваоца издржавања превасходно, јер су појединцима уливале већу сигурност. Само тада су појединци били уверени да ће им се након њихове смрти издати сви потребни помени пошто су духовне вредности имале превагу над световним у њиховим животима. Временом су се оснивале и посебне установе чија је основна сврха била пружање доживотног издржавања. У XII веку су понегде појединци почели да закључују уговор о доживотном издржавању самостално и то обично у оквиру фамилије. Хронолошки посматрано, овај уговор је у самом зачетку свог развоја, био уређен обичајним правом, а тек у XIV веку су се јавила прва писана правила, која регулишу уговор о доживотном издржавању. Тек се почетком XIX века у Немачкој појавио научни рад, које је на систематичан и свеобухватан начин обрадио установу доживотног издржавања. На овом месту кључно је напоменути и објаснити институте из којих се развио уговор о доживотном издржавању.

## 2. Немачко право

Немачко право садржи различите називе за ову установу нпр. *Leibgedinge*, *Leibzucht*, *Ausgedinge* и слично. На овом месту је важно напоменути да су у Немачкој постојали специфични обичаји германских племена.<sup>4</sup> При изучавању питања порекла уговора о доживотном издржавању важно је подробно разумети институте из којих се развио уговор о доживотном издржавању као и њихове променљивости услед историјских и економских збивања.

Првобитни, а вероватно и најстарији обичај код Германа је био да кад човек изнемогне, да не може више сам да се издржава, скаче са стене или да га његова деца или саплеменици убију.<sup>5</sup> Потом је уследио развој неке врсте доживотног издржавања *sui generis* у односу на доживотно издржавање у савременом праву. Ово издржавање се сводило на то да глава породице уступи својој деци своју заоставштину још за живота, а при том да се он повуче до огњишта, а звало се *Setzen af den Alten Teil*, а у случају да се радило

<sup>4</sup> Вид. С. Михајловић, Заједница живота заснована уговором о доживотном издржавању, Зрењанин 1965, 5-16.

<sup>5</sup> Вид. J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertumer Band I, Leipzig 1922, 572-576.

о мајци, њој се давало најбоље место у кући.<sup>6</sup> Преломни тренутак за настанак овог обичаја био је престанак варварског убијања, као и настанак индивидуалне својине, пошто се колективна својина није могла уступати. Професор Борислав Благојевић је кроз своје бављење наследним правом изнео схватање да је наследство нераздвојно везано за уступање својине.<sup>7</sup>

Специфичан обичај је постојао у скандинавском праву. Ради се о tzv. Арфсалу, који се састојао у томе да онај који предаје имање предаје уједно и себе. Тим чином је престајао бити свој господар. Он је истовремено улазио у кућу примаоца имања и обавезивао се да му служи док буде био у стању.<sup>8</sup>

Имање се могло уступити и цркви и тај институт се звао предаја душе -*Seelgabe*.<sup>9</sup> Код овог института основни мотив је била брига за душевно стање лица, које прима доживотно издржавање. Овај институт је најчешће везиван за кметове, јер је код њих представљао установу наслеђивања *sui generis*, пошто код њих писаних прописа о томе није било.

*Ausgedinge* је древни институт, који је према појединим ауторима<sup>10</sup> највероватније настао моментом индивидуализације својине. Овај моменат је имао одлучујућу улогу код питања наслеђа. Тада се јавила и потреба бољег обезбеђења наслеђа појединих лица. *Ausgedinge* је регулисао наслеђивање кметова, пошто оно није било регулисано за време постојања заједничке својине.<sup>11</sup>

При изучавању ове специфичне установе, узроке не треба тражити само у обичајима Германа, већ је кључно и разматрање историјских, економских и друштвених услова тадашњег времена. Важан историјски моменат одиграо се пред крај V века, када су Германи основали бројне варварске краљевине на месту некадашњег Западног римског царства. Специфичност германског освајања се састојала у томе што су се њихова култура и обичаји мешали са културом и обичајима староседелаца. Приликом освајања римске територије Германи су запосели две трећине земљишта, које су

<sup>6</sup> Ibid., 574-575.

<sup>7</sup> Б. Благојевић, Наследно право у Југославији, Београд 1975, 1-13.

<sup>8</sup> К. Sepp, Der Leibrentenvertrage, Munchen 1905, 1 и даље.

<sup>9</sup> Ibid., 2-3.

<sup>10</sup> С. Horaček, Das Ausgedinge, Wien – Leipzig 1904, 6-10.

<sup>11</sup> Ibid., 8.

неравномерно поделили међу собом.<sup>12</sup> Најквалитетније поседе узеле су истакнуте старешине, док су војници морали да се задовоље преосталим земљиштем. Чести ратови су непосредни узрок, који је приморао слободне германске сељаке да се ставе под заштиту крупних земљопоседника, а од IX века и под заштиту цркве.<sup>13</sup>

*Ausgedinge* је у средњевековном немачком праву представљао антиципирано наслеђивање, јер тестамент као правни институт још није настао. Основни мотив, којим се водио немачки народ при уступању цркви свог имања био је обезбеђење издржавања за децу, које је подразумевало и поделу тог имања међу њима, ако их је било више.<sup>14</sup> Постојало је и обезбеђивање доживотног издржавања удовици тзв. *Lipgedinge*, а било је могуће да га супружници међусобно уговоре приликом тзв. *Morgangabe*.<sup>15</sup>

Временом су обавезу доживотног издржавања почели да преузимају и поједини градови и манастири. Најважније правно обележје доживотног издржавања у средњевековној Немачкој је то да је имаоло стварноправни карактер, које се задржало и у савременом немачком праву. Формула опата Маркулуфа из VII века сматра се најстаријим правним документом о овом институту и била је написана латинским језиком.<sup>16</sup> У овом документу се говори о томе да лице које се прихвати обавезе давања доживотног издржавања треба да испуњава све потребе примаоца издржавања да би после његове смрти могло да постане власник свих његових садашњих ствари.<sup>17, 18</sup> Саксонско огледало и аутономно сељачко право за Вестфалфију из

<sup>12</sup> Ф. Енгелс, Порекло породице, приватне својине и државе, Београд 1960, 9.

<sup>13</sup> Вид. Е. А. Космински, Историја средњег века, Београд 1946, 8 и даље; Ф. Енгелс, 20 и даље.

<sup>14</sup> Ф. Енгелс, 206-207.

<sup>15</sup> С. Михајловић, 10.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Детаљније о овим обавезама види код С. Михајловић, 10-11.

<sup>18</sup> „Пошто немам деце, а притисли ме сиромаштво и немоћ, намеравам тебе да адаптирам тако да ме снабдеваш докле год сам жив, животним намириницама, одећом, постељином, обућом и то у довољним количинама, а све моје ствари које имам, као јело, вино, ливаде, стоку и остало моје покућство, уз придржај права, још за живота имаш преузети у своју власт, ради чега ти и стављам исправу, тако да нико од мојих наследника, нити било ко други, овај међусобни споразум не може да промени. Како је горе речено док сам жив има да се бринеш о мојим потребама, а све моје садашње ствари након моје смрти да остану у твојој власти и да радиш са њима што год хоћеш.“ Претходно наведени текст је превод формуле опата Маркулуфа према аутору Михајловићу. Вид. С. Михајловић, 10-11.

1363. године садрже податке о овом институту.<sup>19</sup> Врхунац развоја овог института трајао је од XVI (и то после краха Великог сељачког рата 1525. године) до XVIII века. Сељаци су трпели најтеже последице после слома Великог сељачког рата, а то је допринело ширењу доживотног издржавања код њих у намери да себи и својим породицама обезбеде егзистенцијалне животне услове. Прописи о доживотном издржавању су првенствено регулисали обавезе фискалне природе као и личне односе међу сељаштвом и властелом. У средњовековној Немачкој је често у употреби била и пословица, „Стари ће бити продати са земљом „, и то је значило да ће лице, које је примало издржавање бити продато заједно са имањем за случај да га отуђи.<sup>20</sup>

Овај институт је било практично немогуће дефинисати као уговор о доживотном издржавању због његових следећих особина: 1. *Ausgedinge* је поклон сељаку за добро привређивање, а слаб привредник није могао да га заснује; 2. да би могао да заснује доживотно издржавање сељак је морао да буде неспособан за рад, а један од главних услова који се захтевао је да он мимимално има напуњених педесет година живота; 3. имање се могло уступити само лицу из реда потенцијалних наследника.<sup>21</sup>

У средњовековном немачком праву је чак било дозвољено да се противно вољи имаоца имања, исто прода и да се на тај начин одреди квантитативни и квалитативни вид доживотног издржавања. У случају да дође до принудне продаје имања радило би се о принудној експропријацији по данашњим схватањима. Доживотно издржавање је у себи крило и потенцијалну опасност од стварања фиктивних обавеза издржавања. Ово су често злоупотребљавали младићи који су требали да одслуже свој војни рок.<sup>22</sup> Најважније обележје средњовековног немачког права је то да је *Ausgedinge* стварноправни институт, а само доживотно издржавање реални терет. Принудни карактер, који се јављао при закључењу овог уговора у појединим немачким покрајинама имао је удела у одређивању правне природе овог института. Сеоска средина је у немачком праву била епицентар

<sup>19</sup> Ibid., 11.

<sup>20</sup> Н. Суботић-Константиновић, Уговор о доживотном издржавању, Београд 1968, 19.

<sup>21</sup> С. Михајловић, 12-13.

<sup>22</sup> У Аустрији су се овим често користили младићи када наврше осамнаесту годину живота и реше да се жене и заснују своју породицу, пошто је то био најбољи начин да се избегне одлазак у војску. Тада су се младићи само привидно налазили у својству даваоца издржавања наспрам свог оца као привидног примаоца издржавања.

развоја доживотног издржавања.<sup>23</sup>

Са развојем капиталистичких односа, почиње развој уговора о доживотном издржавању. Одлучујуће је било укидање кметства и натуралне привреде. Робноновчана привреда је заменила заостали натурални начин привређивања. Тај моменат је био преломан за претварање стварноправног карактера овог уговора у облигационоправни. Уговор о доживотном издржавању је правно настао оног момента када је власник имања могао по својој слободној вољи да одлучи да ли хоће и ако хоће коме ће, када и у ком обиму да уступи своје имање, а да за узврат добије доживотно издржавање. Овај институт и данас у Немачкој има стварноправни карактер. Регулисан је покрајинским законом о извршењу Грађанског законика.<sup>24</sup> Према овом закону за случај да се као накнада за доживотно издржавање не даје непокретно имање, за овај уговор ће важити правила о доживотној ренти.

На подручју Аустрије овај институт је регулисан као облигационоправни. Доношењем Аустријског грађанског законика престала је правна важност јавноправним прописима о доживотном издржавању из феудалног доба. Према Аустријском грађанском законнику прималац доживотног издржавања је могао за исто да да и било коју другу ствар мимо свог имања. Путем уговора о предаји је најчешће закључиван уговор о доживотном издржавању. Овим уговором је имовина у пуном обиму прелазила у власништво даваоца издржавања.

Пропаст застарелих феудалних односа је неминовно проузроковала и промену правне природе доживотног издржавања из стварноправе у облигационоправну. Овде је кључно рећи да се пропаст феудалних односа није десила одједном, као и да се није свуда одвијала истом брзином и то је имало одлучујућу улогу да ли ће се и у којој мери на неком правном подручју задржати у потпуности или делимично и стварноправни карактер доживотног издржавања. Нов начин привређивања је у овом процесу одиграо одлучујућу улогу, пошто је неминовно наметнуо нов начин закључивања доживотног издржавања, који је био у складу са савременим потребама. Доживотно издржавање се морало прилагодити облигационоправним

---

<sup>23</sup> Исто је било и у аустријском праву, док је швајцарско право било специфично у том погледу. Доживотно издржавање се у швајцарском праву развијало равноправно како на селу, тако и у граду и у том случају се као противнакнада за дато доживотно издржавање могла дати било покретна било непокретна ствар.

<sup>24</sup> О. Антић, 347.

правилима, превасходно због закључивања доживотног издржавања путем уговора.

Доживотно издржавање у аустријском праву је јединствен правни институт са јединственом унутрашњом симбиозом састављеном од различитих терета, службености и личних чинидби, које заједно имају збрињавајућу ( обезбеђујућу ) функцију. Сврха збрињавајуће функције је да се што подробније оствари издржавање лица, коме је то неопходно, а не да се имање још и додатно оптерећује.<sup>25</sup>

За разлику од претходно поменутих земаља, једино Швајцарски Закон о облигацијама из 1911. године посебно регулише уговор о доживотном издржавању.<sup>26</sup> Према швајцарском праву је могуће да се одређеном лицу пружа доживотно издржавање, а да се као накнада за то обећава наследство и овакав уговор се зове наследни уговор о доживотном издржавању. Специфичност швајцарског права се састоји у томе што за обе варијанте уговора о доживотном издржавању важе правила о форми уговора о наслеђивању.

### 3. Француско право

*Bail a nourriture* (уговор о исхрани) је назив за уговор о доживотном издржавању у француском праву. Сам зачетак овог института је исти као и у средњевековној Немачкој, за разлику од његовог развојног пута, који је ишао у другачијем правцу, пре свега због различитог политичког, друштвеног и економског развоја. Француско сељаштво је било у бољем положају у односу на немачко, током средњег века. Током XIV века сељаци су успели да се ослободе кметске зависности, путем откупа.<sup>27</sup> Кључна разлика између овог института у средњевековном француском и немачком праву, састоји се у томе, што је овај институт развијан у правцу неименованог облигационоправни уговор у средњевековном француском праву, који под својим окриљем регулише разне облике издржавања. На почетку развоја института доживотног издржавања у Француској сам принцип је био исти као у Немачкој, а по угледу на формулу опата Маркулфа, док се разлика састојала у називу самог доживотног

<sup>25</sup> Н. Суботић-Константиновић, 24.

<sup>26</sup> Вид. чл. 521 швајцарског Закона о облигацијама.

<sup>27</sup> Е. А. Космински, 75 и даље.

издржавања. У Француској се доживотно издржавање изражавало описним путем.

*Bail a nourriture* је у почетку подразумевао издржавање у корист малолетника и то у два различита облика: 1. старији облик (уговор којим се једно лице, обично неко из фамилије малолетника, обавезало да издржава малолетника, а да му се за узврат плаћа годишњи пансион); 2. новији облик (овде се давала имовина малолетника издржаваоцу на плодуюживање, уместо годишњег пансиона).<sup>28</sup> Код старијег облика уговора обавезно је било одржавање јавне дражбе пре самог закључења уговора, пошто је уговор закључивало оно лице, које понуди најбоље услове. У средњовековном француском праву су душевно болесна лица била изједначена са малолетницима.<sup>29</sup> Душевно болесним лицима је било омогућено да се служе са оба облика уговора о исхрани како би себи могла да обезбеде доживотно издржавање.

Овде је било могуће и да се путем посебне модификације уговора о поклону закључи уговор о доживотном издржавању. Личност уговорника је овде имала непревазиђен значај, пошто је управо она на прави начин одражавала наклоност и пријатељство између уговорних страна.<sup>30</sup> Није био редак случај да се поклон учини конгрегацијама.<sup>31</sup> У овом случају специфичност се огледала у величини поклона, који се давао. Могуће је било да се лице посвети само молитвама, као и да поред њих буде обавезан да обавља и друге послове. Овде је било спорно да ли се ради о добротином или теретном правном послу.<sup>32</sup> У случају да је дете давало свом родитељу издржавање, оно га је у највећем броју случајева доводило у своју кућу како не би морало да му додатно даје и одређени новчани износ. Овде се радило о давању доживотног издржавања старијем лицу. У свим овим случајевима уговор је био теретан и алеаторан и то типа *do ut facias*.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> С. Михајловић, 18.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibid., 18-19.

<sup>31</sup> Конгрегација је верско удружење.

<sup>32</sup> С. Михајловић, 19.

<sup>33</sup> Тада једна уговорна страна има обавезу да преда ствар, а друга да изврши предвиђену радњу.

Уговор о доживотном издржавању по француском праву има облигационоправни карактер и на њега се поред општих уговорних правила примењују и обичајна правила. На овај уговор се могу применити и правила о доживотној ренти, али под условом да није реч о два специфична правила, која важе само за доживотну ренту, а по којима је дозвољен раскид уговора о доживотној ренти ако је уговор закључен у року краћем од двадесет дана од смрти примаоца ренте и по којима није дозвољен раскид уговора о доживотној ренти ако се не даје предвиђена рента.<sup>34</sup>

У Француској уговор о доживотном издржавању никад није унет у грађански законик, превасходно из разлога што овај уговор никад није имао правни значај какав је имао у средњевековној Немачкој. Уговор о доживотном издржавању је регулисан само путем одговарајућих фискалних закона. Грађански законици, којима је узор био Француски грађански законик нису регулисали уговор о доживотном издржавању, а у ову групу спадају грађански законици Белгије, Италије, Шпаније и јужноамеричких држава. Лалоу је први писао о овом институту у средњевековном француском праву и то тек 1900. године.<sup>35</sup>

#### 4. Наше право

О претечи уговора о доживотном издржавању на нашим просторима нема података, али је уговор о доживотном издржавању са тачно одређеним елементима<sup>36</sup> постојао у средњевековној Србији. Овај уговор је био облигационоправног карактера, за разлику од истог уговора у немачком праву. Извор су многобројне повеље српских владара и властеле, којима су даривали манастире непокретностима, новцем, а за узврат су добијали доживотно издржавање, било за њих лично, било за њихове породице, било за трећа лица.<sup>37</sup> Постојала је и пракса да право ужитка на одређеном делу имања, који се поклањао

<sup>34</sup> Н. Суботић-Константиновић, 23.

<sup>35</sup> Вид. Н. Lalou, *Traite theorique et pratique du bail a nourriture*, Paris 1900, 30 – 69.

<sup>36</sup> Овај уговор о доживотном издржавању није био неименован уговор у нашем средњевековном праву, док је по данашњој класификацији уговора према законском регулисању био именовани уговор. Вид. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1976, 113-115.

<sup>37</sup> О. Антић, З. Балиновац, *Коментар закона о наслеђивању*, Београд 1996, 493-494.

манастиру припада ктитору.<sup>38</sup> Ктитор<sup>39</sup> је имао и право становања на делу имања, које је поклоњено манастиру. Поред владара поклоне манастирима су могла да учине и друга лица, која су исто као и владари, имали право ужитка на поклоњеном имању све до своје смрти. После њихове смрти имање је прелазило у власништво манастира. Доживотно издржавање се могло установити и за жену, али под условом да се не уда (не омужи). Правило о установљењу доживотног издржавања је установио казнац Димитрије у првој половини XIV века.<sup>40</sup> У средњем веку је било могуће да се физичка лица нађу у улози даваоца доживотног издржавања.<sup>41</sup>

Специфичне ситуације су се појавиле са продором Турака на просторе средњевековне Србије током прве половине XV века. Суштина је била у томе што су српски владари сигурност потражили на Светој гори (Атос) у Грчкој, а своје раније учињене поклоне тамошњим манастирима су искористили у намери да себи и својим породицама обезбеде доживотно издржавање.<sup>42</sup>

Адрфат (аделфат, комат) је уговор, који се везује за личност, а давао се у природи или новцу. Адрфат се могао стећи и једнократним откупом.<sup>43</sup> Лице, које је добијало адрфат обично се и замонаши како би се он што је лакше могуће и остварио. Кнегиња Милица (монахиња Евгенија) је, на овај начин, обезбедила издржавање како за себе лично, тако и за своју породицу. Обезбеђивање издржавања кнегињи Милице и њеној деци се може видети у „даровној хрисовуљи“ из 1395. године из манастира Свети Пантелејмон.<sup>44</sup> Изузетак од претходног правила се односио на властелу, којима није постављан захтев да се замонаше како би добили потребно издржавање.<sup>45</sup>

<sup>38</sup> Вид. Т. Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд 1935, 96 и даље.

<sup>39</sup> Ктитор је оснивач и заштитник манастира.

<sup>40</sup> Т. Тарановски, 97.

<sup>41</sup> Ово је видљиво из правних докумената у времену XIV – XVIII века на подручју средњевековне Црне Горе и Херцеговине.

<sup>42</sup> Ово је било у складу са једним од средњевековних докумената, који потиче из 1398. године, а по коме су манастири били дужни да обезбеде помоћ у виду новчаних давања и обезбеђења природних потреба сваког људског бића, као што су стан и храна. Вид. С. Михајловић, 21.

<sup>43</sup> Н. Суботић-Константиновић, 10.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Р. Грујић, *Светогорски азил за српске владаре и властелу после Косовске битке*, Скопље 1932, 65-95.

Повеља краља Милутина, која потиче из 1318 – 1321. године је први правни документ из кога се може видети обезбеђење адрфата. Могуће је било да временом настане сукоб међу лицима, која примају потребно издржавање од манастира. Исто је било и да један међу њима надживи друге примаоце издржавања. У оба случаја је један део адрфата припадао манастиру, док су се други делови адрфата могли припојити адрфатима других примаоца издржавања.<sup>46</sup> Дозвољено је било да се доживотно издржавање преобрази у доживотну новчану ренту, а до овога је долазило у случају да лица, којима је потребно издржавање не могу да га приме у натуралном облику.

Вакуф<sup>47 48</sup> је задужбина заснована по правилима шеријатског права. Постојао је и породични вакуф. Код породичног вакуфа је његовом оснивачу било омогућено да установи правило да се приходи са имања троше како на његово лично издржавање, тако и на издржавање његових ближих и даљих сродника али под условом да се у неком каснијем периоду приходи са имања користе искључиво за потребе самог имања.<sup>49</sup> На подручју средњевековне Србије породични вакуфи су били изузетно ретка појава.

У проучавању овог института може се уочити још једна веома важна разлика између нашег и немачког средњевековног права. Ова разлика се огледа у следећем:

1. код нас се говори о овој установи код властеле, а у Немачкој нема трага о овоме, већ о кључном развоју ове установе на селу, пошто се градско становништво користило новчаном рентом, а племићима није било потребно ни једно ни друго. На селу је у средњевековном праву дуго преовлађивала колективна својина, па није био испуњен први и основни услов за развој уговора о доживотном издржавању. Имања на селу су у целокупном обиму припадала породичној задрузи<sup>50</sup> у средњевековном српском праву. Породичне задруге нису

<sup>46</sup> Н. Суботић-Константиновић, 11.

<sup>47</sup> Најпознатији историјски пример вакуфа је вакуф Исабега у Скопљу, који потиче од 10. јула 1469. године по коме је дозвољено али под условом да преостане прихода са имања, који нису неопходни за одржавање имања да се они могу дати неком из фамилије снивача вакуфа ако остане без средстава за живот.

<sup>48</sup> Најпознатији историјски пример вакуфа је вакуф Исабега у Скопљу, који потиче од 10. јула 1469. године по коме је дозвољено али под условом да преостане прихода са имања, који нису неопходни за одржавање имања да се они могу дати неком из фамилије снивача вакуфа ако остане без средстава за живот.

<sup>49</sup> М. Беговић, Вакуфи у Југославији, Београд 1963, 53-54.

<sup>50</sup> Вид. Ж. Перић, Задружно право по Грађанском законик у Краљевине Србије, Београд 1913, 3-6; А. Јовановић, Историјски развитак српске задруге, Београд 1896, 20-26.

биле непроменљиве целине, пошто су из њих вршена издвајања у одређеним временским роковима. Ово је обично био случај кад син одлучи да се жени. Било је могуће и да се имање породичне задруге поклони манастиру, које је било заштићено од стране владајућег слоја у средњовековној Србији у случају да неко од чланова задруге одлучи да поништи индивидуални акт располагања заједничким имањем.

Долазак Турака је прекинуо процес распадања задруга, који је започео у XIV веку услед постепеног развоја новчане привреде и приватне својине. Задруге су опстале на српском селу све до XIX века. У XIX веку неминован је био продор робноновчане привреде, који се убрзаније одвијао у варошима него на селу. Важно је рећи да се процес распадања задруга није могао одиграти без уплитања законодавца. Према Грађанском законнику за књажевство Србију из 1844. године породична задруга је променила свој правни карактер из неотуђиве и ненаследиве својине задругара у отуђиву и наследиву индивидуалну својину задругара. На територији Хрватске је тек 1889. године законским путем регулисано дељење задруга и омогућено њихово распадање доношењем Закона о кућним задругама. 1888. године је донет Општи имовински законик за Црну Гору, који је питање правног статуса задруга решио примењујући два правила. Прво правило је регулисало однос задруге са лицима ван задруге и дало је задрузи својство правног лица и на тај начин је омогућило распад задруге. Друго правило је међусобне односе задругара до даљњег поверило обичајном праву. Словенија је изузетак у средњовековном праву што се тиче доласка Турака на наше просторе и заустављања распада задруга. Ово превасходно из разлога што је у Словенији био доминантнији утицај аустријског права. Уговор о доживотном издржавању у Словенији је изграђен по узору на исти уговор у аустријском праву и ова два уговора су по својим битним особинама била идентична, с тим да је он у Словенији носио назив нарочилна погодба.<sup>51</sup>

За време владавине Турака, често је самохрано лице обезбеђивало доживотно издржавање усињавањем неког младића или су се побратимљавали или је једно лице доводило у своју кућу читаву несродничку породицу и тиме се стварала задруга, с тим да усиновљеник, побратим или глава те доведене породице, за живота или путем наслеђа добије имање.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> С. Михајловић, 27.

<sup>52</sup> Ibid., 29.

Развој робноновчане привреде, а заједно са њим и развој грађанског права је донео са собом и једну новину, пошто је сматрано да се новонастали односи могу регулисати новим правним средством – уговором. Пре ове новине су односи између задругара имали форму уговорне задруге, иако су били испуњени сви потребни услови да се закључи уговор о доживотном издржавању, који би био праћен заједницом живота. На простору тадашње Србије није одмах коришћен уговор о доживотном издржавању, већ се на самом почетку развоја новог правног института – увора, користио уговор о наслеђивању<sup>53</sup> са намером обезбеђивања доживотног издржавања.<sup>54</sup>

У Црној Гори доживотно издржавање је најчешће настајало путем тестаментa нетипичне садржине, пошто је удатим ћеркама било ускраћено право наслеђивања без навођења разлога.<sup>55</sup>

Појава приватне својине је најважнија етапа у формирању уговора о доживотном издржавању, какав постоји у савременом праву. Настанак приватне својине поред својих неоспорних предности имао је и недостатака за схватања средњовековног права. Први и основни недостатак се односио на питање како остарелим лицима обезбедити основно издржавање у моменту када она постану неспособна за привређивање. Претходно питање се није постављало за време постојања колективне својине, јер је тада њихово издржавање падало на терет целе заједнице. Проблем издржавања остарелих и за рад неспособних лица је решаван тако што су она уступала своје имање за рад способном лицу, које је било у обавези да уступиоцу даје доживотно издржавање. Овај уговор су могли да закључују равноправно како сродници тако и несродници, обично када уступилац имања није имао деце. Временом су уговор о доживотном издржавању почела да закључују и лица способна за привређивање и то са својим првостепеним потомцима како би породицу и имање сачували од великих намета, који су убирали феудалци и држава.<sup>56</sup>

За време Краљевине Југославије правно је регулисан само уговор о доживотној ренти. Тада је ипак постојао и уговор

<sup>53</sup> Уговор о наслеђивању се тада звао уговор на случај смрти. Овај уговор је први пут био употребљен пред Касацијом 1868. године. *Ibid.*, 30.

<sup>54</sup> Ради обезбеђивања доживотног издржавања се понекад користио и поклон са налогом, а на појединим деловима територије, који су били под снажнијим утицајем аустријског права се користио институт сличан уговору о доживотном издржавању из аустријског права, а у градовима је у честој примени био и уговор о доживотној ренти.

<sup>55</sup> Н. Суботић-Константиновић, 17.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 7-8.

о доживотном издржавању али под називом „уговор о заједници живота, рада и имања“ и обично се закључивао на селу.<sup>57</sup>

Све до доношења Савезног закона о наслеђивању<sup>58</sup>, највећа заслуга за развој уговора о доживотном издржавању припала је Аустријском грађанском законнику пошто је он био у примени на великом делу наше територије све до 1941. године. На нашим поручјима у којима је важио Аустријски грађански законик правну важност је имао само уговор о доживотном издржавању по коме се пренос примаочеве имовине вршио одмах по закључењу уговора. Уговор о доживотном издржавању, који је пренос имовине примаоца издржавања одлагао до момента његове смрти имао је правну важност али само под условом да је био закључен између брачних другова, пошто су се овакви уговори подводили под категорију уговора о наслеђивању. На подручјима где се примењивао Српски грађански законик пуноважан је био само уговор о доживотном издржавању, који је пренос имовине примаоца издржавања везивао за моменат његове смрти.

СЗОН је први закон, који је код нас правно регулисао уговор о доживотном издржавању и то само онај његов облик, који је био у примени на нашим подручјима за време важења Српског грађанског законика. На исти начин је поступио и Закон о наслеђивању<sup>59</sup> Републике Србије.<sup>60</sup>

## 5. Закључак

Уговор о доживотном издржавању је током свог развојног пута имао велики значај како у економском тако и у друштвеном и културном животу тадашњих народа. Овај уговор је поред своје основне функције обезбеђивања издржавања истовремено имао и заштитну функцију. Управо заштитни карактер овог уговора даје одговор на питање зашто су се током средњег века духовне институције често појављивале у улози даваоца издржавања. Духовне, а касније и посебно осниване институције за пружање доживотног издржавања

<sup>57</sup> О. Антић, З. Балиновац, 494.

<sup>58</sup> Савезни закон о наслеђивању – СЗОН, Службени лист ФНРЈ, бр. 20/1955.

<sup>59</sup> Закон о наслеђивању – ЗОН, Службени гласник РС, бр. 46/95.

<sup>60</sup> Вид. чл. 194, ст. 1 ЗОН.

су старим лицима, која више нису била у стању да се сама старају о својим потребама уливале већу сигурност да њихова права неће бити изиграна. Стара лица су била уверена да је то Божја воља да они кад остаре треба да уступе своје имање како би у миру и тишини провели остатак живота.

Доживотно издржавање је било у најширој употреби у средњевековној Немачкој међу сељачким становништвом, јер су се они помоћу њега штитили од самовоље племићког сталежа. Код наших народа је владала обрнута ситуација, пошто су се уговором о доживотном издржавању користиле само владајуће породице. Узрок овоме је дуго задржавање колективне својине на сеоским имањима, која је била главна сметња настанку и развоју доживотног издржавања путем самосталног уговора. У селима се живот одвијао у оквиру породичних задруга, док је у градовима и варошима било теже обезбедити њихово функционисање, па се у њима нешто раније отпочело са употребом уговора о доживотном издржавању.

XIX век је са собом донео нове друштвене, правне и економске оквире. Реч је о новом добу, које је неминовно условило распад примитивних заједница, појаву приватне својине на земљишту, а последица тога је појава робно-новчане привреде уместо заосталог природног начина привређивања. Међусобно деловање ових појава је довело до схватања да је неопходно да се и правно уобличи институт доживотног издржавања са намером спречавања потенцијалних спекулација до којих може доћи приликом настајања доживотног издржавања, до чега је на нашим просторима дошло тек доношењем СЗОН-у.

Непревазиђеном значају уговора о доживотном издржавању је, у највећој мери, допринела његова правна природа, која је од самог његовог зачетка, па све до данашњих дана остала непромењена било да је реч о правним системима у којима је она облигационоправна било да се ради о немачком праву у коме има стварноправни карактер.

---

**Vanja Petrović, LL.M.**  
PhD student, Faculty of Law  
University of Belgrade

## BEGINNING THE LIFE BENEFICIARY CONTRACT

### Summary

During study of personal care contract special attention should be devoted to its origin. Roots of personal care contract date back to the dawn of Middle Age which is characterized by tribal way of life when people who lived back then used their own customs in regulation of their mutual rights and obligations. Turning point for the creation and further development of personal care contract is the formation of privately owned land and at the same time private family estates. Only then question regarding support of a people who because of age were not capable of earning rose, since their support during the tribal way of life was born entirely by the entire tribe. Development of personal care did not have the same path in all areas. While in Germany these types of contracts were commonly used in the rural population in our region it was in use mainly among the ruling classes of society. Reason for this is long retention of collective ownership of the farms during the Ottoman rule. The difference appeared in the legal nature and life support, as in Germany personal care contract is considered proprietary in the nature while here it is of contractual nature. Development of personal care contract imposed the need for its legal regulation. In our country this regulation was conducted in 1955.

**Keywords:** origin of life beneficiary, purpose of the life beneficiary, place of life beneficiary, legal nature of life beneficiary, legal regulation of life beneficiary.