

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

---

ZBORNIK RADOVA

*Za izdavača*  
Prof. dr Ljubomir Stajić  
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

*Upravnik Centra za izdavačku delatnost*  
Prof. dr Ljubomir Stajić

*Glavni i odgovorni urednik*  
Prof. dr Slobodan Orlović

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nalazi se u  
*HeinOnline* bazi: *International & Non-U.S. Law Journals*  
(<http://www.heinonline.org>).

Zbornik radova (sveske od 2007. godine) pod nazivom  
*Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* dostupan je u *EBSCO*  
bazi *Academic Search Complete* (<http://www.ebscohost.com>).

Zbornik radova (sveske od 2005. godine) dostupan je na  
veb sajtu Pravnog fakulteta u Novom Sadu  
(<http://www.pf.uns.ac.rs>).

Zbornik izlazi neprekidno od 1966. godine  
Od 2012. godine Zbornik izlazi četiri puta godišnje.  
Cena jedne sveske Zbornika je 5.000 dinara.

UNIVERZITET U NOVOM SADU  
PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU  
UNIVERSITY OF NOVI SAD  
FACULTY OF LAW NOVI SAD  
(SERBIA)



# ZBORNIK RADOVA COLLECTED PAPERS

L 1 (2016)

NOVI SAD, 2016.

ZRPFNS, godina L Novi Sad, br. 1 (2016)

UDK 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255



## SADRŽAJ

|                                                                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor</i><br>Sredstva tumačenja i njihovi međusobni odnosi . . . . .                                                                                                             | 9   |
| <i>Dr Dušanka J. Đurđev, redovni profesor</i><br>Prava putnika u železničkom prevozu . . . . .                                                                                                                         | 39  |
| <i>Dr Goran B. Milošević, redovni profesor; Dr Mirko V. Kulić, glavni i odgovorni urednik časopisa „Finansije i porezi“</i><br>Razvoj poreskog sistema Srbije do Drugog svetskog rata . . . . .                        | 55  |
| <i>Dr Sreten M. Jugović, redovni profesor; Dr Darko Z. Simović, redovni profesor</i><br>Zakon o policiji Republike Srbije od 2016. godine – kritički pogled . . . . .                                                  | 69  |
| <i>Dr Tatjana D. Bugarski, vanredni profesor</i><br>Zahtev za zaštitu zakonitosti . . . . .                                                                                                                            | 83  |
| <i>Dr Dragiša S. Drakić, vanredni profesor</i><br>Načelna razmatranja o istini – uopšte i u krivičnom pravu . . . . .                                                                                                  | 101 |
| <i>Dr Goran N. Bošković, vanredni profesor; Dr Slaviša Lj. Vuković, vanredni profesor</i><br>Oblasti i posledice uticaja organizovanog kriminala na legalno tržište . . . . .                                          | 121 |
| <i>Dr Radomir G. Zekavica, vanredni profesor</i><br>O obavezi pokoravanja pravu . . . . .                                                                                                                              | 135 |
| <i>Dr Svetozar M. Čiplić, docent; Dr Aleksandar L. Martinović, docent; Nataša N. Rajić, asistent</i><br>Ustavni okviri procesa decentralizacije i reforme upravljanja državom na primerima Srbije i Hrvatske . . . . . | 153 |
| <i>Dr Veljko M. Turanjanin, asistent; Dr Dragana S. Čvorović, asistent</i><br>Sarajevo 1914: krivični postupak protiv Mlade Bosne – iluzija pravičnog postupka . . . . .                                               | 175 |
| <i>Milana M. Pisarić, asistent</i><br>Nezakoniti dokazi u sudskoj praksi . . . . .                                                                                                                                     | 193 |
| <i>Ivan D. Milić, asistent; Dr Darko T. Dimovski, docent</i><br>Kažnjavanje osuđenih lica – disciplinske mere . . . . .                                                                                                | 209 |

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Višnja M. Randelović, asistent</i>                                          |     |
| Proganjanje: pojam, karakteristike i predlozi <i>de Lege Ferenda</i> . . . . . | 221 |

#### ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Dr Atila Bado, redovni profesor</i>                           |     |
| Ocena selekcije sudija u Mađarskoj . . . . .                     | 235 |
| <i>Dr Maćaš Bence, vanredni profesor</i>                         |     |
| Nekoliko osnovnih pouka reforme sudstva u Mađarskoj . . . . .    | 253 |
| <i>Bojan N. Vlaški, viši asistent</i>                            |     |
| Oblici i modeli zaštite konkurencije u uporednom pravu . . . . . | 277 |

#### ODELJAK ZA STUDENTE

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Milica Z. Kulidžan, student doktorskih studija</i>        |     |
| Pravo na rad u Ustavu Republike Srbije . . . . .             | 297 |
| <i>Jelena M. Vlajnić, student doktorskih studija</i>         |     |
| Pravni osnov unilateralne humanitarne intervencije . . . . . | 315 |

#### PRIKAZ KNJIGE

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Aleksandar V. Šešelj, student</i>                                 |     |
| Kosta Čavoški: Moć i prevlast – Tukididova politička misao . . . . . | 339 |

## TABLE OF CONTENTS

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor</i>                                                                                           |     |
| Means of interpretation and their interrelationship . . . . .                                                                               | 9   |
| <i>Dužanka J. Đurđev, Ph.D., Full Professor</i>                                                                                             |     |
| Rail Passengers Rights . . . . .                                                                                                            | 39  |
| <i>Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor; Mirko V. Kulić, Ph.D., Chief Editor<br/>of the Magazine "Finances and Taxes"</i>              |     |
| Development of the Tax System in Serbia until the Second World War . . . . .                                                                | 55  |
| <i>Sreten M. Jugović, Ph.D., Full Professor; Darko Z. Simović, Ph.D., Full Professor</i>                                                    |     |
| The Police Act of the Republic of Serbia of 2016 – a Critical View . . . . .                                                                | 69  |
| <i>Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Associate Professor</i>                                                                                      |     |
| Request for Protection of Legality . . . . .                                                                                                | 83  |
| <i>Dragiša S. Drakić, Ph.D., Associate Professor</i>                                                                                        |     |
| Fundamental Consideration of Truth – in General and in Criminal Law . . . . .                                                               | 101 |
| <i>Goran N. Bošković, Ph.D., Associate Professor; Slaviša Lj. Vuković,<br/>Ph.D., Associate Professor</i>                                   |     |
| Areas and Consequences of Organized Crime Influence on the Legal Market . . . . .                                                           | 121 |
| <i>Radomir G. Zekavica, Ph.D., Associate Professor</i>                                                                                      |     |
| On the Obligation to Obey the Law . . . . .                                                                                                 | 135 |
| <i>Svetozar M. Čiplić, Ph.D., Assistant Professor; Aleksandar L. Martinović,<br/>Ph.D., Assistant Professor; Nataša N. Rajić, Assistant</i> |     |
| Constitutional Framework of the Process of Decentralization and Public<br>Administration Reform in Serbia and Croatia . . . . .             | 153 |
| <i>Veljko M. Turanjanin, Ph.D., Assistant; Dragana S. Čvorović, Ph.D., Assistant</i>                                                        |     |
| Sarajevo 1914: Trial process against young Bosnia – illusion of the fair process . . .                                                      | 175 |
| <i>Milana M. Pisarić, Assistant</i>                                                                                                         |     |
| Illegal Evidence in Case Law . . . . .                                                                                                      | 193 |
| <i>Ivan D. Milić, Assistant; Darko T. Dimovski, Ph.D., Assistant Professor</i>                                                              |     |
| Inmate Punishments – Disciplinary Measures . . . . .                                                                                        | 209 |

|                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Višnja M. Randelović, Assistant</i>                                     |     |
| Stalking – the Term, Features and Proposals de Lege Ferenda . . . . .      | 221 |
| SECTION FOR FOREIGN AUTHORS                                                |     |
| <i>Attila Badó, Ph.D., Full Professor</i>                                  |     |
| Evaluation de la sélection des juges en hongrie . . . . .                  | 235 |
| <i>Matyas Bencze, Ph.D., Associate Professor</i>                           |     |
| What to Learn from the Hungarian Judicial Reform? . . . . .                | 253 |
| <i>Bojan N. Vlaški, Assistant</i>                                          |     |
| Forms and Models of Protection of Competition in Comparative Law . . . . . | 277 |
| SECTION FOR STUDENTS                                                       |     |
| <i>Milica Z. Kulidžan, Ph.D. Student</i>                                   |     |
| The Right to Work in the Constitution of the Republic of Serbia . . . . .  | 297 |
| <i>Jelena M. Vlajnić, Ph.D. Student</i>                                    |     |
| Legal Basis for Unilateral Humanitarian Intervention . . . . .             | 315 |
| BOOK REVIEW                                                                |     |
| <i>Aleksandar V. Šešelj, Student</i>                                       |     |
| Kosta Čavoški: Moć i prevlast – Tukididova politička misao . . . . .       | 339 |



Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
R.Etinski@pf.uns.ac.rs

## MEANS OF INTERPRETATION AND THEIR INTERRELATIONSHIP

**Abstract:** *Authentic and some supplementary means of international treaties have been determined by Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. During the process of codification in the International Law Commission determination of these means was not a subject-matter of differences among members of the Commission or among States, but determination of an order of priority among them was. At the end the Commission took the view that all authentic means have to be applied and that their mutual interaction would lead to legally relevant interpretation. Today international judicial bodies do not follow that view. They select some of available authentic and supplementary means and give them different weight. Such interpretative practice may serve *aequum et bonum*, but may be turned into interpretative *ad-hocism*. Causes and consequences should be investigated. Discovering certain regularity in respect to factors determining selection and the weight of various means might increase legal certainty and predictability, what would be good for the rule of law.*

**Key words:** *interpretation, international treaties*

### 1. INTRODUCTION<sup>1</sup>

Differences in interpretation of international treaties are not unexpected events. All arbitrary clauses in international treaties transfer powers to international courts and tribunals to resolve disputes on interpretation and application of these treaties. Article 36 (2 a) of the Statute of the International Court of Justice empowers the parties unilaterally to accept the jurisdiction of the Court in all

---

<sup>1</sup> This research has been done in the framework of the research project “Legal Tradition and New Legal Challenges” financed by the Faculty of Law of the Novi Sad University.

legal disputes concerning interpretation of the treaties. Statistics on international disputes would most probably show remarkable percent of disputes on interpretation in total percent of disputes. It is not a rare occasion that judges of an international court are divided in the interpretation.

Basic rules on interpretation of international treaties have been codified in Articles 31 – 33 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter: the VCLT) and they have been transformed in general customary rules. Differences in respect to rules on interpretation were expressed in scholarly writings, in the International Law Commission (hereinafter: the ILC) during its work on codification and among States. Judicial practice has not been fully coherent in respect to these rules. Due to this reason, the codified rules came as a result of consensus based in compromise. They diminished previously existed differences, but did not precisely answer all relevant questions. It is important that the relationship among various means of interpretation has not been precisely and clearly regulated. In last years the ILC has continued to consider subsequent agreements, as authentic means and subsequent practice as authentic and supplementary means of interpretation in the light of interpretative practice of various judicial bodies which did not exist or did not produce practice at time when the ILC was drafting the VCLT. The First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur of the ILC, showed that there is no uniform application of codified rules in interpretative practices of various international courts and tribunals. Differences exist especially in respect to the weight that various judicial bodies attribute to various means of interpretation. It would be important to explore causes and consequences of these differences.

This article begins with considering the relationship of discretion and legal certainty as two legal values connected with the interpretation. After an attempt to determine purposes and means of interpretation, it will try to present as briefly as possible the genesis of codification and various views of members of the ILC and of States which were reconciled in codified rules. It will finish by referring to differences in interpretative practices of various international judicial bodies and by conclusion on underlying importance of further investigation of the causes and consequences of these differences.

## 2. DISCRETION AND LEGAL CERTAINTY

Sir H. Waldock, the Special Rapporteur on the Law of Treaties, opened discussion about codification of rules of interpretation in the ILC by considering reasons *pro* and *contra* codification. He did not have a problem to find a lot of principles, maxims and methods of interpretation, but he faced an incoherency of

jurisprudence regarding interpretation and observed that the jurisprudence of international tribunals displays various approaches to interpretation – textual, subjective and teleological.<sup>2</sup> More importantly, he observed that recourse to many of principles and methods of interpretation is *discretionary rather than obligatory and interpretation of documents is to some extent an art, not an exact science*.<sup>3</sup> This view was not shared completely by many members of the ILC and the final outcome of their work did not confirm that recourse to most means of interpretation was *discretionary rather than obligatory*. But, that does not mean that Articles 31 – 33 do not leave any discretion to an interpreter. Recently, Linderfalk published an article entitled “*Is Treaty Interpretation an Art or Science? International Law and Rational Decision Making*”.<sup>4</sup> He argued that Articles 31-33 of the VCLT left some discretion to interpreter concerning *the extension of a means of interpretation, the relationships between a means and an interpreted treaty or the priority of the rules of interpretation*.<sup>5</sup> If discretion serves to *aequum et bonum*, it is not the enemy of the law. Commenting the proposed provisions on interpretation in the Draft of the ILC, one Government stated the Commission encroached *as little as possible on the freedom of the interpreter*.<sup>6</sup> It seems that the Government thought that the freedom of an interpreter is something wishful.

On the other hand, discretion might be a source of uncertainty and arbitrariness; it might be the enemy of legal security and the rule of law. Sir H. Waldock, the Special Rapporteur invoked as an argument *pro* codification that the fundamental principle of law of international treaties – *pacta sunt servanda* – requires “*interpretation of treaties without arbitrariness and according to law*.”<sup>7</sup> Preference to discretion or legal certainty influences the approach to interpretation, to our readiness to follow teleological, subjective or textual approach.

<sup>2</sup> The Third Report on the Law of Treaties, Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur of the International Law Commission, Doc A/CN.4/167 and Add. 1-3, *The Yearbook of the International Law Commission*, 2/1964, 54, para 7.

<sup>3</sup> *Ibid.*, para 6. In its Report on the work of its eighteenth session the International Law Commission repeated that *recourse to many of these principles is discretionary rather than obligatory and the interpretation of documents is to some extent an art, not an exact science*. Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, Geneva, 4 May – 19 July 1966, *The Yearbook of the International Law Commission*, 2/1966, 218.

<sup>4</sup> Ulf Linderfalk, *Is Treaty Interpretation an Art or Science? International Law and Rational Decision Making*, *The European Journal of International Law*, 1/2015, 169.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 175.

<sup>6</sup> Portugal: “The Commission endeavoured to encroach as little as possible on the freedom of the interpreter, but without refusing him a number of guiding principles drawn from the practice of international tribunals and from a common fund of theoretical writings.” Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, Geneva, 4 May – 19 July 1966, *The Yearbook of the International Law Commission*, 2/1966, 336.

<sup>7</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op. cit.*, para 8.

### 3. PURPOSE AND MEANS OF INTERPRETATION

Determination of the purpose of interpretation has been, most probably, imported from Roman civil law. The purpose of interpretation is establishing the intention of the parties to a treaty, expressed through the words of a text and through other indications. The Special Rapporteur, the ILC and the States shared such understanding of the purpose. In fact, the outcome of the interpretation is to determine the meaning of the provision of a treaty by establishing the intention of the parties to the treaty in question.

The interpretation is an inherent element of the application of a treaty. Each application of a treaty includes its interpretation. Beside, the interpretation touches the issue of creation of international law and the issue of the relationship between rules of international law. The consent, as essential element in the creation of law, is important also for establishing the relevance of evidence of intention of the parties. The connection between the conclusion of a treaty and its interpretation was observed by the ILC which remarked that: “... *the establishment of some measure of agreement in regard to the basic rules of interpretation is important not only for the application but also for the drafting of treaties.*”<sup>8</sup> Officials, who are drafting a treaty, should have in mind the rules according to which it will be interpreted.

Rules of international law in force among the parties shall be taken into consideration in the process of interpretation of a treaty. On the one side, they may contribute to ascertaining the meaning of a treaty provision. On the other side, if a treaty rule and other rules of international law govern the same situation, it will be necessary to establish the relationship between them, which might be the one of conflict or the one of harmony. Additionally, it will be also necessary to consider the issues of priority between rules or co-effects of them etc. Sometimes, in practice it is difficult to establish a clear border between the interpretation of a treaty provision by reference to other rules of international law and determination of effects of the treaty provision in relationship with other rules of international law.

Means of interpretation denote admissible evidence of intention of the parties as well as ways of ascertaining the intention of the parties. Other terms have been used to express the same meanings, such as approaches, methods, elements, principles, maxims, rules or guidelines, and they are not necessarily identical in their scope. Principle of good faith would rather be the method than the means of interpretation. It does not refer to any evidence of the intention of the parties, but to the requirement to believe to some evidence. Textual, intentional and functional

---

<sup>8</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, Geneva, 4 May – 19 July 1966, *The Yearbook of the International Law Commission*, 2/1966, 219, para 5

approaches to interpretation were differentiated.<sup>9</sup> Also, distinction was made between extensive and restrictive interpretation. Each of them includes more methods or means. Some of them, like the guidelines, may imply a sub-obligatory level.

In his Third Report Sir H. Waldock spoke about authentic and subsidiary means of interpretation.<sup>10</sup> The terms “auxiliary,”<sup>11</sup> “sources of interpretation of the second degree”<sup>12</sup> and further means<sup>13</sup> were also used to denote means which at the end were labeled as supplementary means. The Special Rapporteur did not define the meaning of authentic means of interpretation. In the comment of the general rule, which comprehends authentic means, the ILC stated: “The elements of interpretation in article 27 all relate to the agreement between the parties at the time when or after it received authentic expression in the text.”<sup>14</sup> The agreement between the parties, albeit tacit, makes distinctive feature of authentic means.

#### 4. GENESIS OF CODIFICATION

There were three versions of the drafted provisions on interpretation. The first version appeared in Third Report of the Special Rapporteur, Sir. H. Waldock. The rules on interpretation were contained in Articles 70 to 75 of the Draft.<sup>15</sup> Article 70, under title “General rules” was composed of three paragraphs related to authentic means of interpretation, supplementary means and the special meaning of the term, respectively. Article 71, entitled as “Application of the General rules” included two paragraphs. The first explained the meaning of the context of a treaty and the second referred to other evidence and indication of the intentions of the parties, beyond the text and context of a treaty, such as the preparatory work, the circumstances surrounding the conclusion of a treaty and the subsequent practice. Article 72 dealt with the effective interpretation of the terms. It expressed the maxim *ut res magis valeat quam pereat*. Article 73 regulated the effects of legal development after the conclusion of a treaty to its interpretation and application. Articles 74 and 75 were dedicated to particularities of interpretation of treaties drawn in two or more linguistic versions. These provisions were located

<sup>9</sup> United Nations Conference on the Law of Treaties, Second session, Vienna, 9 April – 22 May 1969, Official Records, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, United Nations, New York, 1970, 58

<sup>10</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op. cit.*, 58

<sup>11</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 283, paras 11, 13

<sup>12</sup> *Ibid.*, 284, para 22

<sup>13</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, Geneva, *op.cit.*, 220, para 10

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

<sup>15</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 2/1964, 52

in the Third part of the Draft devoted to application, effects, revision and interpretation of treaties.

The ILC considered the first version of the provisions, proposed by the Special Rapporteur, in May 1964. Discussion in the ILC resulted in the second version, consisted of Articles 69-73.<sup>16</sup> Authentic and supplementary means of interpretation were separated in Articles 69 and 70.<sup>17</sup> Under the name “General rule,” Article 69 listed authentic means of interpretation. Article 70, under the title “Further means of interpretation” defined conditions for the use of supplementary means, their functions and referred to some of them. Article 71 was dedicated to terms having a special meaning. Articles 72 and 73<sup>18</sup> addressed the differences which might appear between two or more authentic linguistic versions. Article 73 of the first version on the relevance of legal development after the conclusion of a treaty for its interpretation was dislocated in Section II on the modification of treaties and appeared as Article 68 under the title “Modification of a treaty by a subsequent treaty, by subsequent practice or by customary law”.

In the second version a substantial change happened concerning legal qualification of various means of interpretation. The first version distinguished just a few means as authentic means: ordinary meaning of terms and context, including rules of international law in force at the time of the conclusion of a treaty. Other means were treated as supplementary. Object, purposes, and subsequent practice were lifted among authentic means in the second version.

As redrafted these provisions in the second version were generally supported by States, but in 1966 in the light of the comments of States and in a process of fine-tuning of the Draft the ILC reduced these five Articles to the three and relocated them in new Part III under title “Observance, application and interpretation of treaties” and renumbered them in Articles 27-29.<sup>19</sup> It was the last, third version. They got its final normative structure and content. The first two Articles are devoted to authentic and supplementary means of interpretation respectively, and the third fused Articles 72 and 73 of the second version on interpretation of treaties authenticated in two or more languages in Article 29. With very small changes<sup>20</sup> they were adopted by the Vienna Conference and now make Articles 31-33 of the VCLT.

---

<sup>16</sup> This version, presented in the Report of the ILC, was preceded by a previous second version, prepared by the Special Rapporteur and published in *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 309. Since differences between two texts are minimal, for the sake of simplicity, I refer to the version published in the Report of the ILC as the second version.

<sup>17</sup> Report of the International Law Commission covering the work of its sixteenth session, 11 May – 24 July 1964, A/5809, *The Yearbook of the International Law Commission*, 2/1964, 199

<sup>18</sup> *Ibid.*, 206

<sup>19</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *op.cit.*, 217.

<sup>20</sup> Article 27 (3 b) which stated: “Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the understanding of the parties regarding its interpretation” was reformulated

International courts affirmed customary character of Articles 31 and 32 of the VCLT.<sup>21</sup> Consequently, they apply the rules to international persons who are not the parties to the VCLT and to international treaties concluded before entrance in the force of the VCLT.<sup>22</sup>

In 2008 the ILC decided to include the issue “Treaties over time.” In the framework of that topic the ILC has returned to further consideration of the two means of interpretation, subsequent agreements (Article 31 (3 a)) and subsequent practice (Articles 31, (3 b) and 32), and for the time being the Special Rapporteur, Georg Nolte has submitted three Reports<sup>23</sup> and the ILC adopted eleven draft conclusions.

## 5. TEXTUAL INTERPRETATION

One of the reasons for codification of the provision on interpretation, stated by Sir H. Waldock was that codification might be useful to stress “*the significance of the text as the expression of the will of the parties.*”<sup>24</sup> The proposal of fundamental rule in paragraph 1 of Article 70 in the first version was strongly inspired by textual approach: “*The terms of a treaty shall be interpreted in good faith in*

in Article 31 (3b) as follows: “any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation.” Paragraph 3 of Article 29 – ‘The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic *text*. Except in the case mentioned in paragraph 1, when a comparison of the texts discloses a difference of meaning which the application of articles 27 and 28 does not remove, a meaning which as far as possible reconciles the texts shall be adopted’ – was divided in paragraphs 3 and 4 of Article 33 and reads: “3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text. 4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.” The title of Article 29 – “Interpretation of treaties in two or more languages” – was supplemented by “authenticated” in Article 33 and reads “Interpretation of treaties authenticated in two or more languages.”

<sup>21</sup> See the overview of judicial application of Articles 31 – 33 of the VCLT by various international courts in the First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur, International Law Commission, Sixty-fifth session, Geneva, 6 May-7 June and 8 July-9 August 2013, A/CN.4/660, pp. 7-12.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, *op. cit.*; Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties by Georg Nolte, Special Rapporteur, International Law Commission Sixty-sixth session Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2014, A/CN.4/671; Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties by Georg Nolte, Special Rapporteur, International Law Commission Sixty-seventh session Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2015, A/CN.4/683.

<sup>24</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 54, para 8.



*accordance with the natural and ordinary meaning to be given to each term – (a) in its context in the treaty and in the context of the treaty as a whole; and (b) in the context of the rules of international law in force at the time of the conclusion of the treaty.*”<sup>25</sup>

At the first moment, Bartoš was very dissonant stressing the paramount importance of the autonomy of will of the parties and asserting that “what the parties had intended was more important than what they had actually said in the treaty.”<sup>26</sup> However, at the next session he changed his mind saying that “*he personally preferred objective interpretation, because the will of the parties as objectively expressed in the text of a treaty (unless there was very clear evidence of an error in wording) was the best guarantee of respect for the treaty and the best safeguard of treaty relations between States.*”<sup>27</sup> Such approach was supported by Verdross<sup>28</sup> and by Rosenne who quoted the very strong critics by Sir E. Beckett who disapproved of looking at intention as a core method of interpretation:

*“There is a complete unreality in the references to the supposed intention of the legislature in the interpretation of the statute when in fact it is almost certain that the point which has arisen is one which the legislature never thought of at all. This is even more so in the case of the interpretation of treaties. As a matter of experience it often occurs that the difference between the parties to the treaties arises out of something which the parties never thought of when the treaty was concluded and that, therefore, they had absolutely no common intention with regard to it. In other cases the parties may all along have had divergent intentions with regard to the actual question which is in dispute. Each party deliberately refrained from raising the matter, possibly hoping that this point would not arise in practice, or possibly expecting that if it did the text which was agreed would produce the result which it desired.”*<sup>29</sup>

Pal thought that the fundamental rule of interpretation was expressed in Article 70 of the first version, since the real meaning of a treaty can be discovered by considering intention of the parties as far as they succeeded in expressing it in the language of a treaty.<sup>30</sup> However, Yasseen challenged the absolute supremacy of clarity of a text, since the clarity might be relative and apparent.<sup>31</sup> He advocated

---

<sup>25</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 52

<sup>26</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 279.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 287, para 57

<sup>28</sup> *Ibid.*, 287, para 61

<sup>29</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 43, tome 1, (1950), p. 438. Quoted in *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 289, para 93

<sup>30</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 286, para 51

<sup>31</sup> *Ibid.*, para 49



a thesis that sometimes it was necessary to consult preparatory work and circumstances surrounding the conclusion of the treaty in order to estimate whether the text was really clear.<sup>32</sup> The very fast commitment to textual approach in the first version was weakened in the second version.

## 6. CONTEXT

In the first version, paragraph 1 of the Article 70 of the Draft the Special Rapporteur differentiated two sorts of context – context of the term and context of a treaty as a whole. The difference was not of particular importance, but it has been visible in the definition of the context. The text and the preamble were defined from the beginning as elements of the context. Stressing the importance of annexes to a treaty, Tabibi suggested putting them on equal footing with the preamble.<sup>33</sup> This was accepted in the second version. According to paragraph 1 of Article 71 of the Draft in the first version the context of a treaty as a whole was defined to include *in addition to the treaty (including its preamble) – (a) any agreement arrived at between the parties as a condition of the conclusion of the treaty or as a basis for its interpretation; (b) any instrument or document annexed to the treaty; (c) any other instrument related to, and drawn up in connexion with the conclusion of, the treaty.*<sup>34</sup> Numbered documents were not seen necessarily as the integral part of a treaty. It is interesting that the Special Rapporteur explained that these documents serve two purposes: they are not only evidence of intent of the parties which serves to resolve an ambiguity and obscurity but, as the part of a context, they serve to help establishing natural and ordinary meaning of terms of a treaty.<sup>35</sup> He raised the issue whether an agreed statement or understanding as to the meaning of a provision of a treaty, which was reached before the conclusion of a treaty, should be classified as part of a context or as preparatory works? Referring to contrary answers of the World Court in the *Conditions of Admission to Membership* case, where the Court chose the latter option, and in *Ambatielos* case, where the Court opted for the first option, the Special Rapporteur proposed to the Commission also the first option.<sup>36</sup>

The second version simplified the proposal, now in paragraph 2 of Article 69: “*The context of the treaty, for the purposes of its interpretation, shall be understood as comprising in addition to the treaty, including its preamble and annexes,*

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, 313 para 56, 314, para 66

<sup>33</sup> *Ibid.*, 312 para 44

<sup>34</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op. cit.*, 52

<sup>35</sup> *Ibid.*, 58

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

*any agreement or instrument related to the treaty and reached or drawn up in connexion with its conclusion.*”<sup>37</sup>

Some members of the ILC, Lachs,<sup>38</sup> Tunkin<sup>39</sup> and Rosenne<sup>40</sup> were of the opinion that unilateral instruments not accepted by other parties were not parts of the context. Yasseen thought that an instrument of ratification was irrelevant,<sup>41</sup> but Bartoš reminded that ratification was sometimes used for declaring a reservation and, if it was accepted, it became a part of the instrument.<sup>42</sup>

In its 1966 commentary of the third version the ILC stated: “The principle on which this provision is based is that a unilateral document cannot be regarded as forming part of the ‘context’ within the meaning of article 27 unless not only it was made in connection with the conclusion of the treaty, but its relation to the treaty was accepted in the same manner by the other parties.”<sup>43</sup> Further, the Commission stated: “*What is proposed in paragraph 2 is that, for purposes of interpreting the treaty, these categories of documents should not be treated as mere evidence to which recourse may be had for the purpose of resolving an ambiguity or obscurity, but as part of the context for the purpose of arriving at the ordinary meaning of the terms of the treaty.*”<sup>44</sup> Again, the ILC attributed to the context functions of authentic and supplementary means of interpretation.

## 7. RULES OF INTERNATIONAL LAW AND INTER-TEMPORAL LAW

“The context of the rules of international law in force at the time of the conclusion of the treaty” was defined as an authentic means of interpretation in Article 70, paragraph 1 (b) of the first version.<sup>45</sup> Article 73 of the same version required that the emergence of later customary rules affecting the subject-matter of the treaty binding upon all the parties, later agreement between all the parties relating to the subject matter and subsequent practice in relation to the treaty manifesting the

---

<sup>37</sup> Report of the International Law Commission covering the work of its sixteenth session, *op.cit.*, 199

<sup>38</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 285, para 44

<sup>39</sup> *Ibid.*, 310 para 8

<sup>40</sup> *Ibid.*, 313 paras 52, 54

<sup>41</sup> *Ibid.*, 313 para 49

<sup>42</sup> *Ibid.*, 313 para 50

<sup>43</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *op.cit.*, 221, para 13

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 52

consent of all parties to modification of the treaty, should be taken into account by the interpretation of a treaty.<sup>46</sup> The two provisions opened the issue of inter-temporal law. According to the first provision, the rules of international law in time of the conclusion of a treaty were relevant for the interpretation. The second provision made legal development, occurred after the conclusion of a treaty and consisting of emergence of new relevant customary rules, new relevant agreement or subsequent practice in the application of a treaty, which modified the treaty, relevant for its interpretation.

The first difference among the members of the ILC was the issue whether *rules* or *principles* of international law are relevant for the interpretation of a treaty. Tunkin<sup>47</sup> and Ago<sup>48</sup> preferred principles of international law. The Special Rapporteur replied that he had used the term “the rules” rather than “the principles” to stress the importance of a specific context, which might be also a regional context consisted, for example, of the rules applicable in Latin America.<sup>49</sup> De Luna supported such approach.<sup>50</sup> Yasseen preferred keeping the term “the rules” and emphasized the importance of terms used in previous treaties.<sup>51</sup> If the meaning of a term was established in previous treaties, the parties concluding a new treaty considered that the meaning of the term had been already given in previous treaties.<sup>52</sup> He explained that when concluding a treaty, the parties were expressing their intention having in mind factual and legal situation.<sup>53</sup> So, the existing legal situation, created by the rules of international law in force at time of conclusion of a treaty, should be relevant for its interpretation. He thought also that interpretation required sometimes the reference to special rules which expressed certain concepts of international law.<sup>54</sup> Verdross considered that rules of general international law could be important for interpretation and proposed the insertion of the word “general” between “the rules of” and “international law.”<sup>55</sup> Sir H. Waldock asserted that regional international law and even local customs might be relevant for interpretation.<sup>56</sup>

Tunkin challenged inter-temporal determination in Article 70, paragraph 1 (b), alleging that rules of international law relevant for interpretation are those in

<sup>46</sup> *Ibid.*, 53

<sup>47</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 278, para 62, p. 310 paras 8, 9, p.316 para 16

<sup>48</sup> *Ibid.*, 280, para 80, p., 310 paras 8, 9

<sup>49</sup> *Ibid.*, 310 paras 8, 9

<sup>50</sup> *Ibid.*, 310 para 13

<sup>51</sup> *Ibid.*, 310 para 11

<sup>52</sup> *Ibid.*, 310 para 11

<sup>53</sup> *Ibid.*, 312 para 28

<sup>54</sup> *Ibid.*, 316 para 18

<sup>55</sup> *Ibid.*, 316 para 12

<sup>56</sup> *Ibid.*, 316 para 13

force in time of interpretation, since there are some rules where States cannot contract out.<sup>57</sup> Tunkin was of the opinion that the words “*in force at the time of its conclusion*” should be omitted.<sup>58</sup> Later, Ago, Sir H. Waldock and De Luna advocated a thesis that the treaty itself resolved the inter-temporal dilemma. If it was not agreed otherwise, the presumption was that later legal evolution is of relevance for interpretation, since the States are obliged to obey to the international law in force.<sup>59</sup> Ago said that changes of legal content of concepts like “territorial waters” or “territorial sea” affected the meaning of those terms in international treaties.<sup>60</sup>

Facing different views of members of the ILC as well as different comments of States, the ILC decided to omit inter-temporal reference, explaining “*that, in any event, the relevance of rules of international law for the interpretation of treaties in any given case was dependent on the intentions of the parties, and that to attempt to formulate a rule covering comprehensively the temporal element would present difficulties. It further considered that correct application of the temporal element would normally be indicated by interpretation of the term in good faith.*”<sup>61</sup>

## 8. GOOD FAITH

Reference to good faith appeared in the first version. The Special Rapporteur said that the principle of good faith was flowing directly from the rule *pacta sunt servanda*. Application and certainly interpretation of a treaty in good faith is the substance of the rule, as it is defined by Article 26 of the VCLT. Besides, good faith is a legal basis of presumption that the text of a treaty is an expression of the intentions of the parties. The principle requires full compatibility between the intentions, the words and the acts.

## 9. OBJECT, PURPOSES AND PREAMBLE

Briggs proposed the rearrangement of the relationship between authentic and supplementary means of interpretation, as it was proposed in the first version, by advancing objects and purposes of a treaty in a class of primary means.<sup>62</sup> Supporting Bartoš’s position that the spirit of a treaty should prevail over its words,<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, 278, para 49

<sup>58</sup> *Ibid.*, 310 para 8

<sup>59</sup> *Ibid.*, 317 para 30

<sup>60</sup> *Ibid.*, 316 para 27

<sup>61</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *op.cit.*, 222, para 16

<sup>62</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 275, para 12

<sup>63</sup> *Ibid.*, 279, para 64, 68

De Luna said that the objects and purposes of a treaty were the integral part of a treaty and that “all the intrinsic methods or interpretation should be exhausted before recourse was had to extrinsic methods.”<sup>64</sup> Due to this reason, he suggested that objects and purposes of a treaty should be mentioned in the definition of the context, as proposed by the Chairman Ago.<sup>65</sup> It meant they should have been classified as primary means of interpretation. The Special Rapporteur and the Chairman agreed that objects and purposes of a treaty should be treated as primary means of interpretation and moved to paragraph 1 of Article 70.<sup>66</sup> Bartoš proposed also lifting objects and purposes as elements of effective interpretation to Article 70.<sup>67</sup> He believed that the general rule in Article 70 should refer to objects and purposes of a treaty since they are of paramount importance for its interpretation.<sup>68</sup> Lachs was of a similar view, considering that in the case of conflict between ordinary meaning of a term and objects and purposes the latter should prevail.<sup>69</sup> Ruda,<sup>70</sup> Rosenne,<sup>71</sup> Lachs<sup>72</sup> and Amado<sup>73</sup> stressed importance of the preamble of a treaty for its interpretation.<sup>74</sup> So, in the second version, objects and purposes became authentic means of interpretation.

## 10. TELEOLOGICAL INTERPRETATION

Article 72 of the first version of the drafted provisions, under title *Effective interpretation of the terms*, expressed the principle *ut res magis valeat quam pereat* in the following way: *In the application of articles 70 and 71 a term of a treaty shall be so interpreted as to give it the fullest weight and effect consistent – (a) with its natural and ordinary meaning and that of the other terms of the treaty; and (b) with the objects and purposes of the treaty.*<sup>75</sup> The principle should serve to provide the terms of a treaty with full effect of the intentions of the parties. It does not provide “extensive” or “liberal” interpretation that would go beyond what is expressed or necessarily implied in the terms of a treaty.<sup>76</sup> The Special Rapporteur

<sup>64</sup> *Ibid.*, 281, para 85

<sup>65</sup> *Ibid.*, 281, para 85

<sup>66</sup> *Ibid.*, 281, paras 86-89

<sup>67</sup> *Ibid.*, 288, para 76

<sup>68</sup> *Ibid.*, 288, para 77

<sup>69</sup> *Ibid.*, 289, para 87

<sup>70</sup> *Ibid.*, 283, para 9

<sup>71</sup> *Ibid.*, 283, para 16

<sup>72</sup> *Ibid.*, 285, para 42

<sup>73</sup> *Ibid.*, 286, para 55

<sup>74</sup> *Ibid.*, 283, paras 9, 16, 285, para 42

<sup>75</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 53

<sup>76</sup> *Ibid.*, 60, para 27

teur said that the principle might be seen as a requirement of good faith, but he invoked two reasons for its expression in a form of a special rule of interpretation. The first was that by implied terms in a treaty secure efficacy “to an intention *necessarily* to be inferred from the express provisions of the treaty.”<sup>77</sup> The second was to indicate proper limits to the scope of implication of terms, so not to open the door for *purely teleological interpretations*.<sup>78</sup> This is especially important in interpretation of constituent treaties of international organizations.<sup>79</sup> Referring to the *Reparation for Injuries* Opinion, the Special Rapporteur noted that the International Court of Justice stressed that international personality of the Organization and its capacity to bring international claims “arose by *necessary* implication or *necessary* intendment from the terms of the Charter.”<sup>80</sup> The proper limits are defined by intends a) and b) of Article 71: natural and ordinary meanings of terms in their context and object and purpose of a treaty.<sup>81</sup> As a support for such limits the ILC invoked the following dictum from the *Interpretation of Peace Treaties* Advisory Opinion (*I.C.J. Reports 1950*, p. 229) and it said: “The principle of interpretation expressed in the maxim: *ut res magis valeat quam pereat*, often referred to as the rule of effectiveness, cannot justify the Court in attributing to the provisions for the settlement of disputes in the Peace Treaties a meaning which... would be contrary to their letter and spirit.”<sup>82</sup> Sir H. Waldock concluded an explanation of Article 72 of the Draft by the following: *This formulation, it is thought, while containing the principle of effectiveness within the four corners of the treaty, still leaves room for such measure of teleological interpretation as can legitimately be considered to fall within the legal boundaries of interpretation.*<sup>83</sup>

Ruda was of the opinion that the maxim *ut res magis valeat quam pereat* did not require interpretation that would give the fullest weight and effect of a treaty, but interpretation that would take into account that all terms and provisions of a treaty had their reason and meaning in the text of a treaty.<sup>84</sup> Concerning Article 72 members of the ILC agreed that the substance of the Article should be transplanted primary means of interpretation.<sup>85</sup> The object and purposes were expressly stated as primary means and the principle *ut res magis valeat quam pereat* was covered by the principle of good faith.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, 61, para 29

<sup>78</sup> *Ibid.*, 61, para 29

<sup>79</sup> *Ibid.*, 61, para 29

<sup>80</sup> *Ibid.*, 61, para 29

<sup>81</sup> *Ibid.*, 61, para 30

<sup>82</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *op.cit.*, 219, para 6

<sup>83</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 61, para 30

<sup>84</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 288-291 paras 95-98

<sup>85</sup> *Ibid.*, 288-291 paras 69-120

## 11. SUBSEQUENT PRACTICE

Subsequent practice in the application of a treaty shows how the intention of the parties operates in the application of a treaty.<sup>86</sup> Analyzing the practice of the World Court the Special Rapporteur concluded that subsequent practice should be regarded as a subsidiary means of interpretation.<sup>87</sup> Equally as in the case of preparatory works, subsequent practice has a probative value if it reflects common understanding of the parties as to the meaning of terms.<sup>88</sup> Still, according to the Special Rapporteur, practice of an individual party is of importance when it relates to an obligation of particular concern for that party. Probative value depends also on consistency of subsequent practice.

The Special Rapporteur analyzed relevance of practice of organs of international organizations in respect of interpretation of their constituent instruments. He was aware that in its Opinion on *Certain Expenses of the United Nations* the International Court of Justice used the subsequent practice of organs of the United Nations for some findings, but he stressed that this practice did not necessarily reflect the understanding of all state members, since minority might be outvoted.<sup>89</sup> Further, the Special Rapporteur considered that subsequent practice is an authentic means of interpretation, if it is not only consistent and embraces all the parties and also if it is of such nature that indicates the understanding of the parties as reflecting an interpretation binding upon them.<sup>90</sup>

Subsequent practice can be a gray field where the interpretation of a treaty overlaps with its amending. This happens, according to the Special Rapporteur, when subsequent practice reflects common interpretation of all parties that diverges from the natural and ordinary meanings of terms, as it was in the *Temple* case.<sup>91</sup> The Tribunal in arbitration between France and the United States regarding the interpretation of an Air Transport Service Agreement accepted that the Agreement was modified by the subsequent practice.<sup>92</sup> The issue was further elaborated in Article 73 of the Draft where subsequent practice was exclusively an authentic means.<sup>93</sup>

During the discussion in the ILC the Special Rapporteur differentiated three modes of subsequent practice. Firstly, subsequent concordant practice of some parties to a general multilateral treaty might be evidence of proper interpretation.<sup>94</sup> Secondly, subsequent concordant practice accepted by all the States concerned

<sup>86</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 59

<sup>87</sup> *Ibid.*, 59, para 23

<sup>88</sup> *Ibid.*, 59

<sup>89</sup> *Ibid.*, 59

<sup>90</sup> *Ibid.*, 60

<sup>91</sup> *Ibid.*, 60

<sup>92</sup> *Ibid.*, 60

<sup>93</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 282, para 3

<sup>94</sup> *Ibid.*, 296 para 39



would be close to an authentic interpretation.<sup>95</sup> Thirdly, expressed in Article 73, was the case where subsequent practice could not be reconciled with the ordinary meaning of a treaty thought purporting to be an application of it.<sup>96</sup> He remarked that it might be difficult to make precise distinction between interpretation and modification by way of purporting interpretation.<sup>97</sup> He also asked the Commission how to treat subsequent practice, whether as subsidiary means of interpretation or as authentic means when the subsequent practice was concurrent practice of all parties to a treaty?<sup>98</sup>

De Luna advocated priority of subsequent practice to preparatory works.<sup>99</sup> Chronologic order in the context of means of interpretation should not be decisive. The subsequent practice is more objective and certain.<sup>100</sup> On the other hand, the subsequent practice might go beyond the interpretation towards modifying a treaty, since the parties are free to amend a treaty by their concurrent practice.<sup>101</sup> Lachs asked for a balance between subsequent practice and preparatory works, explaining that even those who had participated in preparatory works might change their minds later and express that change in their subsequent practice.<sup>102</sup> The impression of the Chairman, Roberto Ago was that the Commission regarded subsequent practice more as an interpretative agreement than an aid to interpretation.<sup>103</sup> He said: *“If the parties agreed to interpret a text in a certain way, that agreement prevailed; it was not merely a secondary means of clearing up an obscurity or resolving some other difficulty of interpretation.”*<sup>104</sup> The Special Rapporteur accepted that, but raised the issue of the subsequent practice of some parties to the treaty which was not disputed by the others.<sup>105</sup> He was of the opinion that silence was not conclusive and that this situation could not be equalized with the concurrent subsequent practice of all the parties to a treaty.<sup>106</sup> Such subsequent practice would not be an authentic interpretation, but just an indication of the intention of the parties.<sup>107</sup> He believed that such mode of subsequent practice might be covered by general reference to *other means of interpretation as secondary sources*.<sup>108</sup> Having in mind other characteristics of subsequent practice, the Chairman Ago sorted it into

---

<sup>95</sup> *Ibid.*, 296 para 39

<sup>96</sup> *Ibid.*, 296 para 39

<sup>97</sup> *Ibid.*, 296 para 53

<sup>98</sup> *Ibid.*, 296 para 55

<sup>99</sup> *Ibid.*, 285, para 36, p. 310 para 15

<sup>100</sup> *Ibid.*, 285, para 36

<sup>101</sup> *Ibid.*, 285, para 38

<sup>102</sup> *Ibid.*, 286, para 47

<sup>103</sup> *Ibid.*, 296 para 56

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Ibid.*, 296 para 57

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> *Ibid.*



three categories. First, a practice which was not very definite was suitable to be an auxiliary element in interpretation.<sup>109</sup> Second, a wholly concordant and definite practice was a sort of interpretative agreement.<sup>110</sup> Third, practice that modified a treaty was equal to the amendment of a treaty.<sup>111</sup>

Following prevailing views in the ILC, the Special Rapporteur lifted subsequent practice among primary means of interpretation and offered the following formulation in paragraph 3 (b) of Article 69 in the second version: “*Any subsequent practice in the application of the treaty which clearly establishes the understanding of all the parties regarding its interpretation.*”<sup>112</sup> However, he faced the problem of harmonization of the general rule on authentic means of interpretation in Article 69 of the second version and the subsequent practice. He also met the problem of the order of priority among the means numbered in Article 69. Additionally, he saw certain tension between the general rule and the subsequent practice. If ordinary meaning was clear, the subsequent practice, concordant to the ordinary meaning, it was just confirming the correct interpretation.<sup>113</sup> But, in the case of doubts about the ordinary meaning, the subsequent practice might point to the correct interpretation.<sup>114</sup> Even though he did not state this expressly, it seems that he thought that the subsequent practice should be a subsidiary means of interpretation. However, as the majority of the Commission wished to see it as a provision of Article 70, he located it there, but on the level under instruments or agreements<sup>115</sup> and used the following formula familiar in English law to denote inferior position of subsequent practice: “Any subsequent practice ... shall also *be taken into account* (italic is mine) as if it formed part of the context of the treaty.”<sup>116</sup>

Concerning the participation of all parties in subsequent practice, in its commentary of 1966, the ILC gave the following interpretation: “*The text provisionally adopted in 1964 spoke of a practice which ‘establishes the understanding of all the parties’. By omitting the word ‘all’ the Commission did not intend to change the rule. It considered that the phrase ‘the understanding of the parties’ necessarily means ‘the parties as a whole’. It omitted the word ‘all’ merely to avoid any possible misconception that every party must individually have engaged in the practice where it suffices that it should have accepted the practice.*”<sup>117</sup>

<sup>109</sup> *Ibid.*, 296 para 58

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Report of the International Law Commission covering the work of its sixteenth session, *op.cit.*, 199

<sup>113</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 309 para 4

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *op.cit.*, 222, para 15

“Any relevant indications in the practice of individual parties” was under the level of the concordant practice of all parties.<sup>118</sup> The Special Rapporteur saw the matter in the light of estoppel.<sup>119</sup> By its practice of the application of a treaty, a party acknowledged interpretation reflected by the practice and the party was later estopped to evade such interpretation. Tunkin and the Special Rapporteur disputed about indications in the practice of individual parties. Tunkin recognized that the practice of individual parties might be taken into consideration, but he thought that such practice should not be on the same level as preparatory works and proposed the deletion of that part of the provision.<sup>120</sup> Bartoš was in favor of the retention of the phrase, but he thought, like Tunkin that only common practice could be of relevance.<sup>121</sup> Sir H. Waldock opposed to deletion of the phrase and said that the practice of a number of States could be very important, especially in the case of multilateral treaties.<sup>122</sup> Also, he proposed that the practice of individual parties could be referred to in the commentary as one of the other forms of evidence, without attributing special importance to it.<sup>123</sup>

Returning to the issue again in 2013 the ILC has extended further findings on subsequent practice which *consists of conduct in the application of a treaty, after its conclusion*.<sup>124</sup> The “conduct” means any conduct attributable to a State in sense of the Draft Articles on State Responsibility.<sup>125</sup> It includes acts, omissions and silence, *which contribute to establishing agreement*.<sup>126</sup> The weight of a subsequent practice as a means of interpretation depends on its clarity, specificity and whether and how it is repeated.<sup>127</sup> Criteria are defined in a non-exhaustive way.<sup>128</sup> The ILC stated that fresh practice can replace old practice and that the replacement reflects a new common understanding of the parties regarding interpretation of a treaty.<sup>129</sup>

## 12. PREPARATORY WORKS

Sir H. Waldock made a distinction between preparatory works as a means of establishing meanings of terms (paragraph 2 of Article 70 of the first version)

---

<sup>118</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 309 para 5

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*, 314 para 72

<sup>121</sup> *Ibid.*, 314 para 75

<sup>122</sup> *Ibid.*, 314 para 74

<sup>123</sup> *Ibid.*, 314 para 76

<sup>124</sup> Report of the International Commission, Sixty-sixth session (5 May-6 June and 7 July – 8 August 2013), 31

<sup>125</sup> *Ibid.*, 35, para 16

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> *Ibid.*, 192

<sup>128</sup> *Ibid.* 192, para. 2

<sup>129</sup> *Ibid.* 204, para 23

and as a means of confirming meanings of terms, established as natural and ordinary meanings in the context (paragraph 2 of Article 71 of the first version).<sup>130</sup> He admitted that the latter use of preparatory works was almost regular in practice of the World Court and other international judicial bodies and concluded: *It would therefore be unrealistic to suggest, even by implication, that there is any actual bar upon mere reference to travaux préparatoires whenever the meaning of the terms is clear.*<sup>131</sup> Besides, he thought that some preparatory works might be treated as part of the context of a treaty as a whole, as mentioned above.<sup>132</sup> The strength of preparatory works as evidence of intention of the parties depends on the extent to which they furnish proof of the common understanding of the parties as to the meaning of the terms of a treaty. *Statements of individual parties during the negotiations are therefore of small value in the absence of evidence that they were assented to by the other parties.*<sup>133</sup>

Concerning the multilateral treaties, he raised the issue whether preparatory works are relevant only for States which took part in the negotiations or for all parties if preparatory works have been published?<sup>134</sup> In spite of the opposite position of the Permanent Court of International Justice in the *River Oder Commission* case, the Special Rapporteur was of the opinion that preparatory works should be of relevance for all parties, when they were published or unpublished, but accessible.<sup>135</sup> He explained that a state acceding to a treaty, in the drafting of which it did not participate, is entitled to ask to see preparatory works.<sup>136</sup>

Ruda and Rosenne criticized the use of preparatory works for confirmation of the meaning of term resulting from application of paragraph 1 of Article 70.<sup>137</sup> De Luna referred to some weaknesses of preparatory works. Informal discussion in delicate phase of negotiations, which usually had not been noted in the records of negotiations, sometimes had decisive role in the conclusion of a treaty.<sup>138</sup> Often, the parties placed on record as little as possible to escape unwished commitments in future.<sup>139</sup> There is distinction between announced intentions and intentions actually carried out.<sup>140</sup> Amado rejected the treatment of the *travaux préparatoires* as an authentic interpretation by States, even if that interpretation modified the meaning of a treaty.<sup>141</sup> Bartoš had also certain suspicions about the value of pre-

<sup>130</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 58

<sup>131</sup> *Ibid.*, 58

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 283, paras 11, 17

<sup>138</sup> *Ibid.*, 285, para 36

<sup>139</sup> *Ibid.*, 285, para 36

<sup>140</sup> *Ibid.*, 285, para 37

<sup>141</sup> *Ibid.*, 286, para 55

paratory works. He observed that the parties made conflicting declarations during negotiations and asked whether later acceding parties were obliged to know everything that had preceded the conclusion of a treaty.<sup>142</sup> Sometimes, a compromise was reached at the last minute, which was not inserted in records and which departed from previous positions of the parties.<sup>143</sup>

### 13. OPINIONS OF STATES REGARDING THE DRAFTED RULES ON INTERPRETATION

The second version of the Draft was commented by States. Cyprus proposed giving more weight to that maxim *ut res magis valeat quam pereat* by express mention.<sup>144</sup> Czech Government stressed the importance of textual approach and asked for reformulation of Article 69 by stating that the text is presumed to be the authentic expression of the intention of the parties.<sup>145</sup> Israel also supported textual approach<sup>146</sup> and understood that all elements of Article 69 were on an equal footing.<sup>147</sup> Greece did not accept that priorities should have been established among various means of interpretation.<sup>148</sup> Kenya considered that Articles 69-71 presented a reasonable compromise of conflicting views.<sup>149</sup>

Hungary criticized the rigidity of textual approach in general rule, wishing that general rule clearly expressed that “it is the intention of the parties which is sought” and that is presumed that their intention appeared from the text.<sup>150</sup> Portugal expressed a similar view.<sup>151</sup> Further, Hungary believed that preparatory work was of the same importance as subsequent practice.<sup>152</sup> Portugal was skeptical concerning inter-temporal determination in the reference to rules of international law in force at time of conclusion of a treaty, asserting that it was wrong especially in respect to law-making treaties.<sup>153</sup>

The Dutch Government agreed with the ILC concerning “the two basic principles adopted, namely that the actual text of the treaty is the most authorita-

---

<sup>142</sup> *Ibid.*, 287, para 57

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> The Sixth Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 91

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> *Ibid.*, 92

<sup>148</sup> *Ibid.*, 93

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *op.cit.*, 293, para 6

<sup>151</sup> *Ibid.*, 336

<sup>152</sup> *Ibid.*, 293, para 7

<sup>153</sup> *Ibid.*, 336

tive source from which to learn the parties' intentions, and that the text should be judged in the very first place in good faith.<sup>154</sup> Commenting the relationship in the general rule between reference to context of a treaty and objects and purposes, on one hand, and the reference to rules of international law on the other hand, the Netherlands asserted that those means of interpretation were not of equal value, that the reference to rules of international law was of less importance than the reference to context, objects and purposes and that the first means would not be applied if the second proved effective.<sup>155</sup> The Netherlands also proposed that subsequent practice had the importance of authentic means of interpretation even without qualifier of common practice of all parties.<sup>156</sup> Turkey emphasized that removing of difference in respect to rules on interpretation will strengthen the application of international treaties and supported the search for a consensus on the principles underlying these rules and on the order of their priority.<sup>157</sup> It supported also relevance of rules of international law, as formulated by the ILC.<sup>158</sup>

The Great Britain supported the ILC approach that text of a treaty must be presumed to be the authentic expression of the intention of the parties.<sup>159</sup> Syria emphasized the importance of general rules of international law, referred to by the ILC, in Article 69 for disclosing the wish of the parties.<sup>160</sup>

The USA asked whether other means of interpretation should also be enumerated and observed that the order in which the means of interpretation are stated has no significance respecting the relative weight of each of those means.<sup>161</sup> But, impression of the USA was that the proposed provisions, as drafted, had given primacy to the ordinary meaning rule what would be a problem if the parties attributed by an agreement some special or technical meaning to a term.<sup>162</sup> To avoid possible conflict, the USA proposed restructuring the general rule "by listing in paragraph 1 six rules of interpretation *seriatim*: (a) ordinary meaning; (b) context; (c) objects and purposes; (d) rules of international law; (e) agreement regarding interpretation; (f) subsequent practice in application."<sup>163</sup> Concerning subsequent practice in the application of a treaty, the USA thought that action by one party which was not objected to by other parties would have appeared worthy

<sup>154</sup> *Ibid.*, 322, para 28

<sup>155</sup> *Ibid.*, 322, para 29

<sup>156</sup> *Ibid.*, 323, para 31

<sup>157</sup> *Ibid.*, 342

<sup>158</sup> *Ibid.*, 342

<sup>159</sup> The Sixth Report on the Law of Treaties, *op.cit.*, 92

<sup>160</sup> *Ibid.*, 94

<sup>161</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *op. cit.*, 359

<sup>162</sup> *Ibid.* 359

<sup>163</sup> *Ibid.*

to be considered as a substantial guide to interpretation.<sup>164</sup> Conditions for application of supplementary means were too restrictive, according to the opinion of this State, and in the case of a dispute on the meaning of a treaty provision, it suggested that recourse to other means of interpretation should be enabled.<sup>165</sup>

Yugoslavia considered that the proposed provisions should be extended by a special rule which would protect full effects of a treaty.<sup>166</sup> It supported conditions foreseen for the application of supplementary means relating to preparatory work.<sup>167</sup> Specially, Yugoslavia believed that the fact that States ordinary have in mind the actual text of a treaty and not preparatory work should be reflected in the provisions.<sup>168</sup>

#### 14. AUTHENTIC MEANS OF INTERPRETATION AND RELATIONSHIP AMONG THEM

We have seen above that the list of authentic means of interpretation, proposed by the Special Rapporteur in the first version, was extended by the members of the ILC in later versions. In the end, in the third version general rule in Article 27<sup>169</sup> (now Article 31) was composed of four paragraphs. Paragraph 1 informs how a treaty shall be interpreted.<sup>170</sup> Paragraph 2 explains what makes the context for the purpose of interpretation.<sup>171</sup> Paragraph 3 states what shall be taken into account together with context.<sup>172</sup> Paragraph 4 is dedicated to the special meaning.<sup>173</sup>

Commenting the observations of States concerning the relationship among these means, the ILC stated: “*Those observations appeared to indicate a possible*

---

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> *Ibid.*, 361

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> *Ibid.*, 217

<sup>170</sup> Paragraph 1 reads: “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

<sup>171</sup> Paragraph 2 states: “The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.”

<sup>172</sup> Paragraph 3 is as follows: “There shall be taken into account, together with the context: (a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty; (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the understanding of the parties regarding its interpretation; (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.”

<sup>173</sup> Paragraph 4 says: “A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.”

*fear that the successive paragraphs of article 27 might be taken as laying down a hierarchical order for the application of the various elements of interpretation in the article. The Commission, by heading the article "General rule of interpretation" in the singular and by underlining the connexion between paragraphs 1 and 2 and again between paragraph 3 and the two previous paragraphs, intended to indicate that the application of the means of interpretation in the article would be a single combined operation. All the various elements, as they were present in any given case, would be thrown into the crucible, and their interaction would give the legally relevant interpretation."*<sup>174</sup> Further, the Commission explained: "...the word "context" in the opening phrase of paragraph 2 is designed to link all the elements of interpretation mentioned in this paragraph to the word "context" in the first paragraph and thereby incorporate them in the provision contained in that paragraph. Equally, the opening phrase of paragraph 3 "There shall be taken into account *together with the context*" is designed to incorporate in paragraph 1 the elements of interpretation set out in paragraph 3."<sup>175</sup>

After examining the contemporary practice of the application of Articles 31 and 32 by various international courts in respect to various international treaties, the Special Rapporteur, Georg Nolte in his First Report proposed a conclusion that a treaty or a treaty provision may put a different emphasis on the various means of interpretation contained in Articles 31 and 32 of the VCLT, especially regarding the text of a treaty or its object and purposes.<sup>176</sup> Starting from the proposal, the ILC adopted as point 5 in draft conclusion 1 the following formulation: "The interpretation of a treaty consists of a single combined operation, which places appropriate emphasis on the various means of interpretation indicated, respectively, in articles 31 and 32."<sup>177</sup> It is a step further from the 1966 explanation of the ILC.

## 15. SUPPLEMENTARY MEANS OF INTERPRETATION

Paragraph 2 of Article 70 of the Draft in the first version regulated the relationship between authentic and supplementary means of interpretation: "*If the natural and ordinary meaning of a term leads to an interpretation which is manifestly absurd or unreasonable in the context of the treaty as a whole, or if the*

<sup>174</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *op. cit.*, 219, para 8

<sup>175</sup> *Ibid.* 219, para 8

<sup>176</sup> First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, *op. cit.*, 13, para 28.

<sup>177</sup> Report of the International Law Commission, Sixty-seventh session, (4 May-5 June and 6 July-7 August 2015), New York, 2015, p. 86



*meaning of a term is not clear owing to its ambiguity or obscurity, the term shall be interpreted by reference to – (a) its context and the objects and purposes of the treaty; and (b) the other means of interpretation mentioned in article 71, paragraph 2.*<sup>178</sup> Paragraph 2 of Article 71 stated: “Reference may be made to other evidence or indications of the intentions of the parties and, in particular, to the preparatory work of the treaty, the circumstances surrounding its conclusion and the subsequent practice of parties in relation to the treaty, for the purpose of – (a) confirming the meaning of a term resulting from the application of paragraph 1 of article 70; (b) determining the meaning of a term in the application of paragraph 2 of that article; (c) establishing the special meaning of a term in the application of paragraph 3 of that article.”

The Special Rapporteur did not understand the two sorts of means as exclusive, since he qualified subsequent practice as supplementary means of interpretation that, under certain conditions, can be authentic means of interpretation. He also treated the contexts both as authentic and supplementary means. The Special Rapporteur was categorical in his position that supplementary means can be used only if the standard of ambiguity and obscurity was met; it is “where the text of the treaty itself was not sufficient to elucidate its meaning.”<sup>179</sup> He wrote: “*In these cases, and in these cases only, it is permissible to fix the meaning of the terms by reference to evidence or indications of the intentions of the parties outside the ordinary sense of their words.*”<sup>180</sup> The Special Rapporteur suggested that among various supplementary means of interpretation a preference should be given to the context of a term and object and purposes of a treaty. Subject to control of these means, the meaning of a term can be established by other evidence of intent of the parties in using the term.<sup>181</sup> However, members of the ILC lifted these means among authentic means.

In the comment on the last version of the Draft, the ILC “*pointed out that the provisions of article 28 by no means have the effect of drawing a rigid line between the ‘supplementary’ means of interpretation and the means included in article 27. The fact that article 28 admits recourse to the supplementary means for the purpose of ‘confirming’ the meaning resulting from the application of article 27 establishes a general link between the two articles and maintains the unity of the process of interpretation.*”<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op. cit.*, 52

<sup>179</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 282, para 2

<sup>180</sup> The Third Report on the Law of Treaties, *op. cit.*, 57

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *op.cit.*, 220, para 10



## 16. INTERNATIONAL JUDICIAL APPLICATION OF ARTICLES 31 – 33 OF THE VCLT

The First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte has shown two important matters. The international courts and tribunals recognize and apply Articles 31 and 32 of the VCLT, but differ in choosing available means of interpretation.<sup>183</sup> The Appellate Body of the World Trade Organization has been concentrated on the text of a respective agreement. Occasionally, it has used evolutive interpretation or applied the principle of effectiveness, but did not particularly employed object and purpose as a means of interpretation.<sup>184</sup> The Iran-United States Claims Tribunal has relied primarily on the ordinary meaning of terms and object and purpose.<sup>185</sup> The interpretative practice of tribunals established by the International Centre for Settlement of Investment Disputes is not uniform, but does not attribute a special weight on the object and purpose nor on the presumed intentions of the parties.<sup>186</sup> The European Court of Human Rights (hereinafter: the ECHR) prefers the principle of effectiveness and evolutive interpretation.<sup>187</sup> The Inter-American Court of Human Rights has given priority to the object and purpose before ordinary meaning of terms.<sup>188</sup> The European Court of Justice also has given priority to the object and purpose before the text.<sup>189</sup>

That short summary of the review of application of Articles 31 and 32 by various international courts and tribunal, as well as the review as whole, presented in the First Report by Georg Nolte does not suffice. Interpretative practices of these bodies deserve comprehensive and detailed analysis. For example, the ECHR has become famous by considering the European Convention on Human Rights to be “*a living instrument to be interpreted in light of present-day conditions.*” It repeated that *Convention could not be interpreted solely in accordance with the intentions of their authors expressed more than forty years previously.*<sup>190</sup> Frequently, it uses

<sup>183</sup> See the overview of judicial application of Articles 31 – 33 of the VCLT by various international courts in the First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation *op.cit.*, 7-12.

<sup>184</sup> *Ibid.*, 7, para 11

<sup>185</sup> *Ibid.*, 7, para 12

<sup>186</sup> *Ibid.*, 8, para 13. See, however, S. Djajić, O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2015, p. 577

<sup>187</sup> First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, *op. cit.* 9, para 17

<sup>188</sup> *Ibid.*, 10, para 19

<sup>189</sup> *Ibid.*, 12, para 27

<sup>190</sup> *Loizidou v. Turkey*, judgment of 23 March 1995 (*preliminary objections*), Series A no. 310, para 71, *Bankovic and all v. Belgium and all*, judgment of 12 December 2001, para 64

subsequent practice in the application of the European Convention of Human Rights as a vehicle of evolutive interpretation.<sup>191</sup> If concordant practice concerning the disputed issue prevails among the parties, the European Court of Human Rights declares that European consensus has been achieved and interprets a provision according to such consensus. However, it is not always the case. The ECHR considers that moral sensitivity, historical and political factors and other reasons can justify an isolated position of a Party which departs from widespread consensus.<sup>192</sup> Beside, in the *Bankovic* case, interpreting Article 1 of the European Convention on Human Rights and searching for the meaning of a term “jurisdiction” the ECtHR departed from the evolutive interpretation, explaining that “*the scope of Article 1, at issue in the present case, is determinative of the very scope of the Contracting Parties’ positive obligations and, as such, of the scope and reach of the entire Convention system of human rights’ protection.*”<sup>193</sup> In that case the ECHR relied on the *travaux préparatoires* in its confirmatory function, what was not frequently used.

The First Nolte’s Report informs that interpretative practice of tribunals established by the International Centre for Settlement of Investment Disputes is not uniform. But, it is more striking fact that interpretative practice of chambers of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia is not uniform.

The important issue is what are the causes and consequences of differences in choosing different means of interpretation which exist not only among various international courts and tribunal, but also in the framework of the same judicial body. The issue of relevance of legal characteristics of international treaties and their provisions for selection of appropriate means of interpretation was considered before the codification started, for example, by Q. Wright,<sup>194</sup> it was touched upon by the Special Rapporteur and members of the ILC during the process of codification 1964-1968, addressed by draft conclusion 1, point 5 of the ILC in 2013. It is alive and important issue. But, the tentative answer that legal characteristics of a treaty or a treaty provision are important for selection of the means of interpretation would not be a complete explanation of differences existing in interpretative practices concerning selection of means of interpretation. Since various judicial bodies interpret differently the same provision of a treaty. They apply the same rules of interpretation to the same provision of an international treaty and come

---

<sup>191</sup> R. Etinski, Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Means of its Interpretation, *Harmonization of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law, Thematic Collection of Papers*, vol. III, Novi Sad, 2015, 17 – 35

<sup>192</sup> K. Dzehtsiarou, European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights, *German Law Journal* 12/2011, 1733

<sup>193</sup> *Bankovic*, para 65.

<sup>194</sup> Q. Wright, The Interpretation of Multilateral Treaties, *The American Journal of International Law*, 1929, 99-101

to different meanings. The legal characteristic of the provision or of the treaty cannot explain such difference. It must be that there are other reasons, maybe facts of the case, or others.

The other important issue is the issue of consequences of choosing different various means of interpretation. Whether it serves *aequum et bonum* and how it reflects on legal certainty and predictability are relevant issues.

## 17. CONCLUSIONS

Basic rules on the interpretation of international treaties have been codified in Articles 31-33 of the VCLT and transplanted among general customary rules. They were created as a compromise of all different views of members of the ILC and States. Being a compromise, it does not address precisely enough all relevant issues. Authentic means have been enumerated in an exhaustive way in Article 31. Their positions in three paragraphs of the Article, the order of their listing in paragraphs does not reflect their relative weight and priority in course of application. The ILC advised the use all of them so that their interaction produce legally relevant interpretation. In the 1966 Comment on the third version of the Draft, the ILC stated: "*All the various elements, as they were present in any given case, would be thrown into the crucible, and their interaction would give the legally relevant interpretation*". It is not very precise instruction for the case where various means of interpretation lead to different results and when these results cannot be reconciled. It left certain discretion to interpreters.

Article 32 determines the conditions which have to be satisfied for application of supplementary means. It also defines two functions of supplementary means. The first of them, confirmatory is at disposition of the interpreter when Article 31 leads to a clear meaning and serve for its confirmation. The other function of determination of the meaning is available only if the application of Article 31 does not result in clear meaning. The Article exemplary refers to the circumstances surrounding the conclusion of treaties and preparatory works as supplementary means. The ILC considered also that subsequent practice of certain characteristics and the context can play the role of supplementary means. But, the list is not exhaustive. As the member of the ILC Rosenne expressed some doubts about confirmatory function of the preparatory works, considering that it might be just a mask of determinative function.

The international judicial practice of application of these rules show that the advice of the ILC that an interpreter should use all authentic means so that interaction among them leads to correct interpretation was not accepted by international judicial bodies. Usually, they use more, but not all available authentic means and usually they attached a special weight to some of them. It implies important

issue of causes and consequences of such interpretative practice. The attributing different importance to various means of interpretation might be opportune if serves *aequum et bonum*. But, if it turns into ad-hocism, as it was named by an author, than it undermines the rule of law. Practitioners of international law would like to know what factors determine selection various available means of interpretation. If certain regularity might be discovered in that respect, it would be contribute to legal certainty, predictability and to the rule of law.

Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
R.Etinski@pf.uns.ac.rs

### **Sredstva tumačenja i njihovi međusobni odnosi**

**Sažetak:** Članovima 31 i 32 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora određeni su neki autentični i dopunski načini tumačenja međunarodnih ugovora. Tokom procesa kodifikacije u Komisiji za međunarodno pravo određivanje tih načina nije bilo predmet razlika između članova Komisije ili između država, ali određivanje reda prioriteta među njima jeste bilo. Na kraju Komisija za međunarodno pravo je zauzela stav da svi autentični načini treba da budu primenjeni i da će njihova uzajamna interakcija voditi do pravno relevantnog tumačenja. Danas međunarodna sudska tela ne slede ovaj stav. Ona biraju neka od raspoloživih autentičnih i dopunskih sredstava i daju im različitu težinu. Takva praksa tumačenja može da služi *aequum et bonum*, ali može i da se izokrene u interpretativni *ad-hokizam*. Uzroke i posledice bi trebalo istražiti. Otkrivanje izvesne pravilnosti u pogledu faktora koji određuju izbor i težinu različitih načina bi moglo da poveća pravu izvesnost i predvidljivost, što bi bilo dobro za vladavinu prava.

**Ključne reči:** tumačenje, međunarodni ugovori.

Datum prijema rada: 30.04.2016.



*Dr Dušanka J. Đurđev, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
D.Djurdjev@pf.uns.ac.rs*

## PRAVA PUTNIKA U ŽELEZNIČKOM PREVOZU<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Međunarodni prevoz putnika i prtljaga je regulisan pravilima CIV, a Uredba 1371/2007 reguliše sadržinski ista pitanja koja su regulisana CIV-om čije su ugovorne strane i države članice EU, pa se CIV primenjuje i na teritoriji EU. Uredba predviđa da se odgovornost železničkog prevozioca za štete koje pretrpe putnici i prtljag reguliše direktnom primenom odredaba CIV, jer je CIV uključen kao dodatak u Uredbu. Međutim, Uredba samostalno uređuje odgovornost železnice za dodatna prava koja nisu predviđena u CIV, a kojima se poboljšava položaj putnika u železničkom prevozu.*

**Ključne reči:** *odnos između međunarodne konvencije i Uredbe 1371/2007, naknada štete u slučaju „više sile”.*

### UVOD

Još je početkom devedesetih godina prošlog veka, pod uticajem politike zaštite potrošača, u EU pokrenuta inicijativa za širom zaštitom prava putnika u svim granama prevoza. Prvi koraci su preduzeti u oblasti vazdušnog saobraćaja, u kome prevoz putnika jeste najzastupljeniji, pa su po uzoru na pravila o zaštiti putnika u vazdušnom saobraćaju u većoj ili manjoj meri kasnije donošena pravila i za druge oblasti saobraćaja. Međunarodni prevoz putnika u železničkom saobraćaju uređen je Konvencijom o međunarodnim prevozima železnicama (Convention concerning international transport by rail) koja je doneta 1980. i to Dodatkom A Jednoobraznim pravilima CIV koji čine deo konvencije COTIF.<sup>2</sup> COTIF je menjan Protokolom iz Viljnusa 1999. (Protocol for the modification of the Convention con-

<sup>1</sup> Rad je posvećen projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi” čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

<sup>2</sup> Jugoslavija je ratifikovala COTIF 1984. Sl. list SFRJ.

cerning international transport by rail)<sup>3</sup>. COTIF iz 1999. uređuje sva pitanja međunarodnog železničkog prevoza koji se odvija između država članica ove konvencije. EU je prihvatila ovu konvenciju 2011. godine.<sup>4</sup>

Na taj način je konvencija COTIF postala integralni deo komunitarnog pravnog poretka, pa se primenjuje i član 216. /2UFEU po kome sporazumi koje zaključuje Unija vezuju institucije Unije i države članice, a to znači da međunarodno pravo ima primat nad sekundarnim komunitarnim pravom.

U EU prevoz putnika je regulisan Uredbom 1371/2007.<sup>5</sup> Pošto oba dokumenta regulišu istu materiju, a na snazi su i COTIF i Uredba, načelno pitanje je, ako postoje različita rešenja u tim dokumentima, šta se primenjuje prvo.<sup>6</sup> Da li postoji sukob sekundarnog zakonodavstva i međunarodne konvencije? Opšti stav je da se prvo primenjuje međunarodna konvencija. U konkretnom slučaju srećno i dobro rešenje je u izričitom stavu Uredbe po kome se u slučaju da i Uredba i COTIF regulišu isti odnos, primenjuje odredba iz COTIF-a, odnosno Uredba se direktno poziva na primenu odredbe COTIF-a, čime se sprečava sukob dva izvora prava, a Uredbom se samostalno uređuju druga pitanja koja COTIF-om nisu uređena i to su po pravilu dodatna prava putnika kojim se unapređuje njihov položaj u pravu EU.

U oblasti odgovornosti i naknade štete problem je rešen, jer Uredba upućuje da se ova pitanja regulišu prema COTIF-u tj. JP CIV koji su u vidu aneksa dodati tekstu Uredbe.<sup>7</sup> Ovom Uredbom se daju veća prava putnicima u odnosu na rešenja iz međunarodne konvencije. Nije problem kada se međunarodnom konvencijom daje minimum prava (što znači relativnu kognitivnost norme što je u konvencijama kojima se reguliše prevoz redovan slučaj) jer se pravom EU tj. Uredbom daju veća prava putnicima.

Međutim, ako međunarodna konvencija sadrži klasičnu kognitivnu normu (ne relativno kognitivnu kao u prethodnom slučaju) ne bi se smelo razlikovati pravo EU od međunarodne konvencije, da se ta dva prava ne bi našla u koliziji. Ukoliko bi se desilo da se naknadni propis EU razlikuje od rešenja međunarodne konvencije koju je prihvatila EU i države članice, naknadni sekundarni izvor ne bi bio valjan i o tome bi rešavao sud.<sup>8</sup> Zaštita prava putnika nije se značajnije menjala u revizijama COTIF-a od 1980. do 1999.

---

<sup>3</sup> Protokol stupio na snagu 2006. a Srbija ga usvojila 2007., Zakon o potvrđivanju Protokola, „Sl. glasnik“ RS.

<sup>4</sup> Jean-Luc Dufournaud, Accession of the European Union to the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF), , [www.cit-rail.org/media](http://www.cit-rail.org/media))

<sup>5</sup> Uredba (EZ) br. 1371/2007. Evropskog parlamenta i saveta o pravima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju, „Sl. list“ EU L 315/14.

<sup>6</sup> Dušanka Đurđev, Pravno regulisanje železničkog prevoza putnika u EU, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 43, br. 1, 2009., str. 67-84.

<sup>7</sup> JP CIVsu Dodatak A uz COTIF: Jedinstvena pravila za ugovor o međunarodnom prevozu putnika i prtljaga železnicom. Taj Dodatak CIV predstavlja ujedno i Dodatak I Uredbi 1371/2007.

<sup>8</sup> Nikoleta Radionov, Željeznički promet, Europski prometno pravo, Zagreb, 2011., str. 118.



U Preambuli Uredbe se ističe da je u okviru zajedničke saobraćajne politike važno da se zaštite prava putnika u železničkom saobraćaju i poboljša kvalitet železničkog putničkog prevoza, kako bi se podstakao železnički saobraćaj u odnosu na druge vidove prevoza. Jačanje prava putnika znači, između ostalo, i dostupnost informacija o uslugama prevoza, a prava putnika se zasnivaju na pravilima predviđenim u Dodatku A – Jedinstvenim pravilima za ugovor o međunarodnom prevozu putnika i prtljaga železnicom (JP CIV). U tački 6. preambule Uredbe u kojoj se govori o pravilima CIV se dodaje da je poželjno da se područje primene Uredbe proširi ne samo na putnike u prekograničnom nego i putnike u unutrašnjem železničkom saobraćaju.

Uredbom se uređuju sledeća pitanja:

- odgovornost železničkog prevozioca u slučaju telesne povrede i smrti putnika,
- osiguranje odgovornosti železničkog prevozioca,
- prava putnika u slučaju kašnjenja,
- zaštita i pomoć putnicima s invaliditetom,
- zaključivanje ugovora, izdavanje karata, računarski sistem informisanja,
- obaveza železnice da obezbedi bezbednost prevoza.

Donošenjem ove Uredbe EU je preuzela nadležnosti u uređenju odgovornosti železničkog prevozioca, koje je do tada bilo u nadležnosti država članica. Međunarodni prevoz putnika i prtljaga je regulisan pravilima CIV, a Uredba reguliše sadržinski ista pitanja koja su regulisana CIV-om čije su ugovorne strane i države članice EU, pa se CIV primenjuje i na teritoriji EU. Uredba predviđa da se odgovornost železničkog prevozioca za štete koje pretrpe putnici i prtljag reguliše direktnom primenom odredaba CIV, jer je CIV uključen kao dodatak i u Uredbu, što je dobro rešenje, jer obezbeđuje jedinstvena pravila za odgovornost prevozioca za smrt i povrede putnika, u domaćem i međunarodnom prevozu putnika i prtljaga unutar EU, ali i između EU i trećih država. Vazno je istaći da Uredba samostalno uređuje odgovornost železnice za dodatna prava koja nisu predviđena u CIV, a kojima se poboljšava položaj putnika u železničkom prevozu. Tako se u poglavlju I B predviđaju pravila o odgovornosti železnice za kašnjenje, propuštanje veze i otkazivanje putovanja. Ova Uredba je pravljen po uzoru na odgovarajuću Uredbu 261/2004 u vazdušnom saobraćaju, mada je složeniji odnos između međunarodne konvencije i Uredbe u vazdušnom saobraćaju.<sup>9</sup>

U odnosu na CIV, Uredbom su proširena i pojačana prava putnika, a razlog je ne samo u potrebi da se u većoj meri zaštite interesi potrošača (putnika) već i da se poveća konkurentnost železničkog u odnosu na drumski saobraćaj. Posebna pažnja je posvećena u Uredbi pravima putnika u slučajevima kašnjenja prevoza, otkazanog prevoza i gubitka veze za nastavak putovanja, jer su takvi slučajevi

<sup>9</sup> Više o ovome Dušanka Đurđev, Ekskluzivnost Montrealske konvencije i komunitarno pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad 2015., vol. 49, br. 1, str. 33-48.

najčešći u železničkom prevozu. U Uredbi se ova pitanja regulišu u poglavlju III, IV i V.

### **Odgovornost za kašnjenje**

U načelu u transportnom pravu se pitanjima šteta zbog zakašnjenja posvećuje manja pažnja nego regulisanju naknade štete za smrt i povrede putnika. Pravnom regulisanju odgovornosti za kašnjenje se relativno kasno i vrlo ograničeno pristupilo. Do revizije CIV 1999. godine nije ova materija bila predmet unifikacije, pa je u verziji CIV iz 1980. bilo predviđeno da se upućuje na nacionalno pravo države u kojoj se nesrećan slučaj desio.

Tačno je da su štete zbog zakašnjenja manjeg značaja od šteta koje nastaju usled smrti ili povrede putnika, međutim, odgovornost za zakašnjenje zasluži pravno regulisanje, jer se često pojavljuje u praksi, a i predstavlja oblik neurednog ispunjenja jedne od ugovornih obaveza urednog i blagovremenog prevoza putnika.

U reviziji CIV iz 1999. su predviđena izvesna pravila za neke slučajeve kašnjenja i ona su kao dodatak postala sastavni deo Uredbe.

Član 32. Dodatka i naslova IV poglavlja i Uredbe glasi:

1. „Prevoznik je putniku odgovoran za štetu koja nastane onda kada se voz ukine ili kada kasni, pa putnik propusti vezu i putovanje ne može nastaviti isti dan ili pak ako zbog datih okolnosti nema smisla zahtevati da se putovanje nastavi isti dan. Naknada štete obuhvata troškove primerenog smeštaja i troškove primerenog obaveštavanja lica koja su očekivala putnika.

2. Prevoznik se oslobađa od te odgovornosti onda ako do ukidanja voza, kašnjenja ili propuštanja veze dođe zbog jednog od sledećih razloga:

a) Zbog okolnosti koje nisu vezane za železnički promet, a koje prevoznik uprkos tome što je u datim okolnostima preduzeo sve potrebne mere, nije mogao izbeći niti sprečiti njihove posledice;

b) Zbog krivice putnika;

c) Zbog ponašanja treće strane koje prevoznik uprkos tome što je u datim okolnostima preduzeo sve potrebne mere nije mogao izbeći niti sprečiti njihove posledice...”

Po uzoru na rešenja u vazdušnom saobraćaju, predviđena su u Uredbi šira prava putnika u slučaju kašnjenja u polasku, otkazanog prevoza ili gubitka veze za nastavak putovanja.

Model za rešenje brojnih pitanja je bila Uredba 261/2004 u vazdušnom saobraćaju, mada postoje i razlike. U samom tekstu Uredbe, poglavlje IV nosi naziv „Kašnjenje, propuštanje veze i isključenje vozova” i u članovima 15. do 19. se šire reguliše odgovornost za kašnjenje, propuštene veze i isključenje vozova. Suština je u tome da ako se može očekivati kašnjenje duže od 60 minuta putnik može

da traži povraćaj punog iznosa cene prevozne karte i to za deo puta koji nije ostvaren, može da nastavi vožnju promenjenom trasom prvim sledećim vozom ili da nastavi vožnju promenjenom trasom kasnije po svom izboru.<sup>10</sup>

U sledećem članu 17. se reguliše odšteta za cenu prevoza i to bliži uslovi za slučaj da za kašnjenje nije vraćen iznos cene prevozne karte u skladu sa članom 16, propisujući da se daje 25% cene karte za kašnjenje od 60 do 119 min., a 50% za kašnjenje preko 120 min. Predviđena su i pravila za slučaj kašnjenja u vidu pružanja odgovarajuće pomoći.<sup>11</sup>

Kada se uporede rešenja u dodatku I uz Uredbu a to su preuzeta pravila CIV i rešenja u samom tekstu Uredbe, može se konstatovati da su u Uredbi data šira prava putnicima za slučaj kašnjenja nego u CIV.<sup>12</sup>

Mogući problem u primeni je što Uredba u članu 17. o odšteti koja se daje za slučajeve kašnjenja ne govori o razlozima za oslobođenje železnice od odgovornosti. Međutim, u Dodatku I poglavlje II član 32. koji nosi naziv odgovornost u slučaju ukidanja voza, kašnjenja ili propuštanja veze se govori u tački 2. da se u ovim slučajevima železnički prevoznik oslobađa od odgovornosti između ostalog i „zbog okolnosti koje nisu vezane za železnički promet a koje prevoznik uprkos tome što je u datim okolnostima preduzeo sve potrebne mere, nije mogao izbeći ni otkloniti posledice...”, dakle radi se o višoj sili.

Jedna sudska presuda je postavila pitanje da li železnica može da se pozove na višu silu kao osnov za oslobođenje od odgovornosti za slučajeve kašnjenja.<sup>13</sup>

Povodom zahteva za naknadu štete u slučaju više sile (*force majeure*) Sud pravde EU u slučaju 509/11 od 26. septembra 2013. godine je presudio da je obaveza prevoznika da nadoknadi štetu putniku u slučaju kašnjenja, propuštanja voza ili otkazivanja i ne može se osloboditi ove odgovornosti u slučaju *force majeure* prema Uredbi (član 17), jer Uredba ne predviđa nikakvu oslobađajuću klauzulu, što se tiče naknade štete putniku. Komisija EU, međutim, ne podržava odluku Suda i smatra da pravilo treba da bude u skladu sa zakonodavstvom u vazdušnom saobraćaju, gde je predviđeno oslobođenje od odgovornosti za naknadu štete u slučaju izvanrednih okolnosti<sup>14</sup> gde se u članu 5. tačka 3. jasno predviđa da vazdušni prevoznik nije dužan da plati odštetu, ako može da dokaze da je do otkazivanja leta došlo zbog izvanrednih okolnosti koje se nisu mogle izbeći

<sup>10</sup> Bliže videti član 16. Uredbe.

<sup>11</sup> Član 18 Uredbe predviđa mogućnost davanja obroka, smeštaja u hotelu, prevoza do alternativnih mesta itd.

<sup>12</sup> COTIF law and EC law relating to international carriage by rail: areas of conflict and options for solutions file:///C:/Users/User/Downloads/COTIF%20law%20and%20EC%20law%20-%202007%20(1).pdf

<sup>13</sup> Case 509/11(2013) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62011CJ-0509>

<sup>14</sup> Radi se o Uredbi 261/2004.

niti otkloniti posledice. Daljim članom 7. je predviđeno da u slučaju uskraćivanja ukrcaja ili otkazivanja leta, putnici koji stižu sa zakašnjenjem u odnosu na predviđen red letenja, imaju pravo na odštetu u iznosima od 250 do 600 evra zavisno od dužine leta. Sud pravde je dao tumačenje primene Uredbe 261/2004, po kojoj vanredne okolnosti oslobađaju obaveze na isplatu paušalnog iznosa od 250 do 600, ali ostaje obaveza pružanja pomoći putniku (hrana , piće, smeštaj prema čl. 5. i 9. Uredbe.<sup>15</sup>

Autor ovog komentara smatra da nisu uporedivi vazdušni i železnički saobraćaj u ovom slučaju, jer je vazdušni prevoz opasniji, velike su razdaljine u pitanju i za aviokompanije je skuplje da pronađu alternativne načine da ublaže negativne efekte otkazivanja ili odlaganja zbog vanrednih okolnosti. Naprotiv, železnički saobraćaj omogućava veću fleksibilnost da ograniče štetu zbog vanrednih okolnosti. Autor stoga podržava odluku suda u case 509/11.<sup>16</sup>

Uredba ima za cilj da poboljša položaj potrošača, a da je zakonodavac hteo da ograniči obavezu železnice u slučaju više sile, to bi bilo rečeno u Uredbi. Za razliku od Uredbe 261/2004 u vazdušnom saobraćaju u kojoj se govori o višoj sili (član 5. tačka 3.), a i u Preambuli Uredbe 261/2004 se nabrajaju neki događaji primera radi koji bi se mogli tretirati kao viša sila, u Uredbi 1371/2007 za železnički saobraćaj nema ni jedne reči o osnovima za oslobođenje od odgovornosti za kašnjenje.

Uredba ne sadrži ni jedno izuzeće od prava na naknadu štete u slučajevima gde je kašnjenje nastalo usled više sile npr. nepovoljni vremenski uslovi, oštećenje železničke infrastrukture itd.<sup>17</sup> Interesantno je da je i u Komisiji došlo do promene mišljenja pa je u saopštenju iz 2015. povodom tumačenja Uredbe 1371/2007, zauzet stav da je na prvom mestu zaštita interesa potrošača, ali da bi trebalo razmisliti o ponovnom uvođenju više sile kao osnova za oslobođenje od odgovornosti, jer se prepoznaju neke situacije u železničkom saobraćaju koje su van kontrole prevozioca, za koje ne bi trebalo da odgovara, a i u duhu bi bilo rešenja u ostalim saobraćajnim granama gde je viša sila priznata kao razlog za oslobođenje od odgovornosti.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> The rights and obligations of rail passengers – Commission draft interpretative guidelines on Regulation 1371/2007 Stav komisije [http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2015-029\\_upa\\_rights\\_and\\_obligations\\_of\\_rail\\_passengers.pdf](http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2015-029_upa_rights_and_obligations_of_rail_passengers.pdf)

<sup>16</sup> Dr Jeremias Prassl, Compensation for Delayed Rail Journeys: EU Passenger Rights on Track ,<http://eutopialaw.com/2014/01/15/compensation-for-delayed-rail-journeys-eu-passenger-rights-on-track/>

<sup>17</sup> Dr Jeremias Prassl, Compensation for Delayed Rail Journeys: EU Passenger Rights on Track ,<http://eutopialaw.com/2014/01/15/compensation-for-delayed-rail-journeys-eu-passenger-rights-on-track/>

<sup>18</sup> Putting passengers first – new Commission guidelines should help railways keep up the good work 2015 [http://www.cer.be/sites/default/files/press-release/150703\\_CER\\_Press\\_release\\_PRR\\_Guidelines.pdf](http://www.cer.be/sites/default/files/press-release/150703_CER_Press_release_PRR_Guidelines.pdf)

## Odgovornost prevoznika za smrt i telesne povrede putnika

U Uredbi je predviđeno: „Uz uslov odredaba ovog poglavlja i bez obzira na nacionalne pravne propise koji putnicima odobravaju znatnu naknadu štete, odgovornost železničkih preduzeća u vezi sa putnicima i njihovim prtljagom uređena je u poglavljima I, III i IV naslova V dodatka 1. kao i u naslovima V i VI”.<sup>19</sup>

Pošto je CIV postao sastavni deo Uredbe kao dodatak I, osnov odgovornosti je regulisan članom 26. stav 1 CIV iz 1999. Član 26. je centralna odredba CIV, pošto se u njemu reguliše pravna priroda odgovornosti za smrt i telesne povrede putnika.

U članu 26. se jasno definiše šta se smatra štetama zbog kojih putnici imaju određena prava. Osim smrti to su ranjavanje i svaka druga telesna ili duševna povreda putnika, prouzrokovanih nekim udesom u toku prevoza železnicom, koji se desio za vreme dok se putnik nalazio u kolima, ulazio ili izlazio iz njih, bez obzira na to koja se železnička infrastruktura koristi pri tome.

Za razliku od vazdušnog saobraćaja gde je pojam telesne povrede putnika ostao neprecizan, pa je predmet brojnih sudskih tumačenja, u železničkom saobraćaju je jasno definisano da je telesna povreda ne samo ranjavanje i fizička povreda nego i duševna povreda koje moraju biti posledica udesa tj. nesrećnog slučaja.<sup>20</sup>

Da bi železnica odgovarala potrebno je da se ispune sledeći uslovi: 1) Da je došlo do štete zbog smrti, telesne ili duševne povrede putnika. 2) Da se nesrećni slučaj dogodio za vreme boravka putnika u vozu ili njegovog ulaska ili izlaska iz voza; 3) Da se nesrećni slučaj dogodio u vezi sa železničkim pogonom.

Odgovornost je objektivne prirode, jer železnica odgovara zbog same činjenice da je do štete došlo zbog nesrećnog slučaja koji mora biti u vezi sa železničkim pogonom i to za vreme dok je putnik boravio u vozu ili ulazio ili izlazio iz njega. Da bi se oslobodila od odgovornosti, železnica se mora pozvati na jedan od predviđenih razloga za oslobođenje (član 26. tačka 2.), dakle da dokaze da šteta ima drugi uzrok od onog koji je u samom pogonu, a ti razlozi za oslobođenje su krivica ili nenormalno ponašanje putnika, ponašanje trećeg lica ili okolnosti izvan železničkog pogona koje železnica nije mogla i pored potrebne marljivosti, dužne pažnje s obzirom na okolnosti slučaja, da izbegne, niti da otkloni njihove posledice.

Veza između nesrećnog slučaja i železničkog pogona ne mora biti dokazana po strogom principu uzročnosti, što bi otežalo položaj oštećenog putnika, već je dovoljno da se ukaže na postojanje veze koja se po redovnom toku stvari mogla desiti. Teško je pretpostaviti da nesrećni slučaj, koji je u vezi sa železničkim pogonom nije i posledica opasnosti pogona, dakle nije u uzročnoj vezi. Cilj odredbe o vezi je da se olakša položaj oštećenog, što ne dira u princip objektivne odgovornosti.

<sup>19</sup> Član 11 Uredbe

<sup>20</sup> Dušanka Đurđev, Pojam nesrećnog slučaja i telesne povrede putnika u vazdušnom saobraćaju, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2014., vol. 48, br. 2, str. 77-91,

Predviđene su vrste šteta i to smrt, telesne ili duševne povrede putnika. Definisanjem i duševnih povreda kao šteta za koje železnica odgovara, izbegnut je problem sa kojim se suočavaju putnici u vazдушnom saobraćaju, gde nije izričito rečeno šta telesne povrede obuhvataju, odnosno ne spominju se duševne povrede. Mada ni u železničkom saobraćaju nema jedinstvenog stava šta su duševne povrede, preteže stav da pod duševnom povredom treba podrazumevati psihičku poremećenost a ne duševnu bol.<sup>21</sup>

U pogledu drugog uslova a to je pitanje je trajanja odgovornosti u CIV je predviđeno da se šteta dogodila za vreme boravka putnika u vozu ili njegovog ulaska odnosno izlaska iz voza. Nije naravno data detaljnija definicija, pa se u pravnoj teoriji javljaju različiti stavovi. Pod ulaskom odnosno izlaskom smatra se onaj trenutak kad postoji fizički kontakt između putnika i voza npr. ruka na kva-ki, noga na stepeniku, odn kad je taj fizički kontakt prestao Takođe se smatra da postoji nesrećan slučaj prilikom ulaska odnosno izlaska ako je fizički kontakt prekinut usled pada a povreda je nastupila tek udarom o peron.<sup>22</sup> Međutim, ipak je u mnogim slučajevima u sudskoj praksi zauzet stav da odgovornost železničkog prevozioca počinje u onom trenutku kada putnik nakon što je kupio kartu, uđe u onaj deo stanice koji je određen za putnike odnosno prestaje kada putnik napusti deo stanice određen za putnike i preda svoju kartu na izlaznoj rampi. U pravnoj teoriji nema jedinstvenog stav o pitanju vremena odgovornosti i ono se kreće od uskog tumačenja da je to samo vreme od kad putnik uđe u voz, dok ga ne napusti,<sup>23</sup> pa do šireg kao u nemačkoj teoriji gde je železnica odgovorna i za vreme dok je putnik na peronu.

Treći uslov koji mora da postoji uz prethodna dva, za primenu pravila o odgovornosti po pravilima CIV glasi da je šteta prouzrokovana nesrećnim slučajem u vezi sa železničkim pogonom, što znači da mora da postoji uzročna veza između štete i nesrećnog slučaja u vezi sa železničkim pogonom.

U pravnoj teoriji preovladava mišljenje da nesrećni slučaj sadrži sledeće elemente:<sup>24</sup>

Mora da se radi o događaju koji deluje spolja u odnosu na oštećenog. Na ovaj način su isključene štete koje imaju uzrok jedino u putniku npr. moždana kap ili povrede koje putnik sam sebi nanese.

---

<sup>21</sup> Mutz G., *Die Haftung der Eisenbahn für Totung und Verletzung von Reisenden im internationalen Eisenbahnpersonenverkehr nach dem Zusatzübereinkommen zur CI*, Wien, 1977., str. 119.

<sup>22</sup> Mutz G op cit str. 145.

<sup>23</sup> Rodiere R , *Droit des transports* , III, No 1211, prema Haenni J., *Carriage by rail*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1972., str. 45.

<sup>24</sup> Favre J. *Was ist ein Unfall im Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetrieb im Sinne des Zustubereinkommens zur CIV*, *Zeitschrift für den internationalen Eisenbahnverkehr*, Bern 1971 str. 197, Mutz G. op cit. str. 85, Dušanka Đurđev, *Odgovornost železničkog prevozioca*, Beograd 1987. str 146.



Događaj mora da deluje iznenada i to delovanje mora da bude lokalno i vremenski odredivo. Element iznenadnosti odnosno delovanje događaja, znači da se događaj morao desiti u relativno kratkom, ograničenom vremenskom periodu koji može da obuhvati nekoliko sati. Većina stručnjaka je želela da uvede ovaj element iznenadnosti u pojam nesrećnog slučaja da bi se nedvosmisleno izuzele sve bolesti koje nisu posledica nesrećnog slučaja. Štete koje nastaju u dužem vremenskom periodu npr. oštećenje kičme zbog čestog putovanja vozom, nisu time obuhvaćene.<sup>25</sup>

Poslednji element pojma nesrećan slučaj je da događaj mora da izazove duševne ili telesne povrede putnika.

Ovakvim određivanjem pojma nesrećan slučaj isključene su stvarne bolesti i ona telesna oštećenja koja putnik sam sebi namerno nanese pri čemu se neka oštećenja npr. povreda oka pa i prehlada mogu smatrati nesrećnim slučajem ukoliko su nastali kao posledica iznenadnog događaja koji je manifestacija železničkog pogona. Iz ovog proizilazi da nesrećan slučaj treba shvatiti u subjektivnom smislu, naime kao nesrećan slučaj određenog putnika, a ne u objektivnom smislu, kao nesrećan slučaj celog voza tj. kao događaja železničke nesreće.<sup>26</sup>

Nesrećni slučaj mora biti u vezi sa železničkim pogonom. Ta povezanost mora da bude vremenska i mesna, pošto železnica odgovara za nesrećan slučaj koji putnik doživi za vreme boravka putnika u vozu ili izlaska odn. ulaska u voz ovo, dakle, ne bi bilo potrebno da se naglašava veza a ako se to naročito navede, to je zbog toga da se nesrećni slučaj ograniči na unutrašnju povezanost sa železničkim pogonom. Nesrećni slučaj mora da uzročno potiče iz pogonske opasnosti tj. izvorsno da potiče iz železničkog pogona tako bi se npr isključila ubistva u kupeu. Ukoliko putnik dokaže okolnosti koje govore prema opštem životnom iskustvu o vezi nesrećnog slučaja sa železničkim pogonom, železnica može da predoči razloge iz koji proizilazi da ovakva veza u konkretnom slučaju ne postoji ili da postoji jedan od razloga za oslobođenje od odgovornosti. Npr. nesrećan slučaj u spavaćim kolima koji je nastao zbog naglog kočenja voza, treba smatrati nesrećnim slučajem koji je u vezi sa železničkim pogonom za koji železnica odgovara.<sup>27</sup> Nervni šok koji neko lice doživi zbog nesrećnog slučaja nekog drugog lica koje mu je blizak srodnik a koje putuje s njim zajedno, može da se tretira kao nesrećan slučaj u vezi sa železničkim pogonom.<sup>28</sup> Ali, nervni šok srodnika koji nastane na vest o

<sup>25</sup> Favre J., Was ist ein Unfall im Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetrieb im Sinne des Zusatzubereinkommens zur CIV, Zeitschrift für den internationalen Eisenbahnverkehr, 1971 str 209.; Mutz, Gerfried Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für Schäden bei der Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße, auf der Schiene und auf Binnenschiffen (CRTD), in: Zeitschrift für den internationalen Eisenbahnverkehr (ZIntEisenb) 1990., S. 32–48.

<sup>26</sup> Edlbacher O., Die Haftung der Eisenbahn für Tötung und Verletzung von Reisenden im Rahmen der CIV, Zeitschrift für den internationalen Eisenbahnverkehr, 1966., str. 150.

<sup>27</sup> R van Roy op. cit., str. 438.

<sup>28</sup> Mutz G op. cit str. 88.

nesrećnom slučaju putnika nije regulisan CIV, pošto se reguliše samo šteta nastala putniku.

Kauzalna veza ne postoji kad se radi o posledičnim štetama, npr. kada putnik u nesrećnom slučaju u vezi sa železničkim pogonom bude neznatno povređen, ali na putu za bolnicu dozivi sudar i smrtno strada.

Navedeni primeri ukazuju na problem uzročne veze. Među brojnim razlozima koji mogu da dovedu do nastupanja štete treba odabrati jedan. Po teoriji adekvatne uzročnosti, koja je široko prihvaćena u francuskom i nemačkom pravu, uzrokom se smatra samo onaj događaj čijem redovnom delovanju odgovara konkretna šteta, koji je po svojoj prirodi adekvatan nastaloj šteti. Odgovornost bi nastala samo po onom uzroku koji je po običnom toku stvari, po zdravom razumu i prema opštem iskustvu, pogodan da izazove nastalu štetu.

Formulacija nesrećan slučaj u vezi sa železničkim pogonom znači da se radi o objektivnoj odgovornosti. Ako se tvrdi da je predviđena objektivna odgovornost utvrđena zato što železnički pogon uključuje izvesne opasnosti logično se čini da se zahteva kauzalna veza između štete i nesrećnog slučaja, s tim što nesrećan slučaj mora biti u vezi sa železničkim pogonom, inače bi železnica odgovarala za sve što može da se desi za vreme boravka putnika u vozu ili njegovog izlaska ili ulaska u voz.

Opasnost da se pojam nesrećan slučaj u vezi sa železničkim pogonom tumači preširoko u korist oštećenog putnika, ublažena je tako što se železnica može pozvati na razloge za oslobođenje od odgovornosti. Železnički prevoznik odgovara uvek ukoliko se adekvatni kauzalni odnos između nesrećnog slučaja i pogonske opasnosti ne smatra prekinutim nekim razlogom za oslobođenje od odgovornosti. Cilj je da železnica odgovara ako je šteta posledica pogonske opasnosti.

### **Osnovi za oslobođenje železnice od odgovornosti**

Odgovornost za naknadu štete po načelu objektivne odgovornosti nastaje ako između štetne radnje i štete postoji adekvatna uzročna veza. Oslobođajući razlozi za naknadu učinjene štete može da predstavlja samo takva činjenica koja prekida uzročnu vezu između štetnog događaja i učinjene štete.

Prema opšte usvojenim pravnim pravilima ugovornog prava kao razlozi za oslobođenje se i u železničkom pravu javljaju viša sila, krivica odn ponašanje putnika i radnja trećeg lica.

#### *Viša sila*

Kao i svi noviji međunarodni dokumenti i u Uredbi se ne upotrebljava ovaj opšti pojam nego se daje opisna definicija ovog osnova za oslobođenje: „Železnica se oslobađa odgovornosti ako je nesrećan slučaj prouzrokovao okolnostima



izvan obavljanja prevoza koji železnica i pored potrebnog nastojanja, imajući u vidu osobenost slučaja, nije mogla da izbegne niti da otkloni njihove posledice.<sup>29</sup>

Izričito je naveden elemenat „okolnosti izvan železničkog pogona” tj. uticaj spolja. Na ovaj način je rečeno da železnica treba da odgovor za tzv „unutrašnji slučaj” tj. da se ne može osloboditi od odgovornosti ako se nesrećan slučaj može svesti na unutrašnji slučaj tj.. na neizbežan pogonski rizik. To znači da se železnica ne može osloboditi od odgovornosti ako se nesrećan slučaj može svesti na grešku u stanju železničkog postrojenja ili vozila ili na zakazivanju rada uređaja železnice. Za ovakvu vrstu grešaka železnica odgovara i kad bi bile neizbežne i kod primene dužne pažnje.

### *Krivica putnika*

Drugi osnov za oslobođenje železnice od odgovornosti je predviđen formulacijom člana 26. tačka 2. pod b. i glasi da će se železnica osloboditi od odgovornosti u meri u kojoj do nesreće dođe putnikovom krivicom.

Postavlja se pitanje u čemu je razlika između krivice putnika i više sile onako kako je definisana u članu 26. tačka 2. pod a. Bilo je predloga u toku rada na Konvenciji da se krivica putnika podvede pod višu silu. Međutim, izdvojeno je, jer postoje razlike. Iako je zajednička i za višu silu i krivicu putnika spoljašnost u odnosu na železnički pogon, razlika je što se kod više sile traži da događaj nije mogao da se izbegne i posledice otklone, a kod krivice putnika se ne traži neizbežnost događaja i neotklonjivost posledica. Prema tome, kod više sile su pretpostavke koje se zahtevaju šire. Namerno je izdvojena krivica putnika kao osnov za oslobođenje od odgovornosti, jer je teret dokazivanja železnice teži kada se poziva na višu silu.

Kada je nesrećan slučaj nastao krivicom putnika, železnica se oslobađa delimično ili potpuno. Isključiva krivica putnika oslobađa železnicu potpuno od odgovornosti a sadejstvo radnje železnice i krivice putnika dovodi do podele odgovornosti.

### *Ponašanje trećih lica*

Ako do nesreće dođe zbog ponašanja treće strane koje prevoznik uprkos tome što je u datim okolnostima preduzeo sve potrebne mere, nije mogao izbeći niti sprečiti njihove posledice, železnica se može osloboditi odgovornosti. Drugo preduzeće koje koristi istu železničku infrastrukturu ne smatra se trećom stranom, pa u tom slučaju prevoznik ima pravo da od njega zatraži regres.

Ako se uporedi sa formulacijom više sile, vidi se da se isti uslovi traže za oba osnova za oslobođenje od odgovornosti. Pitanje je zašto je ponašanje trećeg

---

<sup>29</sup> Član 26 tačka 2. pod a. Dodatka I uz Uredbu.

lica izdvojeno u poseban osnov za oslobođenje od odgovornosti. Razlog je u tome što se pod višom silom u nekim pravnim sistemima shvata samo prirodni događaj a ne i ljudske radnje. Act of God u anglosaksonskom pravu. Prema tome, da bi se izbegle moguće nejasnoće u onim pravnim sistemima u kojima nije jasno da li se pod pojam više sile svrstavaju i pored prirodnih događaja i ljudske radnje, izdvojeno je ponašanje trećih lica u poseban osnov. Nema značaja da li je ponašanje skrivljeno ili nije. Kao osnov za oslobođenje uzima se u obzir svako ponašanje a to su radnje ali i propuštanje radnji. Železnica odgovara u potpunosti kada je došlo do sakrvice u prouzrokovanju štete i sa njene strane i sa strane trećeg lica. Ako je radnja trećeg lica samo delimično prouzrokovala štetu, to nema za posledicu umanj enje odgovornosti železnice, već železnici u potpunosti odgovara. Železnica treba da dokaze da je isključivi uzrok štete ponašanje trećeg i da ona to nije mogla da izbegne i otkloni posledice. Ako železnica ne može da se oslobodi odgovornosti zbog toga što ponašanje trećeg nije jedini uzrok štete, železnica odgovara za celokupnu štetu prema ovom članu CIV. Pošto se u CIV regulišu samo pravni odnosi između železnice i putnika, nije regulisano pravo na regres prema trećim licima, ali železnica može to pravo da ostvari na osnovu nacionalnog prava.

Ako prevoz obavlja nekoliko uzastopnih prevozi laca na osnovu jedinstvenog ugovora o prevozu, u slučaju smrti ili telesne povrede putnika biće odgovoran onaj prevozi lac koji je na osnovu ugovora preuzeo prevoz tokom koga se dogodila nesreća. Ako u slučaju nesreće prevoz ne obavlja prevozi laca nego izvršni prevozi laca, tada su oba prevozi laca solidarno odgovorni.<sup>30</sup>

U pogledu naknade štete<sup>31</sup> predviđeno je da se daje naknada za štete u slučaju smrti putnika, u slučaju povrede putnika i naknada druge štete (naročito se to odnosi na duševnu i fizičku štetu i štetu zbog estetskih oštećenja).

Da bi se dalo odgovarajuće obeštećenje potrebno je da se utvrdi vrsta štete koju treba nadoknaditi, visina štete i visina naknade štete. Zbog toga što se nacionalni propisi u ovom pogledu znatno razlikuju, nije postignuta potpuna unifikacija, nego je u nekim slučajevima (član 29) predviđeno upućivanje na nacionalno pravo.

Ne ulazeći u detalje naknade štete, može se ukazati na neka načelna pravila:

- Naknada štete je po svojoj prirodi novčana.
- Nema značaja za odmeravanje naknade štete da li je železnica putnika prevezla besplatno ili uz naknadu. Naknada ne sme da bude smanjena obrazloženjem da je prevoz bio besplatan .
- Ne dovodi do sniženja naknade štete okolnost da je postojala sakrvice trećeg lica. Ukoliko je nesrećan slučaj nastao isključivo ponašanjem trećeg lica a da je to bilo neizbežno i neotklonjivo, železnica se oslobađa odgovornosti u pot-

---

<sup>30</sup> Čan 26. tačka 5.

<sup>31</sup> Čl. 27, 28, 29 , 30, 31.

punosti. Međutim, ukoliko odgovornost železnice nije isključena, pošto se nesrećni slučaj ne svodi isključivo na krivicu trećeg lica, onda železnica odgovara u potpunosti ali može da se regresira od trećeg lica, ali to nije regulisano u CIV.

– Stepen krivice železnice koja je odgovorna za nastalu štetu treba da bude uzet u obzir samo kad se utvrđuje naknada štete koja je prouzrokovana namerom ili grubom nepažnjom železnice.

– Železnica je potpuno ili delimično oslobođen od odgovornosti u meri u kojoj se nesrećni slučaj može svesti na krivicu putnika. Naknada štete se utvrđuje prema utvrđenom stepenu sakrvice i prema izračunatoj visini štete tako da ako je sakrvice u nesrećnom slučaju 1/3, onda i naknada štete iznosi 1/3.

– Dok su članovima 27. i 28. izričito regulisana prava na naknadu štete u slučaju smrti odnosno povrede putnika, dotle se članom 29. upućuje na primenu nacionalnog prava za ostvarivanje ostalih šteta. Mada se ne navodi koje bi to bile štete, praksa pokazuje a to je i u prethodnim tekstovima ova Konvencije bio navedeno, da se radi naročito o duševnoj i fizičkoj šteti *pretium doloris* kao i šteti zbog estetskih oštećenja.

– Dok se članovima 27. i 28. praktično reguliše naknada materijalne štete koja nastaje zbog smrti ili povrede putnika, slučajevi naknade drugih štetnih posledica kao npr. fizički i psihički bol, estetska oštećenja su nazvane „druge vrste šteta”.

U pogledu oblika naknade štete relevantan je član 30. u kome je predviđeno da se naknada štete za smrt i telesnu povredu putnika mora isplatiti u paušalnom iznosu, ali ako se u propisima pojedinih država predviđa isplata rente, tada se naknada isplakuje u tom obliku ako zatraži putnik

Što se tiče visine naknade štete prema članu 30. st. 2. maksimalni iznos naknade štete se utvrđuje prema nacionalnom pravu koje u konkretnom slučaju dolazi do primene. Međutim, Uredbom je predviđena gornja granica odgovornosti železnice za štete nastale zbog telesne povrede i oštećenja zdravlja u iznosu od 175.000 SPV po putniku u paušalnom iznosu ili u vidu rente, u slučaju kada nacionalno pravo predviđa niži iznos naknade štete. Putnicima pripada i pravo na naknadu drugih šteta koje su predviđene članom 29. ako je to predviđeno nacionalnim zakonodavstvom i za njihovu naknadu ne važi limit od 175.000 SPV nego se nadoknađuju do punog iznosa.

Granica odgovornosti predviđena Uredbom se ne primenjuje ukoliko je šteta nastala kao posledica namere ili bezobzirno i sa znanjem da bi takva šteta mogla nastati. Odredbe o odgovornosti su relativno kogentne prirode. Prema članu 6. Uredbe obaveze predviđene ovom Uredbom prema putnicima ne mogu se ugovorom isključiti ili ograničiti, ali je moguće da železnica ponudi uslove ugovora koji su za putnika povoljniji od rešenja u Uredbi npr. povisiti granicu odgovornosti ili prihvatiti druge uslove kojima se poboljšava položaj putnika. Relativna

kogentnost odredbi o odgovornosti prevozioca je predviđena i u Uredbi o vazdušnom prevozu.

U Uredbi je članom 12. predviđeno obavezno osiguranje od odgovornosti železničkog prevozioca za štete zbog smrti ili telesne povrede do iznosa ograničenja predviđenog Uredbom. Pored obaveznog osiguranja, moguć je i drugi vid: finansijska garancija, jemstvo banke, kao pokriće svoje odgovornosti. Uvođenjem obaveznog osiguranja odgovornosti prevoznika i stalnom kontrolom sprovođenja ove obaveze od strane Evropske komisije nastojalo se potencijalnom oštećenom putniku omogućiti brža i efikasnija naplata odštete.

Dušanka J. Đurđev, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
D.Djurdjev@pf.uns.ac.rs

## Rail Passengers Rights

**Abstract:** *The legal framework of rail passengers rights is set out in a combination of international and European law: an international measure, the rather unwieldy Uniform Rules concerning the Contract for International Carriage of Passengers and Luggage by Rail, forming part of the Convention concerning International Carriage by Rail of 9 May 1980 (as amended by the Vilnius Protocol of 3 June 1999) ['CIV'], lays down a basic framework which is then fleshed out by more recent EU legislation, Regulation (EC) No 1371/2007 on Rail Passengers' Rights and Obligations. Regulation 1371/2007/EC on rail passenger rights and obligations sets out minimum quality standards that have to be guaranteed to all passengers on all lines.*

**Key words:** *relationship between international agreements and EU legislature, compensation in case of "force majeure"*

Datum prijema rada: 06.04.2016.



*Dr Goran B. Milošević, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs*

*Dr Mirko V. Kulić, glavni i odgovorni urednik  
časopisa „Finansije i porezi“  
mirkokulic@hotmail.com*

## RAZVOJ PORESKOG SISTEMA SRBIJE DO DRUGOG SVETSKOG RATA<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Radi potpunijeg sagledavanja poreskog sistema jedne zemlje, potrebno je ustanoviti kako je, posmatrano kroz istoriju bilo regulisano pitanje pojedinih oblika javnih prihoda. U pogledu izvora prihoda, može se reći da su oni uvek bili isti, ali ne i podjednako zastupljeni. Posmatranjem poreskog sistema Srbije kroz istoriju mogu se uočiti razlike i sličnosti, prednosti i nedostaci, značaj i zastupljenost pojedinih poreskih oblika. U radu se daje osvrt na razvoj poreskog sistema Srbije od srednjeg veka do drugog svetskog rata.*

**Ključne reči:** *porez, javni prihod, poreski sistem, poreska administracija, država.*

### 1. UVODNE NAPOMENE

Nastanak državnih javnih prihoda po pravilu se vezuje za nastanak države i njenih finansija. Posmatrano kroz istoriju, svaka država je nastojala da obezbedi prihode tamo gde joj je to najlakše, ne vodeći mnogo računa o tome kakav će to efekat imati na ekonomski razvoj. U pogledu izvora prihoda, može se reći da su oni uvek bili isti, ali ne i podjednako značajni i podjednako zastupljeni. Kako se država razvijala tako su se menjali mesto i uloga javnih prihoda. Umesto neredovnih i ograničenih prihoda, državni prihodi su vremenom postajali redovni i

---

<sup>1</sup> Rad je zasnovan na istraživanjima vršenim u okviru naučnoistraživačkog projekta pod nazivom „*Pravna tradicija i novi pravni izazovi*“ koji se finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

osnovni izvor finansiranja rastućih potreba države, pri čemu su sve više dobijali karakter obaveznosti.

Finansijska funkcija države je jedna od najvažnijih. Da bi država mogla obaviti finansijsku delatnost,<sup>2</sup> potrebna su joj određena finansijska sredstva, a to znači da država mora imati određene prihode kojima će finansirati određene državne rashode. Bez tih sredstava državni organizam bi jednostavno „prestao da živi”.<sup>3</sup> Praćenje razvoja finansijske delatnosti kroz istoriju, pokazuje da je ona najpre vezivana za državu, pa je i poistovećivana sa državnim delatnošću. Ona je i danas tesno vezana za državu, ali kako se vrši u javnom interesu, nju obavlja ju i drugi javni kolektiviteti.

Istorija ljudskog društva pokazuje da su uvek one zemlje koje su imale uredne i dobro izgrađene finansije imale prednost nad zemljama bez finansijskog sistema. Mnoge antičke i srednjovekovne države bile su daleko češće razarane rđavom poreskom politikom, nego napadima neprijatelja. Previsoki porezi onemogućavali su stanovništvu da podnese fiskalne obaveze, terali ga sa ognjišta i iscrpljivali državne kase. Nedovoljno pridavanje značaja finansijama, uticalo je na položaj mnogih zemalja u međunarodnoj razmeni. Zbog neadekvatno uređenog finansijskog sistema, zemlje sa razvijenom proizvodnjom i obiljem resursa gubile su ogroman deo svog društvenog proizvoda kroz finansijske i monetarne mehanizme.

U savremenim privrednim sistemima javni prihodi imaju značajnu fiskalnu, ekonomsku i socijalnu ulogu, i javljaju se u veoma različitim oblicima, kao što su: porezi, doprinosi, takse, naknade i slično. Javni prihodi služe za podmirivanje troškova koji imaju opšti zajednički karakter. Njihov obima i dinamika prikupljanja uslovljava ostvarenje ekonomskih, socijalnih, političkih, bezbednosnih i drugih ciljeva jedne zemlje.

Sa aspekta naše zemlje proces izgradnje poreskog sistema<sup>4</sup> započet je ustanovljenjem države Srbije. Kako je srpska država rasla i razvijala se, tako se menjao i kreirao njen poreski sistem.

## 2. PORESKI SISTEM SREDNJOVEKOVNE SRBIJE

1. Srpska srednjovekovna država nije imala isti, tipičan feudalni razvitak kakav je u srednjem veku imala većina država Zapadne Evrope. Društveni odno-

---

<sup>2</sup> Aktivnost države, njenih organa i kolektiviteta, koja za svrhu ima prikupljanje, raspodelu i trošenje materijalnih sredstava radi ostvarivanja opštekorisnih ciljeva, naziva se finansijskom delatnošću ili javnim finansijama.

<sup>3</sup> D. Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Beograd, 1997, str. 2

<sup>4</sup> Pod poreskim sistemom jedne zemlje podrazumeva se ukupnost svih oblika poreza koji se u njoj plaćaju.



si su bili regulisani pretežno običajnim pravom. U pogledu državnih prihoda, u srednjovekovnoj Srbiji nije se pravila razlika između imovine vladara i državne imovine. Državni prihodi slivali su se u ličnu blagajnu vladara, koja je istovremeno bila i državna blagajna. Ta zajednička blagajna zvala se riznica, kuća careva ili kuća kraljeva. Prihode vladara činili su prihodi od isključivog prava na kovanje novca, prava iskorišćavanja rudnika i naplaćivanja carina. U prihode vladara koji su imali poreski karakter, spadali su soće<sup>5</sup> i dimnica. Soće (porez na baštinu), plaćao se dva puta godišnje u novcu ili u žitu. Soće se pominje u srpskim pisanim spomenicima još iz vremena kralja Milutina,<sup>6</sup> kada je vladar oslobodio manastire plaćanja ove osnovne, ali i ostalih dažbina ili kada se odrekao ubiranja soća od pojedinih sela na manastirskim imanjima u korist manastira.<sup>7</sup> Dimnica je predstavljala porez na ognjište. Pored ovih, u vladareve prihode spadale su i mnogobrojne kazne i globe koje su naplaćivane u novcu ili u stoci.

Plaćanje javnih prihoda bilo je propisano i u Dušanovom<sup>8</sup> zakoniku (član 192. Rakovačkog rukopisa), u kome piše da: „Dohodak carski, soće i namet i harač: da daje svaki čovek po kabao<sup>9</sup> žita, polovinu čistoga a polovinu prostoga, ili u novcu perper<sup>10</sup>. A rok je tome žitu da se sasipa na Mitrovdan, a drugi rok na Roždestvo Hristovo. Ako li vlastelin ne da soća na te rokove, taj vlastelin da se sveže na carskom dvoru i da se drži dok ne plati dvojinom”.<sup>11</sup>

Osvajanjem Srbije, Turci su uništili njenu vlastelu i njeno staleško uređenje, zavodeći uređenje svoje versko-vojničke države. Osnovno načelo turskog uređenja bilo je da osvojena zemlja pripada sultanu, odnosno državi. Zemlje u turskoj državi bile su podeljene u dve kategorije:<sup>12</sup> 1) zemlje „desetinske” („ušrije”), koje su bile od početka ili od zauzeća pod muslimanima, koje su potpuna svojina musli-

<sup>5</sup> Soće označava osnovnu podaničku dažbinu, odnosno vladarski dohodak u žitu ili novcu (Zakonik cara Stefana Dušana, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 1997, str. 492).

<sup>6</sup> Stefan Uroš II Milutin Nemanjić (rođen oko 1253. godine umro u Nerodimlju 1321. godine) je bio kralj Srbije (1282–1321) i jedan od najmoćnijih srpskih vladara u srednjem veku. Pripadao je dinastiji Nemanjića i bio je mlađi sin kralja Uroša I (1243–1276), mlađi brat kralja Dragutina (kralj Srbije 1276–1282), i otac kralja Stefana Dečanskog (1322–1331).

<sup>7</sup> D. Gnjatović, *Dobri i zli dinari*, Beograd, 1998, str. 84.

<sup>8</sup> Stefan Uroš IV Dušan Nemanjić, poznat i kao Dušan Silni (rođen oko 1308 – 20. decembar 1355) je bio srpski srednjovekovni kralj (1331–1345) i prvi srpski car (1346–1355). Bio je sin kralja Stefana Uroša III Dečanskog i otac cara Stefana Uroša V.

<sup>9</sup> Kabao označava meru za žito (Zakonik cara Stefana Dušana, u izdanju Srpske akademije nauka i umetnosti, str. 479).

<sup>10</sup> Perper je prvobitno predstavljao vizantijski zlatnik, dok je u srpskoj državi predstavljao obračunsku novčanu jedinicu, koja je najverovatnije iznosila 12 dinara. Stvarna vrednost perpera je varirala. U Dušanovo doba ždrebac je vredeo 12, a konj 30 perpera (Zakonik cara Stefana Dušana, u izdanju Srpske akademije nauka i umetnosti, str. 485).

<sup>11</sup> Dušanov zakonik u kome je kodifikovano srednjovekovno srpsko pravo je donet na saboru u Skoplju 1349. godine, a dopunjen je na saboru u Serezu 1354. godine.

<sup>12</sup> M. Kulić, *Poreska utaja i krijumčarenje*, Beograd, 1999, str. 40.

mana kojima su pripadale ili kojima su dodeljene, i one su plaćale samo jedan porez religioznog karaktera u iznosu od desetine prinosa na zemlji i 2) zemlje „danačke” („haračke”), koje su bile osvojene od nevernika, koji su mogli da budu podanici pod uslovom da caru plaćaju nevernički danak („harač”). Srbija je pripadala drugoj kategoriji zemalja. Harač se uzimao kao globa ili novčana kazna, kao zamena za ropstvo i smrtnu kaznu, kojima bi pokoreni podanici, prema muslimanskom shvatanju, mogli da podlegnu, jer nisu hteli da priznaju svetlost islama ili su se protivili njegovom oružju. Hrišćani su, za razliku od muslimana, plaćali harač kao otkup ili naknadu raje za gaženje carske zemlje. Turci su od Srba uzimali i *danak u krvi*, sve do 1638. godine.

U tom periodu Turska je vodila ratove na severnom delu svojih granica. Ti ratovi su za Srbe bili veoma teški, jer su oni morali turskim trupama koje su prelazile preko zemlje da daju hranu i kuluk, zbog čega su Srbi izbegavali dodir s Turcima i povlačili se u sela i brda daleko od puteva.<sup>13</sup> Za naš narod posebno teške prilike nastale su kada su Turci krajem sedamnestog veka počeli da gube oblasti na severu svoje tadašnje granice. Česti prolasci vojske donosili su nove dažbine, teže kulučenje i veća nasilja. Vladavina Turaka svela je srpski narod gotovo na sam seljački stalež.

### 3. PORESKI SISTEM SRBIJE U DEVETNESTOM VEKU

1. Na početku devetnaestog veka Srbija je još uvek bila pod turskom vlašću, a privredni život se razvijao brzo. Elementi novog buržoaskog društva radali su se i veoma brzo jačali, što je bilo posledica čestih i intenzivnih veza Srbije sa Austrijom, a preko nje i sa drugim evropskim državama. Preko Srbije išla je gotovo sva trgovina između Turske, s jedne strane, i Austrije i drugih srednjeevropskih zemalja, s druge strane. Ostvarujući i šireći privredne i trgovačke veze sa srednjeevropskim zemljama, Srbija se upoznivala sa oslobodilačkim i liberalnim idejama tadašnje Evrope. „Otuda je čitav narod, svi slojevi i grupe srpskog stanovništva u Beogradskom pašaluku ušao u borbu protiv nacionalnog ugnjetavanja i ropstva za svoje nacionalno oslobođenje.”<sup>14</sup>

U ratnim uslovima, tokom Prvog srpskog ustanka, organizacija vlasti nije, niti je mogla biti, pravnim putem unapred i čvrsto postavljena, pa ipak od samog izbijanja ustanka svi organi vlasti funkcionisali su sigurno i efikasno. Poreska politika ustaničke Srbije svodila se u početku na uzimanje starog spahijskog desetka (u naturi), koji je na ime poreza predavan starešinama nahija i sudova (sve do 1813. godine). Ranija davanja Turcima kao harač, glavnica i ostali novčani doprinosi, tada su bili ukinuti.

---

<sup>13</sup> J. Petrović, *Okučje ili zaštita zemljoradničkog minimuma*, Beograd, 1930, str. 5–7.

<sup>14</sup> D. Janković, *Istorija države i prava Srbije XIX veka*, Beograd, 1958, str. 9.

Zbog velikih vojnih troškova usled rata protiv Turske imperije, ustaničkoj Srbiji bili su neophodni prihodi. Stoga je Karađorđe<sup>15</sup> naredio da za 1804. godinu starešine nahija i knežina pakupe od naroda stari carski harač (porez na gaženje stare carske zemlje) računajući na svako muško lice staro od sedam godina pa na više od tri poreska groša i dve pare.<sup>16</sup> Starešine i seoski kmetovi, radi podmirenja velikih troškova ustanka, prikupljali su i dobrovoljne priloge.

Osnovni porez koji je u Srbiji plaćan za vreme ustanka bio je ekvivalent u novcu za bivši desetak koji je ranije davan u hrani, zatim za dvadesetak od ovaca (bivši beglik), od žirovnine i drugih posrednih poreza i taksa. Tako je npr., Požarevačka nahija potkraj ustanka davala sto hiljada groša, a Valjevska osamdeset hiljada groša.<sup>17</sup> Ustanička Srbija imala je sledeće javne prihode: narodni porez, nahijski porez (za finansiranje sudova i škola), prihod od carina, prihod od sudskih taksa i kazni, prihod od prodaje turskih imanja i prihod od ruda. Donete su bile i odluke o tečaju različitih moneta koje su tada bile u opticaju u Srbiji, o naplati carina i skelarina, o naplaćivanju taksi za sveštenečke usluge i o naplaćivanju sveštenečkog bira.<sup>18</sup>

Narodni porez je obuhvatao: lični porez u novcu, porez u zemaljskim proizvodima, porez u naturi i porez u narodnoj snazi. Nahijski porez plaćali su svi građani – poreski obveznici određene nahije, a visinu je određivao nahijski sud u dogovoru sa nahijskim i „knežinskim” starešinama. Pored navedenih poreza bili su uvedeni i opštinski porez, vladličanska dimnica i sveštenečki porez.<sup>19</sup> Shvatajući značaj i neophodnost ostvarenja budžeta, nosioci vlasti ustaničke Srbije nastojali su da uravnoteže državni budžet i prikupljanje dažbina. Odlučeno je bilo da se svake godine o Novoj godini (takozvanom „malom Božiću”) održavaju skupštine na kojima će starešine polagati račune o prikupljanju i korišćenju sredstava, savetovati se sa Karađorđem i Sovjetom, odgovarati na žalbe i tužbe iz naroda i rešavati druga važna pitanja iz oblasti zakonodavstva.<sup>20</sup>

Nakon sloma Prvog srpskog ustanka i ponovne okupacije Srbije od strane Turske, Miloš Obrenović<sup>21</sup> uspeo je da postigne sporazum sa Turcima prema kome su

<sup>15</sup> Đorđe Petrović (1762 – 1817), poznat kao *Karađorđe* i *Crni Đorđe*, je bio vođa Prvog srpskog ustanka i rođonačelnik dinastije Karađorđevića.

<sup>16</sup> D. Milojević, *Neposredni porezi Srbije i Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd – Zemun, 1925, str. 8.

<sup>17</sup> V. Stojančević, J. Milićević, Č. Popov, R. Jovanović, M. Ekmečić, *Istorija Srpskog naroda*, 5. knjiga I tom, Beograd, 1994, str. 20.

<sup>18</sup> S. Šarkić, *Ruski projekti državnog uređenja ustaničke Srbije (Treći deo – Saveti kneza Prozorovskog)*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, broj 2 (2015), Novi Sad, str. 418.

<sup>19</sup> V. Stojančević, J. Milićević, Č. Popov, R. Jovanović, M. Ekmečić, *navedeno delo*, str. 12.

<sup>20</sup> S. Šarkić, *navedeno delo*, str. 419.

<sup>21</sup> Miloš Obrenović (1780. ili 1783 – 1860), bio je knez Srbije od 1817. a pre toga drugi vrhovni vožd od 1815. godine. Godine 1830. dobio je dostojanstvo naslednog Kneza. Vladao je Srbijom od 1815. do 1839. i od 1858. do 1860. godine.

Turci isključeni iz postupka prikupljanja poreza. Na snazi je bio turski poreski sistem, ali je naplaćivanje poreza vršeno od strane srpskih knezova i srpskih starešina. U ovom periodu dažbine koje su građani bili dužni da plaćaju Porti i veziru su bile harač ili danak za raju koja gazi carevu zemlju, čibuk ili porez na ovce i koze i porez koji je razrezivan za izdržavanje vezira, njegove svite i vojske. Međutim, carina, trošarina, skele i drugi prihodi bili su u rukama Turaka i oni su ih sami naplaćivali.<sup>22</sup>

Harač (carski porez) je bio lični danak koji je moralo da plati svako muško lice – nemusliman starosti od sedam do osamdeset godina u znak pokornosti. Posle 1815. godine ovaj danak iznosio je godišnje šest groša i dve pare po licu.

Porez veziru plaćao se za izdržavanje vezira, njegove svite, kao i turskog garnizona. Ukupan iznos ovog poreza menjao se prema rashodima, a naplaćivao se – posle razrezivanja, prema ukupnom broju poreskih glava, na nahije, na kneževine i na sela. Naplata se vršila od oženjenih ljudi prema njihovoj imućnosti. Osim ovih neposrednih poreza koji su se plaćali u novcu, postojao je i porez u narodnoj snazi, tzv. kuluk. Narod je bio dužan da uradi izvesne poslove koje bi inače morao da plati u novcu, kao što je npr., sređivanje spahijskog desetka, opravljavanje puteva, opravljavanje utvrđenja i slično.

Knez Miloš je, sprovodeći svoju agrarnu politiku, naseljavao zemlju, čime nije zadirao u turske interese, naprotiv, s povećanim brojem stanovnika obrađivano je više zemlje, što je povećavalo i prihode spahiji. S bogaćenjem zemlje naplata poreza postala je sigurnija, a rastao je i prinos od carina, skela i dr., koje su turske vlasti same sakupljale. S fiskalnog aspekta, Turci nisu imali razloga da se protive Miloševoj agrarnoj politici u oblasti naseljavanja zemlje.<sup>23</sup>

Hatišerifom iz 1830. godine<sup>24</sup> Srbiji je priznata nezavisnost u unutrašnjim poslovima, ali je ona i dalje ostala vazalna država Turske carevine. Priznajući Srbiji autonomiju u unutrašnjim poslovima, Turska je izgubila pravo da razrezuje i naplaćuje porez. Pravo naplate i razreza poreza zamenjeno je obavezom Srbije da plaća godišnji danak od dva miliona i trista hiljada groša. Sve do 1835. godine sistem prihoda Srbije bio je pod velikim uticajem sistema koji je uvela Turska uprava. Uvođenje modernog poreskog sistema otpočelo je 1835. godine, kada su razne ranije obaveze zamenjene obavezom plaćanja građanskog danka.

2. Posle donošenja Ustava iz 1835. godine, usvojen je novi poreski sistem kojim je zavedena jednakost plaćanja poreza, bez obzira na imovno i privredno stanje poreskih obveznika.<sup>25</sup> Uveden je samo jedan porez – lični porez od šest talira

---

<sup>22</sup> M. Gavrilović, *Miloš Obrenović*, knjiga I, Beograd, 1908, str. 251. i 259–260.

<sup>23</sup> J. Petrović, *navedeno delo*, str. 69.

<sup>24</sup> Hatišerif iz 1830. godine predstavlja poslednji korak ka uspostavljanju autonomije Kneževine Srbije u odnosu na Osmansko carstvo. Sultan Mahmud II je ovim aktom priznao Kneževini autonomiju i nezavisnu državnu upravu. Hatišerif je bio praćen i sultanovim Beratom kojim je knezu Milošu Obrenoviću priznato pravo formiranja dinastije.

<sup>25</sup> V. Stojančević, J. Milićević, Č. Popov, R. Jovanović, M. Ekmečić, *navedeno delo*, str. 15.

godišnje za sva punoletna lica. Međutim, i dalje je bio na snazi kuluk. Za naplatu ličnog poreza bila je zadužena opština.

Za vreme vladavine ustavobranitelja,<sup>26</sup> glavni javni prihodi u Srbiji bili su danak i đumruk. Danak je bio neposredni porez i imao je četiri oblika: glavnicu, činovnički danak, bećarski danak i harač. *Glavnicu* su plaćala lica koja su imala nepokretno imanje ili su se samostalno bavila trgovinom ili zanatom. *Činovnički danak* plaćali su činovnici na nepokretno imanje, ako su ga posedovali. Ova obaveza plaćala se srazmerno vrednosti imanja. *Bećarski danak* plaćali su neoženjeni bez kuće i baštine, koji su služili kod drugoga. Ova obaveza plaćala se na prihod od ličnog rada. Tadašnji poreski sistem bio je nepravičan i nedovoljno izdašan.<sup>27</sup>

Važan javni prihod u ovo vreme bile su i carine. Prema Carinskoj tarifi iz 1843. godine postojale su izvozne, prevozne i uvozne carine.<sup>28</sup> Glavni izvor carinskih prihoda Srbije bile su uvozne carine, posebno uvozne carine prema Austriji.<sup>29</sup>

Za vreme vladavine Mihaila Obrenovića<sup>30</sup> uveden je novi poreski sistem – porez na imućnost, koji je sadržao *porez na imanje* i *porez na prihod od radnje*.<sup>31</sup> Porez na imućnost plaćali su svi koji su imali imanje ili radnju. Prema svojoj imućnosti, poreski obveznici delili su se na šest klasa i jednu posebnu kategoriju.<sup>32</sup> Podelu na klase vršila je posebna komisija koja je bila sastavljena od opštinskih procenitelja i od dva zvaničnika koja je odredilo Ministarstvo finansija. Bila je predviđena i prinudna naplata poreza, čime je uvedena „egzekucija”, koja do tada u Srbiji nije postojala. Ovaj poreski sistem nije mogao biti uveden, jer je izazvao veoma jak otpor u narodu, naročito u bogatijim krajevima.<sup>33</sup>

U Srbiji su se u ovom periodu na robu pri njenom prelaženju granice naplaćivale sledeće dažbine: carina, trošarina i sporedne takse (ležarina, žigovina, noševina, kaldrmarina, statistička monopolska taksa).<sup>34</sup>

<sup>26</sup> Ustavobranitelji su bili nosioci borbe protiv samovlašća kneza Miloša Obrenovića. Zalagali su se za donošenje ustava i zakona kojim će Miloševa vlast biti ograničena. Period vladavine ustavobranitelja je od 1842. do 1858.

<sup>27</sup> S. Jovanović, *Ustavobranitelji i njihova vlada*, Beograd, 1912, str. 111–113.

<sup>28</sup> Austrija je osporavala Srbiji pravo na carinsku autonomiju, tako da je vlada mogla samo neznatno da poveća carinske prihode pošto nije uživala potpunu slobodu u utvrđivanju visine carinskog opterećenja.

<sup>29</sup> S. Jovanović, *navedeno delo*, str. 114–115.

<sup>30</sup> Mihailo Obrenović (1823–1868) je bio knez Srbije od 1839. do 1842. i od 1860. do 1868. godine. Njegova prva vladavina se završila zbacivanjem 1842, a druga atentatom. Mihailo je bio drugi sin kneza Miloša i Ljubice Obrenović.

<sup>31</sup> Reforma poreskog sistema iz 1861.

<sup>32</sup> Komisija je razvrstavala obveznike u šest klasa, a u sedmu klasu su svrstavani najbogatiji ljudi Srbije.

<sup>33</sup> S. Jovanović, *navedeno delo*, str. 423.

<sup>34</sup> J. Lončarić, *Krivična dela po Carinskom zakonu*, Beograd, 1908, str. 20.

Zbog određenih problema u prikupljanju poreza, kao i naraslih potreba države, 1864. godine izvršena je određena promena u poreskom zakonodavstvu, koja je praktično predstavljala korak nazad. Plaćanje poreza shvatano je kao obaveza svih građana. Uvedeni su porezi na ličnost i porezi na imanje.

U maloj i nerazvijenoj Srbiji sredinom devetnestog veka, a naročito osamdesetih godina, državne finansije postale su nosilac krupnih, za ukupan društveno-ekonomski razvoj veoma značajnih promena. Javne finansije izgubile su isključivo fiskalno obeležje, jer su od 1878. godine dobile u izvesnom smislu ulogu nosioca dela društvene akumulacije i usklađivanja raspodele i proširene društvene reprodukcije. U tom periodu prihodi kojima je srpska država raspolagala uglavnom su poticali iz dva izvora: iz poreza i drugih dažbina i iz državnih zajmova.<sup>35</sup>

Poseban značaj za razvoj poreskog sistema imao je Zakon o neposrednom porezu iz 1884. godine, koji se, uz brojne izmene i dopune u Srbiji primenjivao i nakon stvaranja Jugoslavije. Reformom poreskog sistema iz 1884. godine uvedene su sledeće poreske obaveze: porez na zemljište, porez na zgrade, porez na prinos od kapitala, porez na prinos od radnji i zanimanja, porez na prinos od ličnog rada, lični porez i porez na obrt.

#### 4. UTVRĐIVANJE I NAPLATA POREZA U SRBIJI U DEVETNESTOM I NA POČETKU DVADESETOG VEKA

1. Sistem utvrđivanja i naplate javnih prihoda bio je odraz tog vremena i nivoa društvenog razvoja Srbije. Ocenjivanje veličine prinosa pojedinih poreskih obveznika vršili su poreski odbori. To su bile komisije sastavljene od više članova (pet, deset ili petnest članova) a svaka opština imala je svoj poreski odbor. Broj članova poreskog odbora zavisio je od mesta za koje bi se birao, odnosno od broja stanovnika određenog mesta. Tako je npr., u Beogradu poreski odbor bio sastavljen od petnest članova, u okružnim varošima od deset članova, a u opštinskim varošicama i selima odbor je sačinjavalo pet članova. Zbog velikog broja poreskih obveznika, Beograd je imao dva poreska odbora. Jedan odbor je bio zadužen za ocenu prinosa trgovačkih radnji, a drugi, za ocenu prinosa zanatlijskih i nekih sitnih radnji. Poreski odbori formirani su tako da tri petine članova biraju opštinski odbori u sporazumu sa važnijim predstavnicima radnji i zanimanja, dok je preostale članove postavljao ministar finansija, od kojih je jednog određivao za predsednika poreskog odbora. U poreski odbor je mogao ući samo onaj građanin koji je na ime neposrednih poreza plaćao najmanje trideset dinara za godinu i koji je uživao sva građanska i politička prava.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> V. Stojančević, J. Milićević, Č. Popov, R. Jovanović, M. Ekmečić, *Istorija Srpskog naroda*, 6. knjiga I tom, Beograd, 1994, str. 20.

<sup>36</sup> D. Milojević, *navedeno delo*, str. 32.



Poreski odbori su do 1901. godine, pored ocenjivanja veličine prinosa poreskih obveznika, vršili i obračun poreske obaveze a prema utvrđenoj veličini prinosa i to za sve poreske oblike, izuzev poreza na zemljište. Obračun poreza na zemljište vršile su poreske vlasti. Izmenama iz 1901. godine razrez i naplatu obaveza za sve poreske oblike vršile su poreske vlasti, a poreski odbori su vršili samo ocenu veličine prinosa poreskih obveznika.

Kada bi poreski odbor izvršio ocenu veličine prinosa obveznika, on bi istu unosio u poresku prijavu ili referat za svakog poreskog obveznika. Na osnovu tih ocena poreska odeljenja vršila su razrez poreza i zaduživala bi porezom i prirezom obveznike. Poreska odeljenja su se nalazila u sreskim i okružnim mestima. Njima je bilo povereno staranje o državnim dažbinama, ali su ona obavljala i druge funkcije, administrativne, izvršne i sudske vlasti.<sup>37</sup>

2. Naplatu poreza vršile su poreske vlasti, a po selima pomoć su im pružale opštinske vlasti. Naplata se vršila u rokovima predviđenim zakonom, a po pravilu vodilo se računa da se naplata izvrši u onim periodima kada se smatralo da obveznici imaju najviše novca. U slučajevima prinudne naplate poreza, poreska vlast je najpre slala opomene poreskim obveznicima da u određenom roku izmire svoje obaveze. Ako poreski obveznik ni nakon opomene ne bi izmirio poresku obavezu, pristupalo se prinudnoj naplati. Prinudna naplata vršila se popisom i procenom stvari u prisustvu dva svedoka i stavljanjem zabrane na te stvari.<sup>38</sup>

Da bi naterala poreske obveznike da budu uredni i da na vreme izmire svoje obaveze, država je propisivala kamatu od šest procenata, kao neku vrstu kazne za sve one koji u predviđenom roku ne izmire obaveze.

3. U cilju kontrole i praćenja budžeta kao i javnih prihoda, Srbija je još 1844. godine formirala kontrolni organ pod nazivom Glavna kontrola. Naime, Glavna kontrola imala je zadatak da pregleda državne račune i kontroliše izvršenje budžeta. Glavna kontrola bila je odgovorna Sovjetu. Na osnovu ustavnih rešenja iz 1888. godine Glavna kontrola je postala samostalni organ koji je imao nadležnost da pregleda „državne račune i računski sud”. U okviru Glavne kontrole, kao njeni sastavni delovi, funkcionisale su mesne, okružne i sreske kontrole.

a) Glavna kontrola obavljala je delatnost uz pomoć takozvanog pomoćnog osoblja Glavne kontrole. Kao pomoćno osoblje, Glavna kontrola je imala šefove i računoispitae mesnih kontrola. Pomoćno osoblje nije moglo samo da donosi odluke po predmetima koji su spadali u delokrug sednica Glavne kontrole ili njenog predsednika. Ono je imalo ulogu samo da pripremi sva neophodna dokumenta, kako bi se po određenim pitanjima, tj. predmetima, donela potrebna odluka Glavne kontrole.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> D. Milojević, *navedeno delo*, str. 37.

<sup>38</sup> D. Milojević, *navedeno delo*, str. 40.

<sup>39</sup> J. Valčić, *Upustvo za sastav i pregled računa, kasa i materijala*, Beograd, 1926, str. 231.

b) Radi što veće zaštite državnih interesa, a u cilju jačanja kontrole poreskih obveznika, a i same poreske vlasti, 1909. godine uvedena je ustanova državnog zastupnika pri svakoj finansijskoj upravi. Državni zastupnici birani su iz redova dotadašnjih poreznika i imali su zadatak:

- da prisustvuju sednicama poreskog odbora i da članovima odbora daju potrebne smernice;
- da podnose žalbe na razrezani porez od strane poreskog odbora, i
- da izvrše provere da li su svi obveznici u poreskoj prijavi uneli stvarni iznos prinosa.

4. Posle izvesnog perioda nestabilnosti budžeta Srbije, javne finansije su početkom dvadesetog veka ušle u razdoblje stabilnosti. Jedan od ključnih razloga koji je doprineo ozdravljenju državnih finansija ležao je u skupštinskom nadzoru nad budžetskim stavkama prihoda i rashoda.

Povećanje državnih prihoda ostvareno je podizanjem poreskih tereta, posebno posrednog poreza i monopola koji su pogađali široke slojeve stanovništva. Nastojanje da se povećaju državni prihodi i da se time uravnoteži budžet, ilustrativno objašnjava sledeći stav iznet u tadašnjem listu „Finansijski pregled”: „potrebno je, dakle, da težimo tome da stvorimo izvesnu gotovinu državnu i da održavamo izvestan višak prihoda nad rashodima. Ove napomene izgledaju kao neostvarive, kad se uzme sadašnje stanje, naših državnih finansija. Ali ne treba zaboravljati da mi možemo doći do boljeg položaja samo vanrednim merama i izvanrednim naporom naše snage. Ako bismo se, uz glavne mere za popravku finansijskog položaja, postarali da održimo u snazi odredbe u Zakonu o državnom budžetu, po kome se budžetom ne mogu stvarati izdaci, ako oni nisu ustanovljeni i predviđeni specijalnim zakonima – mi bismo mogli učiniti prilične uštede.”<sup>40</sup>

## 5. PORESKI SISTEM KRALJEVINE JUGOSLAVIJE

1. Nakon završetka Prvog svetskog rata, 1918. godine, formirana je Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca. Stvaranjem nove državne zajednice, bilo je neophodno usvojiti jedinstven poreski sistem i doneti jedinstvene propise iz oblasti uprave i sudstva. Međutim, za ostvarenje postavljenih zadataka bilo je neophodno izvršiti popis stanovništva, zemljišta i drugih nepokretnih dobara, kao i pripremiti odgovarajuća zakonska rešenja kako bi se ujednačio rascepkani poreski sistem. Stvaranjem Kraljevine Srba Hrvata i Slovenaca, 1918. godine, primenjivano je pet poreskih sistema: srpski, crnogorski, austrijski, mađarski i turski, što je trajalo sve do 1928. godine, kada je izvršena unifikacija poreskog sistema tadašnje Jugoslavije. Na području Srbije, do unifikacije poreskog sistema primenjivao se

---

<sup>40</sup> *Finansijski pregled*, list za finansijska znanja i finansijsku službu, Beograd, 1901, str. 252.



Zakon o neposrednom porezu iz 1884. godine, s izmenama i dopunama. Posle balkanskih ratova, ovaj zakon primenjivan je i na području Makedonije, kao i u jednom delu Crne Gore.

Istovremena primena pet poreskih sistema: srpskog, crnogorskog, austrijskog, mađarskog i turskog stvarala je niz problema i doprinosila neefikasnosti rada poreske administracije.

1) Pustošenjem Srbije, skoro sva njena državna nadležstva, u prvom redu državne arhive, knjige i statistički podaci bili su popaljeni, iscepani i uništeni, tako da se, po oslobođenju Srbije, naišlo na zgarište i pustoš. Razrez poreza u tim prvim godinama posle ujedinjenja uglavnom je vršen na bazi poreskih prijava obveznika i uz vođenje računa da će prilikom prijavljivanja obaveza poreski obveznici pokušati da poreski teret ublaže. Prema zakonskim rešenjima plaćanje poreza bila je obaveza svih državljana Kraljevine. Razrez poreza je bio dvogodišnji, a preduzeća su bila obavezna da svake godine podnose izveštaje o rezultatu poslovanja. Postupak oporezivanja obavljale su poreske vlasti, uz pomoć poreskih odbora.

2) Od svih poreskih sistema stare Jugoslavije, prema nekim analitičarima, crnogorski poreski sistem može se oceniti kao najjednostavniji poreski sistem koji je nasledila stara Jugoslavija.<sup>41</sup> Crnogorski poreski sistem podrazumevao je dve vrste neposrednih poreza: dacije i porez na prinos od kapitala i rada. Dacija se naplaćivala polugodišnje 1. jula i 26. oktobra. Nadležni poreski odbor imao je zadatak da proverava tačnost prijavljenih objekata na koje se plaćala dacija. Poreski odbor funkcionisao je u svakoj varoši, a bio je sastavljen od pet, odnosno od tri člana, u zavisnosti od veličine varoši.

3) Austrijski poreski sistem primenjivao se u Sloveniji i Dalmaciji. Za razrez poreza u Sloveniji i Dalmaciji bile su zadužene kotarske vlasti i to u sedištu svakog sreza. Naplatu poreza obavljali su poreski uredi koji su bili formirani za svaki sudski srez. Razrez dohodarine i opšte tečevine obavljali su posebni poreski odbori i to komisije za ocenjivanje dohodarine i komisije za razrez tečevine.<sup>42</sup> Predsednika i polovinu članova ovih poreskih komisija postavljao je ministar finansija, a drugu polovinu birali su poreski obveznici.

4) Mađarski poreski sistem primenjivao se u jednom delu Vojvodine i u Hrvatskoj. U okviru ovog poreskog sistema kao primarni poreski organi postojala su tzv. finansijska ravnateljstva. Kao pomoćni organi finansijskim ravnateljstvima postojali su državni poreski uredi, gradski poreski uredi, opštinski uredi i razni poreski odbori. Poreski uredi vodili su brigu oko knjiženja i naplate poreza. Opštinski uredi i razni poreski odbori vršili su knjiženje i naplatu samo onih poreza za koje su bili zaduženi od strane države.

---

<sup>41</sup> B. Jelčić, *Nauka o financijama i finansijsko pravo*, Zagreb, 1983, str. 273.

<sup>42</sup> D. Milojević, *navedeno delo*, str. 132.

5) Turski poreski sistem primenjivao se u Bosni i Hercegovini. Za razrez i naplatu poreza kao prvostepene poreske vlasti bili su zaduženi poreski uredi. Oni su vodili evidenciju o poreskim obveznicima koji su imali domicil na teritoriji poreskog sreza u okviru koga su oni vršili razrez i naplatu poreza. Ocenu veličine prinosa određenog obveznika vršili su poreski odbori. Oni su bili sastavljeni od predsednika i četiri člana, a u većim gradovima pored predsednika imali su šest članova. Članove odbora birali su između sebe obveznici poreza. Svaki odbor imao je svoga referenta koga je postavljao nadležni poreski ured. Poreski ured nakon razreza poreza obavestavao je svakog poreskog obveznika o veličini poreza.

2. Prvi zakonski propis nove države koji je uređivao materiju oporezivanja je Zakon iz 1921. godine kojim je uređeno oporezivanje prometa. Osim toga, 1922. godine donet je Zakon o porezu na poslovni promet, a 1932. godine Uredba o porezu na luksuz.

Sa aspekta poreza i njegove pravne zaštite značajan je Zakon o porezu na poslovni promet iz 1922. godine. Ovim zakonom predviđeno je krivično delo poreske utaje kao instrument krivičnopravne zaštite poreza. Delo je vršilo lice koje u nameri da u potpunosti ili delimično izbegne plaćanje ili odmeravanje poreza ili da postigne nezakonito oslobođenje od plaćanja poreza, svesno ili sa namerom u knjizi, prijavi, žalbi ili odgovoru na pitanje nadležne vlasti da neistinite navode ili ih namerno prećuti.<sup>43</sup>

Zakon o neposrednim porezima iz 1928. godine je omogućio primenu jedinstvenih poreskih propisa na celoj teritoriji Kraljevine Jugoslavije, kao i funkcionisanje poreske administracije na jedinstven način. Zakonom o neposrednim porezima uvedena je obaveza plaćanja poreza na sledeće prihode: od zemljišta, od zgrada, od preduzeća, radnji i samostalnih zanimanja, od rente, od preduzeća obaveznih na javno polaganje računa (društveni porez) i od nesamostalnog rada i zanimanja (službenički porez). Postojala je i obaveza plaćanja poreza na neženje. Niže teritorijalne jedinice imale su pravo na prihode od prireza i trošarina. Zakonom o neposrednim porezima iz 1928. godine bilo je predviđeno krivično delo poreske utaje kao samostalno delo. Ovo delo izvršavao je poreski obveznik koji je svesno i u nameri da izbegne plaćanje poreza u poreskoj prijavi ili odgovarajući na postavljena pitanja od strane nadležne vlasti ili u podnetoj žalbi ili prijavi za oslobođenje ili smanjenje ili otpis poreza davao neistinite izjave tako da je zbog toga mogla nastupiti potpuna ili delimična poreska prikrata<sup>44</sup>

Novostvorena država u pogledu primene carina, preuzela je Carinski zakon Srbije iz 1899. godine koji je na teritorije Jugoslavije primenjivan sve do početka drugog svetskog rata.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Član 12 i 13 Zakona o porezu na poslovni promet, iz 1922. godine.

<sup>44</sup> Član 142. Zakona o neposrednim porezima, Službene novine, broj 29-VII od 28.02. 1928. godine.

<sup>45</sup> Carinski zakon Srbije iz 1899. godine sa izmenama iz 1904. godine, u tadašnjoj Jugoslaviji dopunjen je i izmenjen Zakonom o izmenama i dopunama Carinskog zakona iz 1934. godine.

Utvrđivanje i naplata poreskih obaveza u ovom periodu vršena je preko nadležnih poreskih odbora. Na osnovu jedinstvenih propisa u svakom srezu, odnosno mestu koje je imalo do dvadeset hiljada stanovnika postojao je poreski odbor. U srezovima sa preko trideset hiljada stanovnika bilo je više poreskih odbora. Poreski odbor sastojao se od predsednika i šest članova i isto toliko zamenika. Ukoliko bi srez imao više od trideset hiljada stanovnika poreski odbor bi se sastojao od predsednika i dvanest članova. Predsednika i polovinu članova odbora imenovao je ministar finansija. Ostale članove poreskog odbora birao je opštinski odbor. Prema zakonskim rešenjima za člana odbora mogao je biti izabran samo državljanin Kraljevine koji stanuje u dotičnoj opštini najmanje pet godina, da nije osuđivan i da na ime neposrednog poreza plaća najmanje pedeset dinara.

## 6. UMEŠTO ZAKLJUČKA

Država je oduvek bila važan faktor i činilac privrednih procesa jedne zemlje. Svojom aktivnošću, mehanizmima pružanja usluga, sistemom potrošnje i investiranja, svojom ulogom u procesu raspodele i distribucije dohotka i bogastva, država direktno ili indirektno uspostavlja određene odnose u procesu društvene reprodukcije. Zbog toga se može reći da se aktivnost države odražava na javni, ali i na privatni sektor jedne društvene zajednice.

Nijedna vlada, nijedna država, ne mogu sebi dopustiti tu lagodnost da se ekonomska i svaka druga aktivnost odvijaju mimo nje. Država mora da preuzme na sebe mnoštvo zadataka, kako bi se u društvenoj zajednici uspostavila neophodna harmonija u svim sferama društvene delatnosti. Za ostvarivanje brojnih zadataka koje su poverene jednoj državi neophodna su joj određena sredstva koja ona ubira bilo monopolom svoje suverene vlasti, bilo na neki drugi način. Kako se država menjala i razvijala tako se menjao i razvijao poriski sistem neophodan za ostvarenje njene uloge.

Srbija je prošla jedan dug istorijski put izgradnje državnosti, ali i smaostalnosti u procesu stvaranja poreskog sistema. U tim težnjama za samostalnošću i nezavisnošću, Srbija i srpsko društvo (kao i svaka samostalna država), kreirala je sopstveni poreski sistem po ugledu na razvijene zemlje u okruženju, ali polazeći od svog interesa i realnih mogućnosti. Poreski sistem morao je biti fleksibilan, jasno koncipiran, izdašan i „dovoljno” prihvatljiv iz aspekta vremena. Posmatrano kroz istoriju, poreski sistem Srbije se menjao i razvijao u skladu sa stepenom društveno-ekonomskog razvoja zemlje i izazova u unutrašnjem i međunarodnom okruženju. Kako je Srpska država rasla i razvijala se tako su se razvijali i sistemi društvenih vrednosti u njoj, pa time i sistem poreskih vrednosti. Otuda, možemo reći, da poreski sistem Srbije sa vremenskog aspekta odražava nivo društvenog razvoja naše zemlje.

*Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs*

*Mirko V. Kulić, Ph.D., Chief Editor  
of the Magazine "Finances and Taxes"  
mirkokulic@hotmail.com*

## **Development of the Tax System in Serbia until the Second World War**

**Abstract:** *Fuller consideration of the tax system of one country requires information about regulation of certain forms of public revenues through history. For the sources of the income can be said that they were always the same, but inequally represented. Observing the Serbian tax system through history we may find differences and similarities, advantages and disadvantages, significance and representation of individual tax forms. The paper gives an overview of development of Serbian tax system from the Middle Ages to the Second World War.*

**Key words:** *tax, state revenue, tax system, tax administration, state.*

Datum prijema rada: 15.04.2016.

*Dr Sreten M. Jugović, redovni profesor  
Kriminalističko-policijska akademija  
Beograd  
sreten.jugovic@kpa.edu.rs*

*Dr Darko Z. Simović, redovni profesor  
Kriminalističko-policijska akademija  
Beograd  
darko.simovic@kpa.edu.rs*

## ZAKON O POLICIJI REPUBLIKE SRBIJE OD 2016. GODINE – KRITIČKI POGLED<sup>1</sup>

**Sažetak:** Premda preovladava drugačije stanovište, za Zakon o policiji iz 2016. godine se ne može reći da je, u materijalnom smislu, u potpunosti nov zakon. Način uređivanja najznačajnijih pojmova i instituta sugerise da je reč o donekle izmenjenoj i dopunjenoj verziji Zakona o policiji iz 2005. godine. Pravi razlozi donošenja „novog“ zakona tiču se radnopravnog položaja zaposlenih u Ministarstvu, kao i redukcije kadrova u oblasti unutrašnjih poslova. Najveća očekivanja od Zakona su u delu koji se odnosi na upravljanje kadrovima u policiji, praćenje karijernog razvoja zaposlenih, kroz ocenjivanje rezultata rada, stručno usavršavanje i druge obuke. Iako nomotehnički i redaktorski manjkav, Zakon o policiji, u osnovi, predstavlja delotvoran pravni okvir za obavljanje pre svega policijskih i sa njima povezanih drugih poslova.

**Ključne reči:** policija; Ministarstvo unutrašnjih poslova; karijerno napredovanje; ljudska prava.

### 1. UVOD

Za Zakon o policiji iz 2016. godine<sup>2</sup> teško bi se moglo tvrditi da je reč o novom zakonu. Premda u formalnom i pravno-tehničkom smislu on to jeste, u

---

<sup>1</sup> Rad je rezultat realizovanja internog naučno-istraživačkog projekta Kriminalističko-policijske akademije, pod nazivom *Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije*, za period 2015-2019.

<sup>2</sup> „Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 6 od 28. januara 2016. godine.

materijalnom smislu, po sadržini materije koju obuhvata i njenoj sistematizaciji, kao i po načinu uređivanja najznačajnijih pojmova i instituta, to nije nov zakon, već nova i unekoliko izmenjena i dopunjena verzija Zakona o policiji iz 2005. godine. Načelno posmatrano, Zakonom iz 2016. godine nisu uspostavljene koncepcijske novine u organizacionoj strukturi MUP-a, ali ni u sferi njegovih nadležnosti (ovlašćenja i dužnosti), kao što se to ističe u obrazloženju predloga ili u delu stručne javnosti.<sup>3</sup> Dakle, Zakon nije nov, kako po koncepciji policije u najširem smislu reči, tako ni po rešenjima koja su preuzeta iz uporednog policijskog zakonodavstva. Mada obimniji po broju članova u odnosu na Zakon o policiji iz 2005. godine (258 članova spram nešto više od 200 članova sa izmenama i dopunama od 2011. godine i 2015.), reč je uglavnom o istoj materiji, koja se donekle detaljnije i iscrpnije uređuje. Prema tome, Zakon se, za razliku od minulog Zakona o policiji, ne može uzeti kao nekakav zakon od kojeg počinje „nova epoha“ u normativnom uređivanju policije. Reč je o popravkama Zakona – prethodnika, nekad na bolje, a delimično i na gore, koji je važio više od deset godina, a koji se, kako se čini nije primenjivao u kapacitetu u kojem je trebalo, jednim delom i usled kašnjenja ili nedonošenja pojedinih podzakonskih propisa za njegovu primenu.

Ukoliko se već ne može tvrditi da je reč o potpuno novom zakonu u materijalnom smislu, postavlja se pitanje koji su to razlozi motivisali njegovo donošenje? Pravi razlozi donošenja „novog“ zakona tiču se (radno)pravnog položaja zaposlenih u Ministarstvu, kao i redukcije kadrova u oblasti unutrašnjih poslova.<sup>4</sup> Kao razlog za neophodnost zakonskih promena u Obrazloženju Predloga Zakona navodi se ustanovljavanje funkcija strateškog planiranja i upravljanja ljudskim resursima Ministarstva (a te funkcije uvedene su izmenama i dopunama Zakona o policiji od 2015. godine). Najveće zakonske promene izvršene su „radi realizacije Tvinig projekta 'Upravljanje ljudskim resursima', finansiranog iz sredstava IPA fondova uz podršku EU“.<sup>5</sup>

## 2. PREDMET ZAKONA – ZAKONSKI POJAM UNUTRAŠNJIH POSLOVA I POLICIJE

U vezi sa predmetom Zakona najviše osnova za kritiku pružaju odredbe o pojmu unutrašnjih poslova. Naime, članovima 1-3 određeno je da su predmet Zakona i unutrašnji poslovi. Pri tom, u članu 2 kaže se da su „unutrašnji poslovi (su) zakonom utvrđeni poslovi državne uprave, koje obavlja Ministarstvo (unutrašnjih

---

<sup>3</sup> Vid. *Predgovor Zakona o policiji*, Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd 2016, 11 i dalje.

<sup>4</sup> U javnosti se upotrebljava eufemistički izraz racionalizacija u javnom sektoru, a to su pojmovno različite stvari, jer racionalizacija ne podrazumeva nužno i otpuštanja zaposlenih.

<sup>5</sup> Slobodan Miletić, *Stručni komentar novog Zakona o policiji* – „Sl. glasnik RS“, br. 6/2016, Paragraf, 2016, 9.

poslova, *prim. autora*), a čijim obavljanjem se ostvaruje i unapređuje bezbednost građana i imovine, pruža podrška vladavini prava i obezbeđuje ostvarivanje Ustavom i zakonom utvrđenih ljudskih i manjinskih prava i sloboda, kao i drugi, sa njima povezani poslovi iz utvrđenog delokruga i nadležnosti Ministarstva“. Ovakvo određivanje unutrašnjih poslova, bez sadržine, nema nikakav značaj. Naime, nisu svi poslovi koje obavlja MUP unutrašnji poslovi, jer MUP obavlja i druge poslove (npr. poslove smeštaja i ishrane, član 11, st. 1, tač. 13), kao što MUP ne obavlja sve unutrašnje poslove, već pojedine unutrašnje poslove obavljaju i drugi organi, organizacije i nedržavni subjekti (npr. BIA, VBA, VOA, privredna društva na osnovu poverenih ovlašćenja, itd.). A tek odredbe o tome da se njihovim obavljanjem „pruža podrška vladavini prava i obezbeđuje ostvarivanje Ustavom i zakonom utvrđenih ljudskih i manjinskih prava i sloboda“ nisu njihovo obeležje, *differentia specifica* po kojem se unutrašnji poslovi razlikuju od drugih poslova čijim obavljanjem se primenjuje pravo i štite ljudska prava.<sup>6</sup> Bezbednosni poslovi (poslovi bezbednosne zaštite građana i njihove imovine) istovremeno su i unutrašnji poslovi, ali svi unutrašnji poslovi nisu istovremeno i bezbednosni, npr. poslovi izdavanja javnih isprava iz nadležnosti MUP-a (lične karte, putne isprave i dr.), jesu unutrašnji poslovi koji su samo posredno u vezi sa bezbednošću, a primarni cilj njihovog obavljanja jeste ostvarivanje prava i dužnosti u pravnom saobraćaju (dokazivanje identiteta, ostvarivanje drugih prava i dužnosti, ostvarivanje slobode kretanja i prava da se napusti Srbija i da se u nju ponovo vrati i dr.).<sup>7</sup> Ti poslovi imaju širu dimenziju od bezbednosne. Prema tome, pojam unutrašnjih poslova, ako se htelo, trebalo je odrediti kombinovanjem organskog i funkcionalnog merila, kao i kombinovanjem formalnih i materijalnih elemenata, a ne opštom (i upućujućom) odredbom, kojom se, pri tom ništa ne kaže, jer zakonsko određivanje unutrašnjih poslova, prema kojem su to „zakonom utvrđeni poslovi državne uprave“, nema naročitog smisla, budući da su ti poslovi raznorodni. S druge strane, reč je o posebnoj oblasti društvenih odnosa koja je regulisana mnoštvom zakona i podzakonskih propisa, te se otuda može postaviti pitanje celishodnosti njihovog određivanja u Zakonu o policiji. Kako se čini, cilj tih odredaba jeste da se, radi tzv. racionalizacije, izvrši razdvajanje unutrašnjih od policijskih poslova, koje ima posledice po pravni položaj zaposlenih, kategorije zaposlenih (policijski i drugi državni službenici) i njihov radnopravni status, samo što je to učinjeno nomotehnički i redaktorski nevešto. Treba reći da unutrašnje poslove zbog raznorodnosti i mnoštva nije jednostavno odrediti zakonom, ali je to ipak moguće. Zbog toga su oni dugo određivani u pogledu predmeta na negativan način, kao oni poslovi državne uprave koji nisu stavljeni u nadležnost postojećih, drugih (ostalih) organa državne uprave.<sup>8</sup> I takvo određenje, razume se,

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Vid. Sreten Jugović, *Upravna funkcija policije*, Beograd 2013, 57-61.

<sup>8</sup> Ivo Krbek, *Upravno pravo*, Zagreb 1929, 9; Ivo Krbek, *Pravo javne uprave FNRJ*, I knjiga, Zagreb 1960, 9.



s pravom je podvrgnuto naučnoj kritici,<sup>9</sup> ali njihovo određivanje na negativan način prisutno je i danas u savremenim udžbenicima upravnog prava Francuske.<sup>10</sup> Dakle, ovim zakonom trebalo je precizno definisati i razdvojiti unutrašnje poslove, policijsko-bezbednosne poslove i druge poslove, zadržavajući otvoren karakter u njihovom zakonskom određivanju.

Zakonski pojam policije određen je u članu 3: „Policija je centralna organizaciona jedinica Ministarstva, koja u obavljanju unutrašnjih, odnosno policijskih (trebalo je reći i „drugih“, *prim. autora*) poslova, štiti i unapređuje bezbednost građana i imovine, poštujući Ustavom zajemčena ljudska i manjinska prava i slobode i druge zaštićene vrednosti u demokratskom društvu, uz mogućnost na Ustavu i zakonu zasnovane upotrebe sredstava prinude“. Formulacija „centralna organizaciona jedinica“ više je teorijskog karaktera, nego što odgovara zakonskoj terminologiji. Ako se izostavljanjem Direkcije policije htelo reći da postoji policija izvan Direkcije, kao primera radi Sektor unutrašnje kontrole (SUK), onda nije dobra formulacija „centralna organizaciona jedinica“ (jer su to dve ili više organizacionih jedinica). A ako se mislilo na Direkciju policije, onda je trebalo reći da je Direkcija policije najviši organizacioni nivo policije. Takođe, isticanje u prvi plan samo jednog obeležja policije, tj. navođenje samo jedne vrste policijskih ovlašćenja – upotrebe sredstava prinude – premda u osnovi tačno, ne odražava suštinski savremeni pojam policije, i u velikoj meri danas predstavlja anahronizam.<sup>11</sup> Zakonski pojam policije treba da sadrži elemente organskog (organizacionog) pojma, funkcionalnog pojma, formalne i materijalne elemente. Prema tome, trebalo je reći da je policija deo državne uprave (izvršne vlasti), ili organizaciona celina, ili osnovna organizaciona jedinica Ministarstva (organski element) organizovana radi održavanja javnog reda i bezbednosti (funkcionalni element), i koja primenjuje zakonom utvrđena policijska i druga ovlašćenja (formalni i materijalni element), među kojima i sredstva prinude (koercitivistički element).

### 3. ORGANIZACIJA I NADLEŽNOSTI MUP-A

Za obavljanje poslova iz nadležnosti MUP-a obrazuju se unutrašnje organizacione jedinice. Zakonom je zadržano uobičajeno rešenje da se organizacija MUP-a (i policije) reguliše zakonom, uredbom i pravilnikom. Pri tom, pored Uredbe o načelima za unutrašnje uređenje ministarstava i posebnih organizacija, zbog osobenosti policije (MUP-a), Vlada donosi i posebnu Uredbu o načelima za unutrašnje uređenje MUP-a. Dakle Vlada propisuje načela za unutrašnje uređenje

---

<sup>9</sup> Ratko Marković, *Upravno pravo*, Beograd 2002, 79.

<sup>10</sup> Gi Breban, *Administrativno pravo Francuske*, Beograd-Podgorica 2002, 17.

<sup>11</sup> O savremenom pojmu policije vid. Slobodan Miletić, Sreten Jugović, *Pravo unutrašnjih poslova*, Beograd 2016, 5-9.



MUP-a i vrste organizacionih jedinica, sedišta i područja za koja se obrazuju te jedinice. Međutim, Pravilnikom o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta, ministar po pribavljenoj saglasnosti Vlade, utvrđuje delokrug i kategorizaciju organizacionih jedinica, broj, sistematizaciju, vrstu, odnosno status i opis radnih mesta, radna mesta za koja se predviđaju posebni uslovi za njihovo popunjavanje, način rukovođenja, planiranja i izvršavanja poslova (član 9, stav 2). Na taj način „organizaciona vlast“ raspodeljena je između vlade i ministra, što predstavlja izbalansirano, staro i u praksi potvrđeno rešenje.

Međutim, upravo odredbe člana 9, zajedno sa odredbama o raspoređivanju zaposlenih iz člana 195 i prelaznim i završnim odredbama iz člana 253, treba da omoguće racionalizaciju, pa i redukciju zaposlenih. To će se učiniti najpre donošenjem novog akta o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta, a potom donošenjem rešenja o raspoređivanju zaposlenih u skladu sa tim aktom. Tako je obezbeđen zakonski osnov za novo raspoređivanje zaposlenih. Može se zaključiti da je stalnost službenika kao obeležje službeničkih odnosa dovedena u pitanje. Kontinuitet službeničkog odnosa ili radnih odnosa na neodređeno vreme prekida se obavezom novog raspoređivanja po Zakonu od 2016. godine, a to znači da jedan broj službenika može ostati neraspoređen, usled ukidanja određenih radnih mesta. Uopšteno posmatrano, pravo štiti službenike od otkaza, međutim novim zakonom je obezbeđen pravni okvir, tehnika za tzv. redukciju i racionalizaciju. Takvo rešenje nije nužno loše, samo ne bi bilo celishodno da se paušalno ili linearno smanjuje broj zaposlenih u svim organizacionim jedinicama. Najcelishodnije bi bilo kada bi se uradila sistemska analiza poslova i zadataka u okviru radnih mesta, i tek na osnovu utvrđenih potreba, odredila radna mesta, broj izvršilaca i drugo. Nesumnjivo, nije dobro najpre određivati radna mesta, pa tek onda poslove, već bi pristup trebalo da bude obrnut. S druge strane, u nedostatku finansijskih sredstava i vremena za funkcionalnu analizu i analiza postojećeg Akta o unutrašnjem uređenju može biti polazište za racionalizaciju.

Polazeći od činjenice da su ljudi najbitniji element svake organizacije, zakonodavac u poglavlju o organizaciji MUP-a reguliše i kategorije zaposlenih u Ministarstvu. U tom smislu, na liniji racionalizacije jeste i ukidanje jedne cele potkategorije policijskih službenika, zaposlenih na određenim dužnostima, tzv. „OD status“. Reč je o zaposlenima koji obavljaju poslove koji su u neposrednoj vezi sa policijskim poslovima, taksativno nabrojanim u Zakonu od 2005. godine, i na kojima opasnost po život i zdravlje, njihova priroda i posebni uslovi rada bitno utiču na smanjivanje radnih sposobnosti. Stoga im se staž osiguranja računa sa uvećanim trajanjem. Dakle ta potkategorija više ne postoji. Naime, Zakon sada poznaje tri kategorije zaposlenih u MUP-u (član 10). To su: 1) policijski službenici; državni službenici (trebalo je reći ostali državni službenici, kao da policijski službenici nisu i državni službenici); i nameštenici. Kategorija policijskih službenika se razvrstava u dve potkategorije: 1) ovlašćena službena lica – OSL (lica

koja obavljaju policijske poslove i primenjuju policijska ovlašćenja); 2) lica na posebnim dužnostima (status PD), koja obavljaju druge unutrašnje poslove u neposrednoj vezi sa policijskim poslovima. Pri tom, podela policijskih službenika na dve navedene potkategorije nije u Zakonu dosledno sprovedena. Negde se govori o „policijskom službeniku u statusu ovlašćenog lica“, a negde samo o „policijskom službeniku“. S obzirom na to da je „status PD“ ustanovljen Zakonom od 2005. godine, dobro je što je zadržan i ovim zakonom, posebno zbog ukidanja statusa OD, te jedan (manji) broj službenika u tom statusu, u načelu, sada može steći status PD.<sup>12</sup>

U Zakonu se dalje kaže: „Policijski službenici u statusu ovlašćenih službenih lica, moraju imati najmanje završenu policijsku obuku osnovnog nivoa“ (član 10, stav 3). Citirana odredba neprimenjiva je u praksi i zahtevaće podzakonsku razradu, kojom bi se odgovorilo na pitanja značenja reči mora; najmanje; policijska obuka osnovnog nivoa. To znači da je potrebno uvažiti realnost da je manje sadržano u većem i da se, primera radi to ne odnosi na lica koja su završila studije Kriminalističko policijske akademije, koja je i osnovana radi obrazovanja kadrova za potrebe policije. Obaška što treba biti suptilan prorok pa shvatiti razliku između dveju zakonskih kategorija: „osnovne policijske obuke“ i „policijske obuke osnovnog nivoa“ (član 131, stav 3).

Pod neveštīm naslovom „Nadležnost Ministarstva“ (pravilno je pojam koristiti u množini) u članu 11 zakonodavac određuje najbitnije aktivnosti MUP-a. Prema dikciji odredaba iz odnosnog člana pre bi se moglo zaključiti da je reč o tekstu iz neke strategije ili delokruga, a ne o nadležnostima MUP-a. Nadležnosti su brojne, one predstavljaju ovlašćenja i dužnosti i utvrđene su kako ovim zakonom, tako i mnoštvom drugih zakona iz oblasti unutrašnjih poslova, ali i drugim zakonima. Stoga nije dobar naslov Nadležnost MUP-a. Sudeći po tome izgleda da je smisao ovih odredaba da se, koliko je to moguće, razdvoje poslovi MUP-a i policije, upravo zbog posledica po radnopravni položaj koje iz tog razdvajanja proizlaze. No, to je svakako nomotehnički manjkavo izvedeno.

Ministarstvo, kaže se dalje u članu 12 Zakona, „obezbeđuje pretpostavke za operativnu nezavisnost. Policija je operativno nezavisna od drugih državnih organa u obavljanju policijskih poslova i drugih zakonom određenih poslova za koje je Policija odgovorna“. Posebno je interesantna formulacija iz istog člana, u sledećem stavu: „Operativna nezavisnost Policije *ne odnosi se* (italik autori) na dužnosti Policije utvrđene zakonom kojim se uređuje krivični i prekršajni postupak“. Moglo bi se zaključiti da policija treba da radi samo kada i kako joj kaže sud(ija) ili tužilac i da, ako već nije samostalna, ono nije bar ni operativno nezavisna u ostvarivanju svojih zakonskih nadležnosti, mera i radnji koje se odnose

---

<sup>12</sup> Budući da Zakon određuje koje unutrašnje poslove obavljaju državni službenici, „manevarski prostor“ za promenu statusa OD u status PD je ograničen.

na krivični (predistražni i istražni postupak) i prekršajni postupak. Ovako formulisane odredbe o operativnoj nezavisnosti predstavljaju pogodno tle za oportunitizam policije i izbegavanje odgovornosti za radne rezultate (prevaljivanje odgovornosti na sudove, tužilaštvo, a ovih na policiju, inače prisutno decenijama u našoj policijskoj i pravosudnoj praksi). Trebalo je jednostavno predvideti operativnu nezavisnost policije i reći: policija je operativno nezavisna u obavljanju policijskih poslova koji se odnose na sprečavanje i suzbijanje krivičnih dela i prekršaja, u skladu sa zakonom.

Kada je reč o odredbama o saradnji MUP-a i službi bezbednosti, treba reći da su one u izvesnom smislu korak u nazad u odnosu na član 187 i 188, stav 2 Zakona iz 2005. godine, koji je predviđao sporazumno osnivanje zajedničkih koordinacionih tela. Naime, izostale su odredbe o sporazumno određivanju oblika i načina saradnje, ali je predviđeno da se saradnja zasniva na „posebnim oblicima organizovanja i uzajamnog obaveštavanja u izvršavanju zajedničkih zadataka“ (član 15, stav 2), ma šta to podrazumevalo i ma koliko to bilo ostvarivo u praksi.

#### 4. ZAKONSKA REŠENJA O ORGANIZACIJI POLICIJE

Budući da se u Zakonu jedanput govori o Policiji kao centralnoj organizacionoj jedinici (član 3), a drugi put o Direkciji policije (član 22-24), postavlja se pitanje da li između Policije kao centralne organizacione jedinice i Direkcije policije stoji znak jednakosti? O odnosu Policije i Direkcije policije postoji pravna praznina, dakle nedorečenost zakonodavca, pa ostaje dilema na koji način će se to pitanje u praksi razrešavati. Stoga bi u podzakonskoj razradi trebalo nastojati da se pogodi volja zakonodavca u slučaju popunjavanja te pravne praznine. Drugim rečima, treba pogoditi da li je reč o jednoznačnim pojmovima i da li je zakonodavac pojmove Policija i/ili Direkcija policije upotrebljavao u organskom ili u funkcionalnom smislu, ili i u jednom i u drugom smislu, u zavisnosti od konteksta. Zakon u članu 22, stavu 1 kaže: „Za obavljanje policijskih i drugih unutrašnjih poslova obrazuje se Direkcija policije“. Dalje se, u istom članu navode organizacione jedinice, kako one u sedištu Direkcije policije, tako i područne. Čini se da se Direkcija policije i Policija kao centralna organizaciona jedinica sadržinski poklapaju, ako ne sasvim ono u velikoj meri. S druge strane, između Policije (u funkcionalnom smislu) i Direkcije policije (u organskom smislu) ne stoji znak jednakosti. Prvo je širi, a drugo uži pojam. Stoga se može reći da je Direkcija policije najviši organizacioni nivo policije i može se smatrati centralnom organizacionom jedinicom. Dobro je rešenje to što u Zakonu nije predviđeno da je Direkcija policije organ uprave u sastavu Ministarstva, jer organi uprave u sastavu samostalnih organa uprave imaju manje samostalnosti od samostalnih organa (primera radi ne mogu da donose propise, i dr.). Ovakvim rešenjem (Policija – organizaciona

jedinica, a ne organ uprave u sastavu) prisnija je funkcionalna veza između MUP-a i policije, čiji je ona integralni, neraskidivi deo.<sup>13</sup>

Policija je u Republici Srbiji i dalje centralizovano organizovana. Policijska uprava za grad Beograd i druge područne policijske uprave i policijske stanice nisu stvarno decentralizovani lokalni policijski organi, policije lokalne samouprave, već su dekoncentrisane, unutrašnje organizacione jedinice izvan sedišta Direkcije (MUP-a). Mogu se posmatrati i kao administrativno zavisne ili teritorijalno izmeštene policijske jedinice. Najznačajnija prednost centralizacije je u tome što obezbeđuje akciono i funkcionalno jedinstvo policije, olakšano sprovođenje utvrđene državne politike, a najveći nedostatak je u tome što je policijski službenik više orijentisan ka centru, koji je značajno udaljen od lokalnog stanja stvari i aktuelnih problema. Zbog toga savremeno policijsko zakonodavstvo u slučajevima kada preteže centralizacija policije, nastoji da institucionalno uredi oblike i vidove saradnje državne policije sa lokalnom samoupravom (opštinama i gradovima) i građanima.<sup>14</sup> To je, u stvari, jedno od najbitnijih pitanja u centralizovanoj organizaciji policije. Međutim, u Zakonu takve odredbe postoje, ali su one načelnog tipa, nemaju pravnu težinu kakvu bi trebalo, pa ostaje dilema na koji način i da li će uopšte biti operacionalizovane u praksi (član 16, 27, 221, 223). Za razliku od svog prethodnika, ovaj zakon uvodi model rada „policija u zajednici“ radi razvijanja saradnje i partnerstva u rešavanju lokalnih bezbednosnih prioriteta (član 27), propisuje postupanje policije u slučaju nasilja u porodici (član 28), postupanje policije u stanju povećanog rizika (član 29) i predviđa policijsko obaveštajni model (član 34). Ovo bi se moglo smatrati značajnim normativnim novinama u radu policije.

Direkcijom policije rukovodi direktor policije (član 23, stav 2). Zakonom je zadržano ranije rešenje prema kojem je direktor neposredni rukovodilac policije, dok je ministar čelni čovek MUP-a, dakle i policije, što je uobičajeno rešenje zapadnih demokratskih država. Odnos između ministra i direktora je dobro izbalansiran. Ministar je političko lice, ali je i šef upravnog resora, ministarstva, čiji je integralni deo i policija. Ministar je politički odgovoran za rad policije, stoga mora da ima i ovlašćenja prema policiji i njenom direktoru.

Zakon logično predviđa stroge uslove za izbor direktora policije (član 149), s obzirom na to da je reč o veoma odgovornoj funkciji. Odredbom o broju godina radnog iskustva na rukovodećim poslovima u obavljanju policijskih poslova (minimum 15 godina na policijskim poslovima, na rukovodećim radnim mestima, član 149, stav 3, tač. 4), polažu se pretpostavke depolitizacije i profesionalizacije policije. Tako se obezbeđuje da ne bude postavljen za direktora neko ko nije iz policije i ko nema veliko iskustvo u rukovođenju u policiji.

---

<sup>13</sup> Vid. Sreten Jugović, (De)centralizacija policije u Republici Srbiji, *Struktura i funkcionisanje policijske organizacije u Republici Srbiji*, Zbornik br. 3, Kriminalističko policijska akademija, Beograd 2014, 47-54.

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

Direktora policije postavlja Vlada na pet godina, na predlog ministra, po sprovedenom javnom konkursu i na način predviđen propisima o radnim odnosima koji važe za MUP (član 149, stav 1). Isto lice može biti direktor najviše u dva mandata (u Zakonu se pogrešno kaže „direktor policije može biti izabran u najviše dva mandata“), što je takođe rešenje iz uporednog policijskog zakonodavstva. Ograničavanje na najviše dva mandata utvrđeno je u cilju izbegavanja personalizovanja funkcije i sprečavanja korupcije. Međutim, Zakon sadrži potpuno izlišne odredbe o prestanku mandata direktora. Naime, članom 149, stav 4 predviđeno je da „Mandat direktora policije prestaje protekom vremena na koje je izabran (trebalo je reći postavljen, *prim. autora*), prestankom ispunjavanja uslova za izbor direktora policije, prestankom radnog odnosa po sili zakona i iz drugih razloga u skladu sa zakonom, ostavkom ili razrešenjem“. Sve ovo je nešto što se po sebi podrazumeva i što je već predviđeno službeničkim ili radnim pravom koje se supsidijarno i rezidualno primenjuje na sve policijske službenike, pa i na direktora. Stoga su citirane odredbe suvišne. Tako istekom mandata funkcija prestaje, a akt koji se tim povodom donosi ima deklarativno dejstvo, njime se samo konstatuje da je zakonsko trajanje mandata isteklo, tj. da je nastupio zakonski uslov. Zatim, ukoliko nastupi situacija da direktor više ne ispunjava neki od zakonskih uslova, budući da i on kao policijski službenik mora sve vreme trajanja radnog odnosa ispunjavati i posebne uslove za zasnivanje radnog odnosa iz Zakona o policiji i Pravilnika o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta, prestaje mu radni odnos, time i mandat. Dalje, prestankom radnog odnosa po sili zakona, po prirodi stvari prestaje i mandat direktoru. Najzad, ostavka je izjava volje koja je osnov za donošenje akta o njenom usvajanju, a taj akt ima deklarativno dejstvo, jer se njime samo konstatuje da se ostavka usvaja.

Budući da na predlog ministra unutrašnjih poslova Vlada postavlja direktora policije, ona ga, na obrazložen predlog ministra može i razrešiti. Stoga su odredbe o petogodišnjem trajanju mandata puko ograničavanje mandata, jer mandat može trajati i kraće. Pojedini autori, pozivajući se na član 149, stav 5 Zakona tvrde da je ministar ovim zakonom dobio ovlašćenje da predloži razrešenje direktora policije i pre isteka mandata od pet godina<sup>15</sup>, kao da takvo ovlašćenje nije postojalo ranije.<sup>16</sup> Istina, Zakon o policiji iz 2005. godine nije sadržao takve odredbe, ali objektivno za tim nema ni potrebe. Naime, direktoru je mogao prestati rad na položaju i razrešenjem po Zakonu o državnim službenicima, koji se supletorno primenjuje i na službenike na položaju u policiji, dakle i na direktora policije. Stoga su odredbe o mogućnosti razrešenja direktora na predlog ministra iz člana 149, stav 5 Zakona o policiji izlišne (član 250 Zakona predviđa supsidijarnu primenu propisa o državnim službenicima, o radu i Zakona o opštem upravnom postupku).

<sup>15</sup> Vid. *Predgovor Zakona o policiji*, 13.

<sup>16</sup> Takav stav zastupaju autori predgovora Zakona o policiji: Dobrosav Milovanović, Zorica Vukašinović-Radojičić, Božidar Otašević, Saša Marković. V. *Predgovor Zakona o policiji*, 13.

## 5. POLICIJSKE MERE I RADNJE I POLICIJSKA OVLAŠĆENJA

Za razliku od Zakona iz 2005. godine, u ovom zakonu izvršena je drugačija sistematika materije o policijskim ovlašćenjima. Preciznije, neka ranija policijska ovlašćenja, uz nekoliko novih, sada su uređena kao policijske mere i radnje (član 47), a to su: zaštita oštećenih krivičnim delom i drugih lica; zaštita podataka o identitetu; policijsko opazanje, opserviranje; posebne mere za obezbeđenje javnog reda; snimanje na javnim mestima; policijska pomoć u izvršenjima; poligrafsko ispitivanje; prijem prijava o učinjenom krivičnom delu i prekršaju; traganje za licima i predmetima; mere ciljane potrage; mere za otklanjanje neposredne opasnosti; kriminalističko forenzička registracija, uzimanje drugih uzoraka i kriminalističko forenzička veštačenja i analize; javno raspisivanje nagrade. Pri tom, Zakon sadrži odredbe koje ranije nije imao, a odnose se na službene radnje pre i posle pružene policijske pomoći u izvršenjima i postupcima vansudskog namirenja (član 55), pružanje pomoći zdravstvenim radnicima (član 56), kriminalističko forenzičku registraciju, uzimanje drugih uzoraka, kriminalističko forenzička veštačenja i analize (član 62), postupanje prema licima koja uživaju diplomatsko-konzularni imunitet (član 71).<sup>17</sup>

Policijska ovlašćenja nabrojana su metodom enumeracije u članu 64, pri čemu njihov broj nije konačan, jer policijski službenici u statusu ovlašćenih službenih lica primenjuju policijska ovlašćenja iz Zakona o policiji, ZKP-a, Zakona o prekršajima i drugih zakona. Pri tom, primena ovlašćenja prema maloletnim licima je drukčije predviđena, u smislu da samo prikupljanje (traženje) obaveštenja u svojstvu građanina i saslušanje maloletnika u svojstvu osumnjičenog primenjuje policajac za maloletnike, dok sva ostala policijska ovlašćenja primenjuju svi policijski službenici (trebalo je reći u statusu OSL, jer policijske poslove ne obavljaju policijski službenici u statusu PD). Propust je zakonodavca što je *de jure* ukinuo policijsko ovlašćenje zadržavanja lica, tako što upućuje na primenu odnosnih odredaba iz drugih zakona, u zavisnosti od postupka koji se primenjuje. Policijskim ovlašćenjima pridodata su i nova: utvrđivanje prisustva alkohola i/ili psihoaktivnih supstanci (član 101); vršenje bezbednosnih provera (član 102); prijem nađenih stvari (član 103). Kada je reč o upotrebi sredstava prinude pridodati su: upotreba raspršivača sa nadražujućim sredstvom, elektromagnetna sredstva (elektrošoker i električna palica) i upotreba vatrenog oružja prema vozilu u pokretu (član 111, 112, 126). Kod upotrebe vatrenog oružja kao sredstva prinude Zakon je ukinuo posebne situacije koje je sadržao raniji Zakon, ali je uslov postojanja neposredne opasnosti po život zamenjen uslovom ugrožavanja života ili čak mogućnošću ugrožavanja života (član 124, stav 1 i 2). U ovom delu Zakon sadrži

---

<sup>17</sup> S. Miletić, 2.



redaktorske propuste, primera radi u članu 64 navodi se ovlašćenje prikupljanje obaveštenja (tačka 6), a u članu 91 uređuje se traženje obaveštenja, pri čemu je izostavljeno jemstvo u pogledu zaštite ljudskih prava koje se odnosi na zabranu ponovnog pozivanja lica koje odbije da pruži obaveštenje (takve odredbe izostavljene su i kod pozivanja). Takođe, odredbe o traženju obaveštenja preširoko su formulisane, bez određivanja granica ovlašćenja, budući da nije određeno o kojim krivičnim i prekršajnim delima je reč. Dalje, ovlašćenje pregleda objekata, sredstava, prostora i dokumentacije i kontradiverzionog pregleda (član 95) izostavljanjem bliže odrednice koja se odnosi na prostor, npr. službeni prostor i sl, je prošireno i na stambeni prostor, te se opravdano otvara dilema o usklađenosti ovog zakonskog rešenja sa Ustavnim jemstvom o nepovredivosti stana (član 40 Ustava).<sup>18</sup>

## 6. KARIJERNI SISTEM NAPREDOVANJA POLICIJSKIH SLUŽBENIKA

Budući da službenici obavljaju službu kao svoju profesiju, kao svoje stalno zanimanje, karijerno napredovanje se smatra obeležjem službeničkih odnosa. Napreduje se u okviru svakog radnog mesta, tako što se stiče više zvanje/čin, propisano Aktom o unutrašnjem uređenju ili tako što se menja radno mesto, u skladu sa stručnim kvalifikacijama i radnim sposobnostima. U tom smislu, Zakon donosi izvesne novine, a to je, može se reći, bila najslabija tačka ranijeg zakona. U stvari, organizaciona jedinica za kadrove nije uspela da uspostavi praćenje kretanja policijskih i drugih službenika u karijeri. Ipak, ne mogu se nedostaci sistema napredovanja prevaliti samo na prethodni zakon, čija su rešenja imala svoju svrhu u vremenu u kojem su se primenjivala. Naime, zvanja (i činovi) su samo službena obeležja čija je svrha napredovanje u policiji. Sistem zvanja, odnosno činova bio je dosta elastičan, ali istovremeno i dovoljno čvrst. U prilog elastičnosti sistema idu činjenice o postojanju po šest zvanja (činova) u okviru svake stručne spreme, bila je obezbeđena kompatibilnost u slučaju promene statusa, ocenjivanje je uzimano u obzir za sticanje višeg zvanja, ali ne rigidno, bilo je obezbeđeno prevremeno i vanredno napredovanje, a ti mehanizmi nisu baš najadekvatnije korišćeni u praksi. S druge strane, određivanjem zvanja u rasponu (od najmanje dva do najviše šest) za svako radno mesto, kao i kumulativno zahtevanje svih uslova za sticanje višeg zvanja (čina), činilo je sistem i dovoljno čvrstim. Rečju, težište je na obavljanju poslova i zadataka u okviru radnih mesta, primarna su radna mesta, a ne zvanja. Tako je bilo moguće da načelnik ili drugi rukovodilac ima niže zvanje (čin) od nekog izvršioca u organizacionoj jedinici kojom rukovodi.

<sup>18</sup> O nepovredivosti stana vid. Darko Simović, Dragutin Avramović, Radomir Zekavica, *Ljudska prava*, Beograd 2012, 190-192; Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2012, 300-305.

Uopšteno posmatrano, novi zakon sistem zvanja približava opštem upravnom pravnom režimu. Za policijske službenike u statusu OSL i pripadnike vatrogasno spasilačkih jedinica Zakon predviđa po tri čina sa završenom srednjom stručnom spremom i prvim stepenom visokog obrazovanja, i šest činova sa drugim stepenom visokog obrazovanja, dok su za policijske službenike u statusu lica na posebnim dužnostima predviđena zvanja. Zakonodavac predviđa rigidan sistem za napredovanje, budući da se napredovanje može ostvariti na osnovu trogodišnje prosečne ocene koja ne može biti niža od „ističe se – 4“ (član 167). Isto tako, radni odnos prestaje policijskom službeniku, odnosno ostalim zaposlenim, voljom poslodavca „ako je dva puta uzastopno ocenjen negativnom ocenom – „nedovoljan – 1“ (član 172). Pri tom, propust je zakonodavca što Zakonom nisu utvrđena bliža merila za ocenjivanje rezultata rada i karijerno napredovanje, u oblasti upravljanja kadrovima, već je to prepušteno podzakonskoj regulativi.

## 7. UMETO ZAKLJUČKA

Iako nomotehnički i redaktorski manjkav, Zakon o policiji, u osnovi, znači ne sasvim, predstavlja delotvoran pravni okvir za obavljanje pre svega policijskih i sa njima povezanih drugih poslova. Antinomija između ove dve međusobno suprotstavljene teze bazira se na analizi (najznačajnijih) normativnih rešenja Zakona o policiji od 2016. godine.

*Materia legis* ovog i prethodnog zakona u velikoj meri se poklapaju. Stoga, u sadržinskom smislu nije reč o novom zakonu, već o unekoliko korigovanoj verziji prethodnog zakona. Nova rešenja odnose se na novi sistem upravljanja Policijom i kadrovima u MUP-u. U tom smislu, redefinisani su poslovi Ministarstva, a ministar je dobio nova ovlašćenja u skladu sa Ustavom utvrđenom ministarskom odgovornošću. Direktor policije, organizaciona jedinica za upravljanje kadrovima, za unutrašnju kontrolu rada (SUK), kao i druge organizacione jedinice dobile su nove obaveze i veću odgovornost. U pojedinim pitanjima radnopravnog statusa zaposlenih Zakon, čini se, ne uvažava dovoljno osobenosti policije u odnosu na opšti upravno-pravni režim državne uprave. S druge strane, Zakon sadrži i pojedina „originalna“ rešenja koja odudaraju od poslova državne uprave, kao, primeira radi, da se MUP bavi naučno-istraživačkim radom (član 133, stav 4).

Najveća očekivanja od Zakona su u delu koji se odnosi na upravljanje kadrovima u policiji, praćenje karijernog razvoja zaposlenih, kroz ocenjivanje rezultata rada, stručno usavršavanje i druge obuke. Upravo taj deo Zakona, čini se, previše je rigidan, nedorečen, pospešuje administriranje i značajno povećava troškove, a zamagľuje osnovnu i najvažniju misiju policije – bezbednost građana i njihove imovine. I kao najbitnije, usled nedostatka jasnih i čvrstih zakonskih merila, ostavlja se prostor za arbitrarnost u ostvarivanju funkcije upravljanja kadrovima.



Kvalitet ovog zakona oceniće vreme njegovog važenja i kapacitet primene. Pravilo je da se dobri zakoni dugo primenjuju, a oni loši menjaju se odmah po donošenju, a najlošiji, preuzeti i „pozajmljeni“, koji ne odgovaraju društvenim uslovima i ne otpočnu nikad život, ostaju mrtvo slovo na papiru. Činjenica je da su nomotehnički propusti, nepažnja, nemar, neprecizno razdvajanje policijskih, unutrašnjih i drugih poslova, pokatkad i čini se namerne neusaglašenosti odredaba o bitnim pojmovima i kategorijama, prosto stil ovog zakona. Tako Policija kao institucija i građani zbog kojih policija i (treba da) postoji, nisu dobili pažnju kakvu zaslužuju. Propuštena je prilika da se u pravom smislu reči donese osavremenjen zakon, od kojeg bi se računao „novi period“ u zakonskom normiranju policije.

*Sreten M. Jugović, Ph.D., Full Professor,  
Academy of Criminalistic and Police Studies  
Belgrade  
sreten.jugovic@kpa.edu.rs*

*Darko Z. Simović, Ph.D., Full Professor,  
Academy of Criminalistic and Police Studies  
Belgrade  
darko.simovic@kpa.edu.rs*

## **The Police Act of the Republic of Serbia of 2016 – a Critical View**

**Abstract:** *Despite the prevailing view to the contrary, the Police Act of 2016 cannot be said to be a completely new law in the material sense. The manner in which it regulates the major concepts and institutions suggests that it is an amended and supplemented version of the Police Act of 2005. The actual reasons for the enactment of the ‘new’ law concern the legal employment status of employees of the Ministry of Interior, as well as the reduction of the internal affairs staff. The greatest expectations from the Act are in the part relating to the police staff management, monitoring of employees’ career development, through performance assessment, professional development and other trainings. Although with nomotechnic and editorial shortages, the Police Act, basically, represents an effective legal framework for the performance of, primarily, policing and other related duties.*

**Key words:** *Police; Ministry of Interior; Career development; Human Rights.*

Datum prijema rada: 18.06.2016.

*Dr Tatjana D. Bugarski, vanredni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

## ZAHTEV ZA ZAŠTITU ZAKONITOSTI<sup>1</sup>

**Sažetak:** Autor je u ovom radu pažnju posvetio zahtevu za zaštitu zakonitosti kao vanrednom pravnom leku koji je značajno modifikovan poslednjim Zakonom o krivičnom postupku (2011). Ovaj vanredni pravni lek predstavlja instrument koji obezbeđuje vladavinu prava u krivičnom postupku i svojevrsnu branu zakonitosti i ustavnosti postupanja i odluka pravosudne vlasti. Kao značajan mehanizam otklanjanja nezakonitosti u krivičnom postupku, pa i nezakonitosti u vezi sa izvođenjem dokaznih radnji, autor je pažnju posvetio analizi pozitivno-pravnih rešenja u našem krivičnoprocesnom zakonodavstvu u vezi sa zahtevom za zaštitu zakonitosti i poređenju sa pojedinim uporednopravnim rešenjima. Posebnu pažnju autor je posvetio izvesnim spornim pitanja u vezi sa ovim vanrednim pravnim lekom, kao i sudskoj praksi.

**Ključne reči:** krivični postupak, dokazne radnje, pravni lekovi, zahtev za zaštitu zakonitosti.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Osnovni cilj krivičnog postupka je da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka (član 1. stav 1 ZKP<sup>2</sup>). Odluka koju organ postupka donosi mora biti zasnovana na tačno i pravilno utvrđenim činjenicama. U tom smislu, posebno značajnu ulogu u postupku imaju dokazne radnje koje moraju biti zakonito i pravilno sprovedene, a da bi se na njima zasnovala sudska odluka. Poslednja brana zakonitosti u krivičnom po-

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat istraživanja u 2015. godini u okviru rada na Projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu.

<sup>2</sup> Zakonik o krivičnom postupku (dalje u tekstu ZKP), Službeni glasnik RS broj 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

stupku izvedenih dokaznih radnji i zakonitosti odluka zasnovanih na njima je vanredni pravni lek zahtev za zaštitu zakonitosti. Ovo je izuzetno značajan vanredni pravni lek jer ima za cilj očuvanje zakonitosti postupka i odluka koje se u njemu donose. Zahtev za zaštitu zakonitosti je jedan od dva vanredna pravna leka predviđena poslednjim ZKP-om. Do 2011. godine postojao je još jedan vanredni pravni lek koji se zvao zahtev za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude, a koji je bio predviđen prethodnim Zakonikom o krivičnom postupku (2001)<sup>3</sup>. Međutim, on je ukinut, a zahtev za zaštitu zakonitosti je značajno izmenjen iz razloga što je sada trebao da nadomesti ovu zakonsku prazninu, pa je postao modifikovani surogat ukinutom vanrednom pravnom leku. Ovakvo zakonsko rešenje je bilo logična posledica decenijske tradicije po kojoj je zahtev za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude bio vrsta pandana zahtevu za zaštitu zakonitosti u rukama okrivljenog, dok je zahtev za zaštitu zakonitosti bio tradicionalno u rukama javnog tužioca. Radikalna zaokret u zakonodavstvu u navedenom smislu je doveo u pitanje opravdanost pojedinih novih zakonskih rešenja u vezi sa zahtevom za zaštitu zakonitosti. Vanredni pravni lek zahtev za zaštitu zakonitosti je glavna brana zakonitosti i ustavnosti postupanja i odluka pravosudne vlasti<sup>4</sup>. Tim pre je značaj ovog pravnog leka izuzetno velik kada se ima na umu da je načelo zakonitosti jedno od osnovnih načela na kojima počiva faktički i naučni pravni sistem.<sup>5</sup> Ipak, i pored nesumnjivog značaja ovog vanrednog pravnog leka, poslednja zakonska rešenja relativizuju i njegovu ulogu i njegov cilj.

## 2. DOZVOLJENOST PODNOŠENJA ZAHTEVA ZA ZAŠTITU ZAKONITOSTI I NJEGOVE OSNOVNE KARAKTERISTIKE

Zahtev za zaštitu zakonitosti je vanredan, devolutivan i nesuspendivan pravni lek koji se izjavljuje samo po pravnom osnovu (i pri tome ima oba zaštitna svojstva prema okrivljenom: *beneficium cohesionis* (privilegija združivanja) i *reformatio in peius* (zabrana preinačenja na gore) i predstavlja svojevrsni instrument za obezbeđenje vladavine prava predviđene Ustavom Republike Srbije<sup>6</sup>.

Zahtev za zaštitu zakonitosti je **vanredni pravni lek** koji se može izjaviti protiv pravnosnažne odluke javnog tužioca ili suda ili zbog povrede odredaba postupka koji je prethodio njenom donošenju. Mogućnost izjavljivanja vanrednog pravnog leka je izuzetak od pravila *res judicata* (presuđena stvar) koji predstavlja

---

<sup>3</sup> Službeni list SRJ broj 70/2001 i 68/2002 i Službeni glasnik RS broj 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr.zakon, 49/2007, 20/2009 – dr.zakon i 72/2009.

<sup>4</sup> M. Škulić, T. Bugarski, *Krivično procesno pravo*, Novi Sad 2015, str. 526.

<sup>5</sup> Videti: G.Vukadinović, *Načela pravnog sistema*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu broj 4/2014, str. 26.

<sup>6</sup> Videti član 3. stav 2 Ustava RS, Službeni glasnik RS broj 98/2006.

temeljni princip i instrument za obezbeđenje pravne sigurnosti s obzirom na to da svaka pravnosnažna odluka stiče svojstvo presuđene stvari, čime postaje istinita i konačna, i o istoj krivičnoj stvari na koju se odluka odnosi više se ne raspravlja (*ne bis in idem*). Zahtev za zaštitu zakonitosti daje mogućnost ponovnog ispitivanja krivičnog slučaja koji je završen, odnosno okončan pravnosnažnom odlukom, uključujući i ponovno otvaranje krivičnog postupka, ukoliko je pravnosnažna odluka nezakonita. Svaka država samostalno određuje ovakve mogućnosti ulaganja vanrednih pravnih lekova u kojima obezbeđenje ljudskih prava i efektivna primena sudskih odluka ima pretežniji interes u odnosu na princip *res judicata*, naročito u odnosu na pravnu sigurnost, pri tom ne dovodeći u pitanje značaj ovog principa.<sup>7</sup> I prema praksi Evropskog suda za ljudska prava (ESLjP) smatra se da je sasvim zadovoljavajući način ispravljanja povrede zahteva iz člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, ponovno otvaranje postupka okončanog pravnosnažnom sudskom presudom.<sup>8</sup> Mogućnost da se zakonom predvide izuzeci od pravila *ne bis in idem* predviđena je i članom 4. stav 2. Protokola 7<sup>9</sup>. Princip pravne sigurnosti se obezbeđuje na taj način što u slučaju da dođe do ponavljanja postupka po vanrednom pravnom leku, načelo *ne bis in idem* i *res judicata* štite okrivljenog u odnosu na koga je doneta pravnosnažna odluka koja je povoljna za njega, u smislu da ta odluka ne može da se promeni na štetu okrivljenog, već samo u njegovu korist. U postupku po vanrednom pravnom leku, od trenutka kada se postupak obnovi zaštitni mehanizmi iz člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima primenjuju se na celokupan sudski postupak.<sup>10</sup>

Zahtev za zaštitu zakonitosti se može podneti protiv svih odluka donetih u predistražnom postupku i u krivičnom postupku, osim protiv odluke Vrhovnog kasacionog suda koja je doneta povodom izjavljenog zahteva za zaštitu zakonitosti. Interesantno je pomenuti da je još na XIII Zajedničkoj sednici Saveznog suda i vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 25. i 26.10.1979, usvojen načelni stav prema kome se zahtev za zaštitu zakonitosti ne može podneti protiv odluka donetih o zahtevu za zaštitu zakonitosti.<sup>11</sup> Osim pravnosnažnih odluka javnog tužioca i suda, ovim vanrednim pravnim lekom se mogu pobijati i postupci koji su prethodili donošenju tih odluka, iako na njemu nije zasnovana

<sup>7</sup> Videti: Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805e2f06](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2f06)

<sup>8</sup> Videti: *Sejdovic v. Italy*, Application no. 56581/00, par.126.

<sup>9</sup> Konvencija o ljudskim pravima sa izmenama predviđenim Protokolima 11. i 14. i sa Protokolima 1, 4, 6, 7, 12 i 13, str 44, [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SRP.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf)

<sup>10</sup> Videti: *Vanyan v. Russia*, Application no. 53203/99, par.56

<sup>11</sup> J.Pavlica, M.Lutovac, Zakon o krivičnom postupku u praktičnoj primeni, Beograd 1985, str. 601.

sama odluka, osim postupka koji je pred Vrhovnim kasacionim sudom prethodno njenom donošenju. Ovaj izuzetak je uveden iz razloga da se ne dopusti ponavljanje zahteva za zaštitu zakonitosti neograničen broj puta. Zahtevom za zaštitu zakonitosti se mogu pobijati nezakonite odluke suda ili javnog tužioca, kao i postupci koji su im prethodili, a čija nezakonitost je rezultat neprimene ili pogrešne primene materijalnog ili procesnog prava, pri čemu je irelevantno da li je povreda od bitnog značaja za odluku pravosudnog organa ili je mogla uticati na pravilnu i zakonitu odluku. Ono što je važno istaći je to da se ovaj vanredni pravni lek ne može koristiti ukoliko se nezakonitost navedenih odluka ili postupaka koji su im prethodili može pobijati nekim drugim pravnim sredstvima.<sup>12</sup> Takođe je potrebno istaći da nije dozvoljen zahtev za zaštitu zakonitosti protiv odluke javnog tužioca da ne podnese zahtev za zaštitu zakonitosti na inicijativu okrivljenog.<sup>13</sup>

Prema ZKP-u zahtev za zaštitu zakonitosti se može podneti protiv *svake* pravnosnažne odluke suda ili tužioca. Međutim, u praksi Republičkog javnog tužilaštva (ovde je potrebno naglasiti da se ne radi o obaveznom uputstvu RJT) pojam *svake pravnosnažne odluke* suda ili tužioca je sužen na tzv. materijalne odluke, dok su isključene procesne odluke (kao na primer rešenje o ukidanju prvostepene presude kojim se predmet upućuje prvostepenom sudu na ponovno suđenje<sup>14</sup>).<sup>15</sup> Kao prvo pitanje koje se ovde može postaviti jeste tužilačka klasifikacija rešenja kao sudske odluke koja se smatra procesnom. Sudska odluka je procesna radnja koja predstavlja izjavu volje nadležnog suda o primeni pravnih pravila sadržanih u apstraktnim pravnim noramama na konkretno činjenično stanje radi stvaranja određenih pravnih efekata. Odluka suda kao silogizam ima dve premise, gornju i donju, pri čemu je gornja premisa apstraktna pravna norma, a donja premisa (izreka) zaključak koji predstavlja volju i zapovest suda kao predstavnika državne vlasti o primeni prava na određenu činjeničnu situaciju. Sud je obavezan da pravilno i istinito utvrdi sadržaj obe premise, a da bi njegova odluka bila isprav-

---

<sup>12</sup> Tako i V.Đurđić, *Krivično procesno pravo – posebni deo*, Niš 2011, str. 224.

<sup>13</sup> Rešenje Vrhovnog Kasacionog suda Kzz. 457/14 od 22. maja 2014. i obaveštenje Republičkog javnog tužioca KTZ.br. 983/13 od 07. marta 2014. godine, Bilten Višeg suda u Beogradu, broj 86, Intermeks, Beograd, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/46452>

<sup>14</sup> Iz obrazloženja Republičkog javnog tužilaštva da nema mesta zahtevu za zaštitu zakonitosti (dopis KTZ 335/13 od 08.04.2013): „...Prilikom donošenja odluke o inicijativi za podizanje zahteva za zaštitu zakonitosti imao sam u vidu nepodeljen stav sudske prakse da se protiv odluke kojom se ukida prvostepena presuda ne može podići zahtev za zaštitu zakonitosti. Stav sudske prakse je, po mom uverenju, ispravan jer se odlukom o vraćanju predmeta na ponovno suđenje određuje način postupanja pred sudom tako da takva odluka, sa materijalne strane gledano, ne predstavlja pravosnažnu odluku u krivičnom postupku.“ (VSJ Kzz 8/58, VSS Kzz 35/72 i dr. Videti: S. Petrović, P. Četković, O vrsti pravnosnažnih odluka protiv kojih se može podnositi zahtev za zaštitu zakonitosti, iz Biltena Višeg suda u Beogradu, broj 84, Intermeks, Beograd, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/42264>

<sup>15</sup> O ovome videti: S. Petrović, P. Četković, op.cit., <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/42264>

na u logičkom smislu, odnosno pravilna i zakonita.<sup>16</sup> Interesantno je da i praksa Vrhovnog kasacionog suda na izvestan (posredan) način podržava navedeni stav Republičkog javnog tužilaštva<sup>17</sup> prema kojoj je povredu postupka i odluku donetu suprotno odredbi ZKP-a o ukidanju prvostepene presude nakon što je ona već jedanput ukinuta, moguće otkloniti jedino zahtevom za zaštitu zakonitosti. Obrazlažući svoj stav, Vrhovni kasacioni sud je istakao da „Rešenje o drugom ukidanju prvostepene presude, za razliku od rešenja kojim se ono prvi put ukida (i rešenja o ukidanju drugih prvostepenih odluka kod kojih ne postoji ograničenje broja ukidanja), ima i formalnu i materijalnu pravosnažnost, dakle ispunjava sve uslove se protiv njega može izjaviti zahtev za zaštitu zakonitosti.<sup>18</sup> Na ovaj način se veštački pokušava povući crta između prvog i drugog ukidajućeg rešenja sa pozivom na to da prvo rešenje nema materijalnu pravosnažnost, jer se posle njega može voditi prvostepeni postupak, pa se stoga protiv njega ne može ni podizati zahtev za zaštitu zakonitosti.<sup>19</sup> Ovakav stav Vrhovnog kasacionog suda ne može se smatrati prihvatljivim jer bi on mogao konkludentno da dovede do stanovišta da se zahtev za zaštitu zakonitosti ne može podneti ni protiv jedne naredbe koje, po pravilu, deluju samo na određenu procesnu situaciju. Osim toga, sam zakonodavac je vrlo jasan kada je rekao *svih odluka*. Takva jezička formulacija ne ostavlja prostora za proizvoljnu selekciju odluka od strane pravosudne prakse protiv kojih može, odnosno ne može da se izjavi zahtev za zaštitu zakonitosti.

U pogledu dozvoljenosti ulaganja zahteva za zaštitu zakonitosti slična rešenja postoje i u bivšim državama SFRJ. Prema Zakoniku o krivičnom postupku Crne Gore<sup>20</sup> (član 437. stav 1) zahtev za zaštitu zakonitosti se može izjaviti protiv pravosnažnih sudskih odluka i protiv sudskog postupka koji je prethodio tim pravosnažnim odlukama, osim protiv presude koju je povodom zahteva za zaštitu zakonitosti doneo Vrhovni sud (član 439. stav 2). U Zakonu o krivičnom postupku Slovenije<sup>21</sup> (član 420) zahtev za zaštitu zakonitosti se može podneti protiv pravosnažne sudske odluke kojom je okončan krivični postupak, kao i protiv druge odluke ukoliko je za očekivati da Vrhovni sud donese odluku o nekom važnom pravnom pitanju kojom se obezbeđuje pravna sigurnost, jedinstvena primena zakona i sudska praksa, kao i protiv sudskog postupka koji je prethodio

<sup>16</sup> D.Krapac i suradnici, *Kazneno procesno pravo* (Prva knjiga: Institucije), Zagreb 2015, str. 289.

<sup>17</sup> Odluka VKS Kzz br. 91/11 od 28.12.2011. godine i stav Krivičnog odeljenja VKS na sednici od 03.11.2011. godine, B.Cvetković, *Zahtev za zaštitu zakonitosti – praktična primena i sporna pitanja u sudskoj praksi*, Bilten Vrhovnog kasacionog suda br. 2/2012, str 17.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Petrović S, Četković P, *op.cit*.

<sup>20</sup> Službeni list Crne Gore broj 57/09.

<sup>21</sup> Zakon o kazenskom postupku, uradno prečišćeno besedilo (ZKP-UPB8), <https://www.uradni-list.si/1/content?id=108445>



donošenju pravnosnažne odluke. Dozvoljenost podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti je uže postavljena u Zakonu o kaznenom postupku Hrvatske<sup>22</sup> (član 509) gde je zahtev za zaštitu zakonitosti moguće podneti protiv pravnosnažnih sudskih odluka i u Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske<sup>23</sup> (član 349) gde je ovaj vanredni pravni lek moguće izjaviti samo protiv pravnosnažnih presuda.

Zahtev za zaštitu zakonitosti je *nepotpun pravni lek* što znači da se ne može pobijati i po pravnom i po činjeničnom osnovu, već isključivo po pravnom osnovu.

Zahtev za zaštitu zakonitosti je *nesuspenzivan pravni lek*. Izuzetno, Vrhovni kasacioni sud može, s obzirom na sadržaj zahteva, da odredi da se izvršenje pravnosnažne presude odloži, odnosno prekine. Takođe, prema Zakonu o javnom tužilaštvu<sup>24</sup> (član 27. i 28) javni tužilac može da zahteva odlaganje ili prekid izvršenja odluke kada smatra da postoje razlozi za pobijanje sudske odluke zahtevom za zaštitu zakonitosti kao vanrednim pravnim lekom. U slučaju da se ovaj zahtev usvoji, odlaganje ili prekid izvršenja traje do donošenja odluke o zahtevu za zaštitu zakonitosti koji je podneo Republički javni tužilac. Ova odluka prestaje da važi u slučaju da javni tužilac u roku od 30 dana od dana prijema ne uloži zahtev za zaštitu zakonitosti. Prema ZKP-u Crne Gore (član 440. stav 4) Vrhovni sud može, s obzirom na sadržaj zahteva odrediti da se odloži, odnosno prekine izvršavanje pravnosnažne sudske odluke. U ZKP-u Slovenije (član 423. stav 4) u zavisnosti od sadržaja zahteva, Vrhovni sud može odrediti da se izvršenje pravnosnažne sudske odluke odloži ili prekine. Isto rešenje sadržano je i u ZKP-u Hrvatske (član 510. stav 5) do donošenja odluke o zahtevu za zaštitu zakonitosti, kao i u ZKP-u Republike Srpske (član 352. stav 3).

Zahtev za zaštitu zakonitosti je *devolutivan pravni lek* što znači da o njemu odlučuje sud više instance u odnosu na sud koji je doneo odluku koja se pobija ili pred kojim je sproveden postupak koji je prethodio odluci. O zahtevu odlučuje Vrhovni kasacioni sud u veću od pet sudija po pozivu. O zahtevu koji je podnet zbog povrede zakona, Vrhovni kasacioni sud će odlučivati samo ukoliko smatra da je reč o pitanju od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava. Na ovaj način je zakon dao mogućnost sudu da vrši selekciju slučajeva o kojima će odlučivati u meritumu pa se može postaviti pitanje delotvornosti ovog pravnog leka, odnosno preciznije rečeno selektivne delotvornosti. Iako se zahtev za zaštitu zakonitosti može podneti zbog bilo koje povrede zakona, Vrhovnom kasacionom sudu je dato pravo da odbaci zahtev ukoliko smatra da je reč o pitanju koje nije od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava. Ovo zakonsko rešenje se

---

<sup>22</sup> Narodne novine broj 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14.

<sup>23</sup> Službeni glasnik Republike Srpske broj 100/09.

<sup>24</sup> Službeni glasnik RS broj 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 38/2012 – odluka US, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – odluka US i 117/2014.



smatra spornim i predmet je brojnih, sasvim opravdanih kritika, jer se prema ovoj odredbi, uslovno rečeno, prihvataju kao dozvoljene nezakonite odluke ili postupci, što je sa stanovišta pravnog poretka nedospustivo. Vrhovni kasacioni sud bi trebao o svakom zahtevu za zaštitu zakonitosti da donese odluku, a od Republičkoj javnog tužioca može da zavisi da li će i zbog kojih povreda podneti zahtev, što bi trebao da učini uvek kada nađe da ga, s obzirom na značaj povrede i druge okolnosti, treba podići. To neće učiniti u slučaju beznačajne povrede, ili ako je o takvoj povredi Vrhovni kasacioni sud već zauzeo stav, ali bi ga mogao uložiti ako zahtev treba da proizvede praktično važne promene u položaju okrivljenog. Osim toga, navedenim zakonskim rešenjem dovodi se u pitanje i sama svrha zahteva za zaštitu zakonitosti. Ako sud konstatuje da je u pitanju takva povreda prava, on će u sednici veća rešenjem odbaciti zahtev za zaštitu zakonitosti, a on će tako postupiti i ako je povreda učinjena na štetu optuženog, što se kosi sa dosadašnjom praksom Republičkog javnog tužioca, koji je ovim pravnim lekom uvek reagovao na povredu zakona učinjene na štetu optuženog.<sup>25</sup>

Takođe je veoma važno istaći da ovakvo rešenje ne poznaju Slovenija, Hrvatska, Crna Gora ni Republika Srpska.

### 3. LICA OVLAŠĆENA NA PODNOŠENJE ZAHTEVA ZA ZAŠTITU ZAKONITOSTI

Prema važećem ZKP-u, zahtev za zaštitu zakonitosti može podneti Republički javni tužilac, okrivljeni i njegov branilac, s tim da okrivljeni to može učiniti isključivo preko svog branioca. Ovakvim zakonskim rešenjem je obezbeđeno pravo na „jednakost oružja“ u krivičnom postupku, ali ipak se čini da se radi samo o prividnoj jednakosti jer je okrivljeni uslovljen na podnošenje ovog vanrednog pravnog leka isključivo preko branioca (član 483. stav 3). Ovako postavljen uslov za okrivljenog može dovesti u pitanje pravo okrivljenog na delotvoran pristup sudu<sup>26</sup> jer svaki okrivljeni koji želi da izjavi zahtev za zaštitu zakonitosti mora da angažuje branioca, pa se dovodi u pitanje i mogućnost ostvarivanja prava na pristup sudu (kao elementa prava na pravično suđenje). Iako je postavljanje određenih procesnih ograničenja i zahteva u krivičnom postupku opravdano jer se na taj način obezbeđuje efikasno vršenje pravosudne delatnosti, njima se ne smeju ograničiti ili onemogućiti osnovna prava, kao što je pravo na pristup sudu. Imajući u vidu činjenicu da se može desiti da okrivljeni usled nedostatka materijalnih sredstava ne može da obezbedi branioca za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti

<sup>25</sup> S.Brkić, Neusklađenost Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine sa drugim propisima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu broj 3/2014, str. 177.

<sup>26</sup> S obzirom na to da kod nas još nije izgrađen sistem besplatne pravne pomoći, a nije ni reč o obaveznoj stručnoj odbrani.

to može da predstavlja faktičku prepreku pristupu sudu. Pravo na pristup sudu je samo jedan aspekt prava koji je otelotvoren u pravu na pravično suđenje iz člana 6. EKLJP.<sup>27</sup> Tako da se može reći da pravo na pristup sudu predstavlja implicitan zahtev prava na pravično suđenje. Pravo okrivljenog lica na branioca je jedno od osnovnih njegovih prava i ono ne sme biti ograničeno na prvostepeni postupak, odnosno ukoliko je država u svojim propisima predvidela postojanje sudova drugog i trećeg stepena, okrivljenom se mora obezbediti pravo na branioca dokle god ima pravo na dostupno pravno sredstvo, odnosno i u postupku po svim pravnim lekovima koje ima pravo da iskoristi.<sup>28</sup> Ovo je posebno važno kada se radi o suštinskim pravnim pitanjima,<sup>29</sup> a zahtev za zaštitu zakonitosti se može izjaviti samo po pravnom osnovu i pri tome ima oba zaštitna svojstva prema okrivljenom *beneficium cohesionis* (privilegija združivanja) i *reformatio in peius*. Zbog toga obezbeđenje branioca okrivljenom u svim fazama postupka i u svim instancama nalažu interesi pravde.

Ovakvo rešenje po kojem se okrivljeni uslovljava da angažuje branioca ukoliko želi da izjavi ovaj vanredni pravni lek ne postoji ni u zakonodavstvu Republike Srpske (član 350) ni Slovenije (član 421) u kojima je predviđen širi krug lica ovlašćenih za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, gde su pored ovlašćenog javnog tužioca, okrivljenog i branioca, ovlašćena još i sva ona lica koja imaju pravo izjavljivanja žalbe u korist okrivljenog. Ova lica mogu da izjave zahtev za zaštitu zakonitosti samo posle smrti okrivljenog. U Crnoj Gori je, na primer, samo Vrhovno državno tužilaštvo ovlašćeno da podnese zahtev za zaštitu zakonitosti (član 437. stav 1), a okrivljeni i njegov branilac mogu samo pisanim i obrazloženim predlogom tražiti od Vrhovnog državnog tužilaštva da podigne zahtev za zaštitu zakonitosti, i to samo onaj okrivljeni koji je osuđen na безусловnu kaznu zatvora od jedne godine ili težu kaznu ili kaznu maloletničkog zatvora (član 438. stav 1). U hrvatskom zakonodavstvu pravo na podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti je ekskluzivno pravo glavnog državnog tužioca (član 509), iz razloga što i dalje postoji vanredni pravni lek zahtev za vanredno preispitivanje pravnosnažne presude, koji može za izjavi osuđeno lice i njegov branilac (član 518), ali ni kod ovog pravnog leka nema uslovljenosti osuđenog da samo preko branioca izjavi vanredni pravni lek.

*Ratio legis* postavljanja uslova za okrivljenog da zahtev za zaštitu zakonitosti može da podnese isključivo preko branioca može da predstavlja potreba da pred najvišim sudom, u postupku u kojem se raspravlja o povredi zakona ili ljudskog prava i slobode, ili njihovom uskraćivanju, okrivljenog zastupa pravno kvalifiko-

---

<sup>27</sup> Golder v. United Kingdom, Application no. 4451/70, par.36.

<sup>28</sup> Dovydas Vitkauskas Grigoriy Dikov Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Strasbourg, 2012, Chatellier v. France, §§34-43) Chatellier v. France, 31 March 2011, str.21.

<sup>29</sup> Pakelli v. Germany, Application no. 8398/78, par. 31-40.

vano lice<sup>30</sup>. Ipak, i pored ovog opravdanja, rešenje koje je predviđeno u Zakoniku u vezi sa braniocem ima svoje značajne nedostatke. Kao prvo, u članu 74. ZKP-a ovo nije navedeno kao slučaj obavezne odbrane, a što zapravo jeste slučaj. Procesna posledica toga je nemogućnost postavljanja branioca po službenoj dužnosti okrivljenom koji želi da izjavi zahtev za zaštitu zakonitosti. Ne čini se prihvatljivim objašnjenje da je razlog tome taj da „()... garancije prava na pravično suđenje važe do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka (ESLjP, Neumeister protiv Austrije, 1936/63, 27.jun 1968; Matznetter protiv Austrije, 2178/64, 10. Novembar 1979) i da odsustvo takve odredbe nije protivno standardima fer suđenja.“<sup>31</sup> Ovo iz razloga što je samim Ustavom RS (član 32)<sup>32</sup> predviđeno pravo na pravično suđenje bez limitiranja procesnog momenta do kada ono važi, a osim toga garancije pravičnog suđenja važe u celom krivičnom postupku koji se ne završava pravosnažnim okončanjem postupka. Sa druge strane, sasvim je opravdano da okrivljenog pred Vrhovnim kasacionim sudom zastupa branilac koji je kvalifikovan za to. Iz navedenih razloga se čini potrebnim da se zakonom ovaj slučaj predvidi kao kao slučaj obavezne odbrane, čime se okrivljenom pruža mogućnost da mu se postavi branilac po službenoj dužnosti.

Osim toga, uslovljavanje podnošenja Zahteva za zaštitu zakonitosti isključivo preko branioca može dovesti u pitanje delotvoran pristup sudu jer svaki okrivljeni koji želi da izjavi ovaj vanredni pravni lek mora da angažuje branioca, pa se dovodi u pitanje i mogućnost ostvarivanja prava na pristup sudu (kao elementa prava na pravično suđenje), iz razloga što nisu sva okrivljena lica u mogućnosti da o svom trošku angažuju branioca radi izjavljivanja ovog vanrednog pravnog leka. Kontekstualnim tumačenjem člana 6. EKLjP se došlo do zaključka da nedostatak pravne pomoći (iz materijalnih razloga) predstavlja praktičnu prepreku za pristup sudu, a ovo pravo je implicitno zahtevu prava na pravično suđenje.<sup>33</sup> Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, pravo na branioca se mora obezbediti okrivljenom i u postupku po pravnim lekovima<sup>34</sup>. Prema članu 6. EKLjP koji se odnosi na pravo na pravično suđenje, ne zahteva se od država da osnivaju apelacione i kasacione sudove. Međutim, ako je takav sistem uspostavljen, on se primenjuje dokle god postupak pred domaćim sudovima pruža podnosiocu predstavke dostupno pravno sredstvo pred višim sudom. Interesi pravde koji se moraju ispitati u svakoj fazi postupka, nalažu da se okrivljenom obezbedi pravna pomoć. Takođe, važno je ukazati i na

<sup>30</sup> Videti: Pakelli v. Germany, Application no.8398/78, Strasbourg 25 April 1983, <http://echr.ketse.com/doc/8398.78-en-19830425/view/>

<sup>31</sup> G. P. Ilić i drugi, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd 2012, str. 958.

<sup>32</sup> Službeni glasnik RS broj 68/2006.

<sup>33</sup> Videti: Golder v. United Kingdom, Application no. 4451/70, Strasbourg 21 February 1975, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57496&filename=001-57496.pdf>

<sup>34</sup> Videti: Chatellier c. France, Requête no. 34658/07, Strasbourg 31 mars 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/eng>

praksu ESLJP prema kojoj odbijanje odobravanja pravne pomoći u apelacionoj fazi postupka može biti neprihvatljivo u slučaju da iskrсну suštinska pravna pitanja.<sup>35</sup>

Lica ovlašćena na izjavljivanje zahteva za zaštitu zakonitosti mogu slobodno raspolagati svojim zahtevom u smislu da od njega mogu da odustanu, ali do donošenja odluke suda o postavljenom zahtevu.

#### 4. RAZLOZI ZA PODNOŠENJE ZAHTEVA

Zahtev za zaštitu zakonitosti mogu da podnesu samo ovlašćena lica protiv odluke javnog tužioca ili suda koja je pravnosnažna ili zbog povrede odredaba postupka koji je prethodio njenom donošenju ukoliko je (član 485 ZKP):

1. Povređen zakon (ako je pravnosnažnom odlukom ili u postupku koji je prethodio njenom donošenju povređena odredba krivičnog postupka ili ako je na činjenično stanje utvrđeno u pravnosnažnoj odluci pogrešno primenjen zakon);
2. Primenjen zakon za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima;
3. Povređeno ili uskraćeno ljudsko pravo i sloboda okrivljenog ili drugog učesnika u postupku koje je zajemčeno Ustavom ili Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnim protokolima, a to je utvrđeno odlukom Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava.<sup>36</sup>

Od tri vrste razloga za izjavljivanje zahteva za zaštitu zakonitosti, drugi i treći razlog su prethodnim Zakonikom o krivičnom postupku (2001) bili regulisani u okviru posebnih pravila o ponavljanju krivičnog postupka. Zahtev za zaštitu zakonitosti se ne može podneti zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja<sup>37</sup>, što znači da se kod zahteva za zaštitu zakonitosti sud mora držati stroge definicije pojma povrede zakona i samo onda kada je na činjenično stanje koje je utvrđeno u pravnosnažnoj presudi pogrešno primenjen zakon. U takvom slučaju ne može biti reči o povredi zakona sadržanoj u presudi, nego o eventualno nezakonitoj presudi, koji pojam je znatno širi od pojma povrede zakona i kao takav ne ulazi u razloge zbog kojih se ovaj vanredni pravni lek može podneti.

---

<sup>35</sup> Videti: *Pakelli v. Germany*, op.cit.

<sup>36</sup> Vrhovni kasacioni sud nije ovlašćen da po službenoj dužnosti tumači i ocenjuje o kojim se povredama Ustavom garantovanih prava okrivljenog radi u podnetom zahtevu za zaštitu zakonitosti, niti da ispituje po službenoj dužnosti da li postoji odluka Ustavnog suda o pitanju istaknutom u zahtevu za zaštitu zakonitosti. (Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. OK 2/2014 od 6.2.2014. godine)

<sup>37</sup> O ovome videti: Odluka VSRH Kzz 13/2001-2 od 28.07.2005, Bubalović T., *Pravni lijekovi u kaznenom postupkovnom pravu*, Rijeka 2011, str.268.

Republički javni tužilac zahtev za zaštitu zakonitosti može podneti zbog bilo koje povrede zakona, za razliku od okrivljenog koji to može učiniti samo kada su u pitanju taksativno određene povrede zakona učinjene u prvostepenom postupku i postupku pred apelacionim sudom.<sup>38</sup> Te povrede su sledeće (član 485. stav 4 ZKP)<sup>39</sup>: 1. Povrede učinjene u vezi sa obaveznom odbranom okrivljenog (član 74); 2. Apsolutno bitne povrede odredaba krivičnog postupka (član 438. stav 1. tačka 1. i 4. i tačke 7. do 10. i stav 2. tačka 1): kao što su: nastupanje zastarelosti krivičnog gonjenja ili je gonjenje isključeno usled amnestije ili pomilovanja ili je stvar već pravnosnažno presuđena, ili postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje, zatim ukoliko je na glavnom pretresu učestvovao sudija ili sudija porotnik koji se morao izuzeti (član 438. stav 1. tač.1. i 4); zatim u slučaju da je sud povredio odredbe krivičnog postupka u pogledu postojanja optužbe ovlašćenog tužioca, odnosno odobrenja nadležnog organa; ukoliko presudom nije potpuno rešen predmet optužbe ili je presudom optužba prekoračena, kao i ako je presudom povređena zbarana preinačenja na štetu optuženog (član 453); 3. Relativno bitna povreda odredaba postupka (član 438. stav 2. tač.1) i to ukoliko se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ZKP-a ne može zasnivati, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila doneta ista presuda; 4. Povrede krivičnog zakona (član 439. stav 1. tač.1. do 3): ako delo za koje se optuženi goni nije krivično delo; ukoliko je u pogledu krivičnog dela koje je predmet optužbe primenjen zakon koji se ne može primeniti; ukoliko je odlukom o krivičnoj sankciji ili o oduzimanju imovinske koristi ili o opozivanju uslovnog otpusta povređen zakon; 5. Povrede u vezi sa nepravilnom odlukom o krivičnoj sankciji i o drugim okolnostima (član 441. stav 3. i 4): odluka o dosuđenom imovinskopravnom zahtevu ili odluka o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela može se pobijati ako je sud ovom odlukom povredio zakonske odredbe ili odluka o troškovima krivičnog postupka može se pobijati ako je sud ovom odlukom povredio zakonske odredbe, kao i zbog toga što je sud pogrešno izrekao ili nije izrekao odluku o oslobađanju optuženog od dužnosti da u celini ili delimično naknadi troškove krivičnog postupka.<sup>40</sup>

Od svih razloga za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti posebnu pažnju zaslužuje mogućnost podnošenja zahteva na osnovu odluke Ustavnog suda ili ESLJP kojom je konstatovano da je povređeno neko osnovno ljudsko pravo ili sloboda. U vezi sa ovim razlogom za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti je nužno pomenuti jednu potencijalno moguću situaciju, a to je ona u kojoj se konstatuje da je povređeno pravo na pravično suđenje, pri čemu nije povređen zakon.

<sup>38</sup> Videti: Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. 108/15 od 10.02.2015. godine.

<sup>39</sup> Odredbom člana 485. stav 4. ZKP ograničeni su razlozi zbog kojih okrivljeni može podneti zahtev za zaštitu zakonitosti, pa zahtev podnet iz drugih razloga nije dozvoljen. (Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 125/2014 od 13.3.2014. godine)

<sup>40</sup> M.Škulić, T.Bugarski, *op.cit.*, 529-530.

Osnovna razlika prava na pravično suđenje u odnosu na sve ostale elemente člana 6. EKLJP je u tome što ovo pravo obuhvata krivični postupak u celini pa se samim tim pitanje da li je u konkretnom slučaju povređeno pravo na pravično suđenje sagledava kroz značaj pojedinih faza postupka i zbirnu analizu svih faza krivičnog postupka.<sup>41</sup> Kršenje odredbi postupka ne mora da ima za posledicu kršenje prava na pravično suđenje,<sup>42</sup> kao i obrnuto, u slučaju da iako nije bilo povreda zakona, da je povređeno pravo na pravično suđenje. Za očekivati je da će Ustavni sud svaki put kada odlučuje po ustavnoj žalbi, ako utvrdi da je povređeno neko osnovno ljudsko pravo ili sloboda, poništiti presudu krivičnog suda samo ako postoji uzročna veza između učinjene povrede i donete sudske odluke, odnosno ako bi učinjena povreda ili uskraćivanje ljudskih prava u krivičnom postupku uticalo na zakonito i pravilno odlučivanje<sup>43</sup> (kao što je to bilo ZKP 2001). Postojeća formulacija ukazuje da se radi o apsolutno bitnim povredama odredaba krivičnog postupka što bi za posledicu imalo ukidanje presude na osnovu odluke Ustavnog suda ili ESLJP. Ipak, ostaje otvoreno pitanje šta bi se desilo u slučaju da Ustavni sud ili ESLJP donese odluku kojom konstatuje da je povređeno pravo na pravično suđenje, a da pri tome nije povređen zakon? Tim pre što se zahtev za pravičnošću odnosi na ceo postupak pa se pravično suđenje ocenjuje kroz kumulativnu analizu svih faza postupka, a ne samo određenog procesnog nedostatka. Interesantno je istaći da je pojam pravičnosti takođe autonoman u odnosu na način na koji postupak pred domaćim sudovima može dovesti do kršenja normi tako da procesni nedostatak koji predstavlja kršenje procedure pred domaćim sudovima, sam po sebi ne mora imati za posledicu nepravilno suđenje,<sup>44</sup> i obrnuto, povreda člana 6. može biti ustavnoljena čak i u slučaju da nije bilo nezakonitog postupanja.

## 5. ROK ZA PODNOŠENJE ZAHTEVA ZA ZAŠTITU ZAKONITOSTI

Zahtev za zaštitu zakonitosti nije vezan za rok, osim u dva slučaja. Prvi slučaj je podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti iz razloga ako je primenjen zakon za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti sa ustavom, opšte-

---

<sup>41</sup> Videti: *Monnell and Morris v. The United Kingdom*, Application no. 9562/81, 9818/82, *McDonald M., Compliance of Legal Aid Systems with the European Convention ON Human Rights in Seven EU Jurisdictions*, p.28, [https://www.hrmi.lt/uploaded/Documents/Report\\_on\\_Legal\\_Aid\\_Justicia.pdf](https://www.hrmi.lt/uploaded/Documents/Report_on_Legal_Aid_Justicia.pdf).

<sup>42</sup> *Gefgen protiv Nemačke*, Predstavka br. 22978/05, *Ljudska prava u Evropi*, Pravni bilten broj 103/2008, str.11.

<sup>43</sup> O poništavanju sudskih odluka od strane Ustavnog suda videti: *Zakon o Ustavnom sudu* (član 89. stav 2), *Službeni glasnik RS* broj 109/2007, 99/2011, 18/2013 – Odluka US, 103/2015 i 40/2015-dr. zakon i Odluku Ustavnog suda IUz-97/2012 od 20.12.2012, *Službeni glasnik RS* broj 18/2013.

<sup>44</sup> Videti: *Gafgen v. Germany*, Application no. 22978/05, *Strasbourg* 1 June 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/web/services/content/pdf/001-99015?TID=thkbhnlzk>



prihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima ili je povređeno ili uskraćeno ljudsko pravo i sloboda okrivljenog ili drugog učesnika u postupku koje je zajemčeno Ustavom ili Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnim protokolima, a to je utvrđeno odlukom Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava. U tom slučaju rok za podnošenje zahteva je 3 meseca od dana kada je licu dostavljena odluka ustavnog suda ili ESLJP-a. Drugi slučaj se odnosi na izjavljivanje zahteva kada su u pitanju eksplicitno određene povrede ZKP-a učinjene u prvostepenom postupku i u postupku pred apelacionim sudom. U ovom slučaju rok za podnošenje zahteva je za okrivljenog 30 dana od dana kada mu je dostavljena pravnosnažna odluka, uz uslov da je protiv te odluke okrivljeni iskoristio redovan pravni lek. U crnogorskom ZKP (član 438. stav 1) rok je predviđen samo za podnošenje predloga za podizanje zzz od strane okrivljenog ili njegovog branioca i ovaj rok iznosi mesec dana od dana kada je okrivljeni primio pravnosnažnu presudu. Dok ZKP Hrvatske ne predviđa rok za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti (članovi 509-514), u ZKP Republike Srpske određen je jedan rok za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, bez obzira na razlog podnošenja zahteva, i taj rok iznosi tri meseca od dana prijema pravosnažne presude (član 351. stav 3).

## 6. POSTUPAK PO ZAHTEVU ZA ZAŠTITU ZAKONITOSTI I ODLUKE VRHOVNOG KASACIONOG SUDA

Podnosilac zahteva za zaštitu zakonitosti u samom zahtevu treba da navede razloge podnošenja. Obaveza navođenja razloga za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti zbog povrede zakona, podrazumeva ne samo formalno označavanje o kojoj povredi zakona se radi, već i ukazivanje na to u čemu se ona sastoji.<sup>45</sup> Kada je u pitanju sadržina zahteva, na primer, uz zahtev se mora priložiti i odluka Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava, u slučaju da je zahtev podnet iz razloga koji se odnose na primenu zakona za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti sa ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, ili razlozima koji se odnose na povređeno ili uskraćeno ljudsko pravo i slobodu okrivljenog ili drugog učesnika u postupku, a koje je garantovano Ustavom ili EKLJP i dodatnim protokolima, a da je to prethodno utvrđeno odlukom Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava.<sup>46</sup>

O zahtevu za zaštitu zakonitosti odlučuje Vrhovni kasacioni sud u sednici veća od pet sudija profesionalaca. Nadležno veće, odlučujući po zahtevu za zaštitu zakonitosti može da donese jednu od sledećih odluka: 1. rešenje o odbacivanju

<sup>45</sup> Videti: Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. 41/15 od 21.01.2015. godine.

<sup>46</sup> Videti: Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 114/2014 od 27.02.2014. godine

zahteva; 2. presudu o odbijanju zahteva ili 3. presudu o usvajanju zahteva. Kada donese jednu od navedenih odluka, Vrhovni kasacioni sud je dužan da je dostavi zajedno sa spisima javnom tužiocu, prvostepenom ili drugostepenom sudu i to u roku od 6 meseci od dana podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti. Ovaj rok je u Crnoj Gori 4 meseca (član 440 stav 5), dok ZKP Hrvatske i ZKP Republike Srpske ne predviđaju ovakav rok.

Sam postupak po podnetom zahtevu podrazumeva sledeće: pošto je primio zahtev, sud prvo proverava da li su ispunjeni zakonski uslovi za podnošenje zahteva. Ovom proverom sud može da ustanovi da zahtev nije podnet u roku (u slučajevima kada je predviđen rok za podnošenje zahteva), ili nije dozvoljen (u slučaju da je podnet protiv odluke o zahtevu za zaštitu zakonitosti ili zbog povrede odredaba postupka koji je pred Vrhovnim kasacionim sudom prethodio njenom donošenju; ukoliko je podnet od strane neovlašćenog lica ili ako je zahtev podneo okrivljeni preko svog branioca, ali iz razloga koji nisu eksplicitno navedeni u zakoniku), ili nema propisan sadržaj (ako nije naveden razlog za podnošenje zahteva<sup>47</sup> ili nije uz zahtev dostavljena odluka Ustavnog suda ili ESLJP u slučajevima kada je to propisano kao obavezno) ili je podnet zbog povrede koja nije od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava. U bilo kom od navedenih slučajeva, sud će u sednici veća doneti odluku kojom zahtev odbacuje. Rešenje o odbacivanju zahteva koje se donosi u navedenim slučajevima prema samom ZKP-u ne mora da sadrže obrazloženje. Ipak, posebno je važno istaći da je praksa upravo suprotna. Od početka primene novog Zakonika o krivičnom postupku (u istraživačkom periodu autora do 01.04.2015. godine) sva rešenja Vrhovnog kasacionog suda imaju obrazloženje.<sup>48</sup> Praksa Vrhovnog kasacionog suda po ovom pitanju je u skladu sa pravom na obrazloženu sudsku odluku koja proizlazi iz člana 6. stav 1. EKLJP kojim se pojedinac štiti od proizvoljnosti i zbog toga sudska odluka treba da sadrži obrazloženje, odnosno razloge čiji obim zavisi od vrste odluke.<sup>49</sup> Obavezu suda da obrazloži svoju odluku u svakom slučaju ne treba shvatiti kao obavezu da se obrazloži detaljno svaki navedeni argument.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> U postupku po zahtevu za zaštitu zakonitosti sud nije ovlašćen da u slučaju kada konkretna povreda zakona nije opredeljena, procenjuje koju je konkretnu povredu zakona branilac imao u vidu prilikom podnošenja zahteva. (Videti: Presudu Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. 41/2014(1) od 27.2.2014. godine i Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Kzz.272/2015 od 24.03.2015.godine). Obaveza navođenja razloga za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti zbog povrede zakona podrazumeva ne samo formalno označavanje o kojoj povredi zakona se radi, već i ukazivanje na to u čemu se ona konkretno sastoji. (Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 705/2014 od 3.9.2014. godine).

<sup>48</sup> Od početka primene važećeg Zakonika o krivičnom postupku do 01.04.2015. Vrhovni kasacioni sud, odlučujući o zahtevu za zaštitu zakonitosti je doneo 87 rešenja o odbacivanju.

<sup>49</sup> Videti: Ruiz Torija v. Spain, Application no. 18390/91, Strasbourg 09 December 1994, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57909&filename=001-57909.pdf>

<sup>50</sup> Videti: Van de Hurk v. The Netherlands, Application no. 16034/90, Strasbourg 19 April 1994, <https://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEWiDyo7B2cDMAhWfKcWkHeBwCRUQFggfMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.men->



Po proveru ispunjenosti zakonskih uslova za podnošenje zahteva, sudija izvestilac mora da dostavi primerak zahteva javnom tužiocu ili braniocu. Sudija izvestilac može ako smatra za potrebno da pribavi obaveštenja o razlozima za izjavljivanje zahteva koji se odnose na povredu zakona, primenu zakona za koji je odlukom ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima i o povređenom ili uskraćenom ljudskom pravu i slobodi okrivljenog ili drugog učesnika u postupku koje je zagarantovano Ustavom ili EKLJP i dodatnim protokolima, a što je potvrđeno odlukom Ustavnog suda ili ESLJP-a.

ZKP-om je predviđeno da se o sednici veća mogu obavestiti javni tužilac i branilac, što će sud učiniti samo ako smatra da bi njihovo prisustvo bilo od značaja za donošenje odluke. Razmatrajući i odlučujući u meritumu, sud ispituje pravnosnažnu odluku ili postupak koji joj je prethodio u okviru razloga, dela i pravca pobijanja koji su sadržani u samom zahtevu. Ukoliko sud utvrdi da razlozi zbog kojih je doneo odluku u korist okrivljenog postoje i za nekog od saoptuženih u pogledu kojeg nije podnet zahtev za zaštitu zakonitosti, smatraće se kao da takav zahtev postoji. Povodom zahteva koji je podneo javni tužilac, sud može da ukine ili preinači odluku samo u korist okrivljenog.

Odlučujući o zahtevu za zaštitu zakonitosti u meritumu, sud može doneti u formi presude odluku kojom zahtev odbija ili odluku kojom zahtev usvaja. Presuda o odbijanju zahteva se donosi kada sud utvrdi da ne postoji razlog koji je naveden u zahtevu.<sup>51</sup> Sud će doneti presudu o usvajanju zahteva za zaštitu zakonitosti ukoliko smatra da su navedeni razlozi opravdani i ovom presudom sud može da: 1. ukine u celini ili delimično prvostepenu odluku i odluku donetu u postupku po redovnom pravnom leku ili samo odluku donetu u postupku po redovnom pravnom leku i predmet vratiti na ponovnu odluku organu postupka ili na suđenje prvostepenom ili sudu drugog stepen; 2. preinači u celini ili delimično prvostepenu odluku i odluku donetu u postupku po redovnom pravnom leku ili samo odluku donetu u postupku po redovnom pravnom leku<sup>52</sup> ili 3. samo da utvrdi (konsta-

[schenrechte.ac.at/%2Forig%2F94\\_3%2FHurk.pdf&usg=AFQjCNEEE8TDJlWu-TdyK47Ljbxtn7umVg&bvm=bv.121099550,d.bGg](https://www.schenrechte.ac.at/%2Forig%2F94_3%2FHurk.pdf&usg=AFQjCNEEE8TDJlWu-TdyK47Ljbxtn7umVg&bvm=bv.121099550,d.bGg)

<sup>51</sup> Tako na primer, u slučaju da je vanredni pravni lek podnet zbog povrede zakona koja je neosnovano isticana u postupku po redovnom pravnom leku, a Vrhovni kasacioni sud prihvati razloge koje je dao sud redovnog pravnog leka, u obrazloženju presude će se ograničiti na upućivanje na te razloge. Kada drugostepeni sud odlučujući o žalbi stranke protiv prvostepenog rešenja, pravilnom primenom zakona svojim rešenjem odbaci žalbu kao nedozvoljenu, onda se zahtevom za zaštitu zakonitosti, iz razloga koji se odnose samo na povredu zakona učinjene u prvostepenom rešenju, ne može zajedno sa prvostepenim rešenjem pobijati i rešenje drugostepenog suda, jer je u takvom slučaju pravnosnažnost prvostepenog rešenja nastupila po samom zakonu i nezavisno od postojanja drugostepenog rešenja o odbačaju žalbe kao nedozvoljene. Zbog toga je podneti zahtev za zaštitu zakonitosti odbijen kao neosnovan. Videti: Odluka VsK Kzz 1/83, J.Pavlica, M.Lutovac, op.cit., str.605.

<sup>52</sup> U slučaju da organ postupka koji je odlučivao o redovnom pravnom leku nije bio ovlašćen prema ZKP-u da otkloni povredu koja je učinjena u pobijanoj odluci ili u postupku koji je prethodio

tuje) povredu zakona (ukoliko usvoji zahtev za zaštitu zakonitosti koji je podnet na štetu okrivljenog). U prvom slučaju, ukoliko sud vrati predmet na ponovno odlučivanje, može narediti da se novi postupak održi pred potpuno izmenjenim većem, kada se za osnovu uzima ranija optužnica ili onaj njen deo koji se odnosi na ukinuti deo presude. Na ponovnom suđenju, sud je dužan da izvede sve procesne radnje kao i da raspravi sva pitanja na koja mu je ukazao Vrhovni kasacioni sud. Na novom glavnom pretresu, stranke mogu isticati nove činjenice i podnostiti nove dokaze, a prilikom donošenja nove presude, sud je vezan zabranom preinačenja na štetu optuženog.

## 7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA I SUDSKA PRAKSA (STATISTIČKI PODACI) VRHOVNOG KASACIONOG SUDA

Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u Srbiji je obuhvatila i pravne lekove. Od svih pravnih lekova, može se reći da je zahtev za zaštitu zakonitosti, kao vanredni pravni lek pretrpeo najveće promene, od kojih neke otvaraju izvesna sporna pitanja, na koja je u radu već ukazano. Osim samih normativnih izmena, u ambijentu velikih novina, važna je svakako i sudska praksa koja zaslužuje posebnu pažnju. Što se tiče sudske prakse Vrhovnog kasacionog suda, za potebe ovog rada su obrađeni statistički podaci od početka primene važećeg Zakonika o krivičnom postupku od 15. januara 2012. godine u predmetima u kojima postupaju tužilaštvo posebne nadležnosti, a od 01.10.2013. godine u svim krivičnim postupcima, do 01.04.2015. godine. Ukupan broj statistički obrađenih odluka u vezi sa podnetim Zahtevom za zaštitu zakonitosti u navedenom periodu je bio dostupan na zvaničnom sajtu Vrhovnog Kasacionog suda.<sup>53</sup> Odluke obrađene u navedenom periodu (ukupno 288) su: 145 *presuda kojom se zahtev za zaštitu zakonitosti odbija* (JT – 2; branilac – 143); 56 *presuda kojim je zahtev za zaštitu zakonitosti usvojen* (11 utvrđujućih, 20 ukinuto, 24 preinačeno) (35 – JT, 18-branilac) i 87 *rešenja o odbacivanju* (22 neblagovremeni, 12 podneti od strane okrivljenog, 1 nema ni potpisa ni pečata, 3 podneta od strane punomoćnika oštećenog, 2 podneta od strane oštećenog, 1 odustanak od zahteva do donošenja odluke suda o zahtevu, 2 podneta od strane branioca pre stupanja na snagu ZKP 1.10.2013, 2 zahteva odbačena jer su podneti od strane branioca postavljenog po službenoj dužnosti, 1 odbačen kao nedozvoljen jer je odlukom Ustavnog suda konstatovana

njenom donošenju, a po razmatranju i usvajanju zahteva za zaštitu zakonitosti koji je podignut u korist okrivljenog nađe da je zahtev osnovan i da je potrebno ukinuti ili preinačiti pobijanu odluku radi otklanjanja učinjene povrede zakona, u tom slučaju će ukinuti ili preinačiti pobijanu odluku donetu u postupku po redovnom pravnom leku iako njom nije učinjena povreda zakona.

<sup>53</sup> [http://www.vk.sud.rs/sr/solr-search-page/results?court\\_type=vks&matter=\\_none&registrant=\\_none&subject\\_number=&date\\_from%5Bdate%5D=&date\\_to%5Bdate%5D=&keywords=&phrase=&sorting=by\\_date\\_down&redirected=213&level=0&results=10](http://www.vk.sud.rs/sr/solr-search-page/results?court_type=vks&matter=_none&registrant=_none&subject_number=&date_from%5Bdate%5D=&date_to%5Bdate%5D=&keywords=&phrase=&sorting=by_date_down&redirected=213&level=0&results=10)

povreda prava na pravnu sigurnost i poništena presuda apelacionog suda (isključuju se), 1 zahtev odbačen jer nije od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava, 3 zahteva odbačena jer nije iskorišćen redovni pravni lek, 1 zahtev odbačen jer se podnosilac odrekao prava na žalbu, ostali zahtevi su odbačeni iz razloga nepropisne sadržine zahteva). Ono što je posebno interesantno je to da su sve odluke kojima se zahtev za zaštitu zakonitosti odbacuje obrazložene, iako prema Zakoniku o krivičnom postupku (član 487. stav 2) obrazloženje može da izostane. Ovakvo postupanje Vrhovnog kasacionog suda je jako dobro jer pravo na obrazloženu odluku ima koren u jednom opštijem načelu Konvencije, a to je načelo koje pojedinca štiti od proizvoljnosti i zbog toga odluka suda treba da sadrži razloge koji su dovoljni da odgovore na suštinske aspekte činjenične i pravne, substancijalne ili proceduralne argumentacije stranaka u sporu<sup>54</sup> Što se tiče odluka donetih povodom zahteva za zaštitu zakonitosti u postupcima za dela organizovanog kriminala, u navedenom periodu doneto je ukupno 8 odluka, od kojih jedna presuda kojom se zahtev usvaja, tri presude kojima se zahtev odbija i četiri rešenja kojima se zahtev odbacuje.

Za veoma kratko vreme (istraživački period) od samog početka primene važećeg Zakonika o krivičnom postupku, praksa je veoma bogata, kako u kvantitativnom, tako i u kvalitativnom smislu kada je u pitanju odlučivanje o zahtevu za zaštitu zakonitosti. Za očekivati je da će sudska praksa vremenom dati odgovore i na pitanja koja su u radu identifikovana kao potencijalno sporna i otkloniti eventualne nedoumice u vezi sa analizom normativnih rešenja. Imajući u vidu velike novine koje su uvedene u vezi sa Zahtevom za zaštitu zakonitosti, sudska praksa će morati da bude veoma oprezna, tim pre jer se radi o vanrednom pravnom leku kao poslednjoj brani zakonitosti odluka i radnji u krivičnom postupku.

---

<sup>54</sup> Videti: Ruiz Torija v. Spain, Application no. 18390/91, Strasbourg 09 December 1994, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57909&filename=001-57909.pdf>

*Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Associate Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

## **Request for Protection of Legality**

**Abstract:** *The author of this work, attention to the request for protection of legality as an extraordinary legal remedy which has significantly modified the latest Code of Criminal Procedure (2011). This extraordinary remedy is an instrument that ensures the rule of law in criminal proceedings and the dam is a kind of legality and constitutionality of the actions and decisions of the judicial authorities. As an important mechanism to elimination of illegality in criminal proceedings, including the illegality in connection with the execution of evidentiary actions, the author's attention to the analysis of positive solutions in our criminal procedural legislation in connection with a request for protection of legality and compared with certain comparative solutions. Special attention is devoted to certain contentious issues regarding this extraordinary remedy, and jurisprudence.*

**Key words:** *criminal procedure, evidence procedure, legal remedies, the request for protection of legality.*

Datum prijema rada: 16.05.2016.

*Dr Dragiša S. Drakić, vanredni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
D.Drakic@pf.uns.ac.rs*

## NAČELNA RAZMATRANJA O ISTINI – UOPŠTE I U KRIVIČNOM PRAVU\*

**Sažetak:** *U svom radu autor se bavi večnim pitanjem istine – uopšte i u krivičnom pravu. U prvom delu rada autor govori o značaju istine kao takve, ali i o mestu i ulozi koju ona zauzima u današnjem vremenu. Potom prelazi na razmatranje ideje istine u starogrčkoj filozofiji i pesničkoj tradiciji, s obzirom na to da Stara Grčka predstavlja kolevku ove ideje. Ovaj deo rada završava analizom Aristotelovog shvatanja istine, sa kojim, po mišljenju autora, započinje nova era modernog poimanja fenomena istine.*

*U narednoj celini svog naučnog rada autor analizira mišljenja istaknutih filozofa dvadesetog veka koji su se bavili tzv. činjeničnom istinom, u koju ubraja i istinu do koje se dolazi u krivičnom pravu. Potom razmatra ovo poslednje pitanje. Zaključuje da je najviše do čega se može doći u krivičnom postupku – uverenje, to jest verovanje da smo u posedu istine. A što se tiče dostizanje „objektivne” istine, kao bezrezervne izvesnosti o tome da je izvršeno krivično delo, kao i svih pojedinosti njegovog izvršenja, autor smatra da je to „večiti” ali nikada dostižni ideal. Na kraju predlaže modalitet istine do koje se u najboljem slučaju može doći u krivičnom pravu i postupku.*

**Ključne reči:** *istina, krivično pravo, krivični postupak, filozofija, verovanje, izvesnost.*

U vremenu sveopšte krize morala, ali i svih drugih duhovnih vrednosti u kojem živimo<sup>1</sup>, zapitanost nad izvornom suštinom fenomena istine, kao i iskreno

---

\* Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja „Ljudska, reproduktivna prava i demografske promene“ u 2016. godini.

<sup>1</sup> S tim u vezi, za kanadskog filozofa Čarlsa Tejlora tri najznačajnije bolesti modernog doba su: ukidanje naših moralnih horizonata, što dovodi do straha od gubitka smisla; nekontrolisano delovanje tzv. instrumentalnog uma, što ima za posledicu nemogućnost da odredimo istinske životne ciljeve i da njima težimo; gubitak slobode. Videti, Č. Tejlor, *Bolesti modernog doba* (prevod

zalanje da se ona ostvari u praktičnom životu, privilegija je malog broja duhovnih pregalaca i istinoljubovih pojedinaca. Paralelno sa tim, događa se još jedan paradoks. Što se, s jedne strane, manje ceni istina kao takva, to se, s druge strane, u govornom svetu češće upotrebljava termin koji se na nju odnosi. Premda ovaj trend može na prvi pogled delovati kao nelogičan, on je za svakog mislećeg čoveka psihološki objašnjiv i razumljiv kada se dovede u vezu sa našom početnom konstatacijom.

Ne ulazeći dublje u razjašnjenje relacije iz prethodnog pasusa, treba reći da je za većinu ljudi danas pitanje istine od drugorazrednog značaja – suvišni i stoga nepotrebnii balast, koji samo može da šteti ciljevima, stremljenjima i interesima „modernog” čoveka<sup>2</sup>. Za njih istina nije dostojna bilo kakvog poštovanja niti uviđavnosti<sup>3</sup>. Istina se danas dovodi u pitanje ne samo zbog toga što često „stoji na putu” i sprečava trenutno zadovoljenje interesa „prosečnog” čoveka, kao i utoljenje njegovih niskih strasti i neprirodnih sklonosti, već i zbog svoje sadržine i suštine, koja se karakteriše kao proizvoljna, nesigurna i samim tim haotična. Kako istina ne poseduje objektivnu stvarnost, nije nešto materijalističko – merljivo i opipljivo, nju bi navodno svako mogao doseći, samo ako bi on to hteo, rukovodeći se pri tom svojom samovoljom i prepuštajući se svojoj ćudi. Ona se, vladajuće je mišljenje danas, može i treba prepustiti dispoziciji volje svakog pojedinca da samostalno odluči, da li će je prigrabiti, ali i kako će doći do nje i u kojoj formi i sa kakvom sadržinom će je prezentovati. U svim oblastima društvenog života srećemo se manje-više sa ovakvim, pragmatističkim pa i nihilističkim poimanjem značaja i karaktera fenomena istine. U poslednje vreme manir nipodaštavanja istine, sa svim štetnim posledicama koje iz toga proizlaze, zahvatio je i domen odnosa među državama na globalnom planu. Istina i za njom sledujuća pravda i pravednost<sup>4</sup> više

---

sa engleskog), Beogradski krug – Čigoja, Beograd 2002, 15. Konsultovati takođe, M. Trajković, Moral u bespuću politike, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2 / 2010.

<sup>2</sup> Kada ovde koristimo reč „modernog” čoveka, ne mislimo samo na čoveka današnjice, već i na čoveka s početka dvadesetog veka, sve do današnjih dana. U vezi sa prethodno rečenim u gornjem tekstu, treba reći da postoje i autori, koji takođe smatraju da istina nije moguća, ali ne zato što šteti interesima „modernog” čoveka, već zbog toga što je nespojiva sa „prirodom” ovog čoveka, čiji život karakteriše nespokojstvo, strah, apatičnost i beznađe, te je, kao takav, ispražnjen od bilo kakvog smisla, humanosti ili uzvišenosti. Stoga, „ljudi koji traže istinu mogu osećati samo žal”. Jer, „ne postoji istina, već samo žive istine”, kao „plodovi našeg nespokojstva”. Videti, E. Sioran, *Krik beznađa* (prevod sa rumunskog), Oktoih, Podgorica 2001, 83.

<sup>3</sup> Nema sumnje da je bilo vremena u našoj prošlosti u kojima se istina jednako malo cenila kao i danas, kao što su oduvek postojali ljudi koji ni najmanje nisu držali do istine. U prirodu ovih ljudi na maestralan način proniknuo je Bekon. Njegovo zapažanje aktuelno je i danas. On je izjavio sledeće: „Da li iko sumnja da kada bi se iz ljudskih umova povadila sva tašta mnjenja, laskave nade, lažne vrednosti, neobuzdana maštanja, i tome slično, da bi umovi jednog broja ljudi splasnuli i ostali jadni, puni sete, rdavog raspoloženja, neprijatni sami sebi?”. – F. Bekon, *O istini*, Eseji (prevod sa engleskog), Matica Srpska, Novi Sad 1952, 17.

<sup>4</sup> Kako je rekao nemački filozof Vilhelm Zauer, „istina je, pravno gledano, predstupanj za pravednost”. Videti, W. Sauer, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1961, 143.

ništa ne znače<sup>5</sup>. Nezainteresovanost za probleme drugog i bezobzirnost prema drugome uobičajeno je sredstvo „komuniciranja”, između pojedinaca, ali i među državama. Stoga, pokušaj da se dosegne istina, ili barem da se njoj približimo, nije samo društveni imperativ, već i nasušna potreba pojedinca. U krajnjoj liniji, „pojedincima su istine potrebne da bi uspešno mogli krčiti put kroz šikaru rizika i situacija sa kojima se ljudi, bez izuzetka, susreću tokom života”<sup>6</sup>. S druge strane, bezobzirno i licemerno, dakle neistinoljubivo društvo, osuđeno je na duhovno izumiranje, a time i na propast. Iz tog razloga, nijedan razuman čovek ne bi smeo sebi dopustiti da trajno napusti poriv za istinom, a najmanje da se odrekne želje da se ista dosegne. Uostalom, nisu malobrojna mišljenja da je ovaj poriv za istinom ljudskoj jedinki prirodan, da kao takav predstavlja egzistencijalnu potrebu pojedinca. Kako je naš uvaženi akademik Nikola Milošević rekao – u ljudskim bićima, osim potrebe za iluzijama, svakako postoji i određena potreba za istinom. „Postojanje te potrebe svedoči da čak i one iluzijama najvećma sklone osobe imaju u sebi neku spoznaju o tome šta je istina”<sup>7</sup>. Za Bekona, težnja za istinom „jeste najuzvišenije dobro ljudske prirode”<sup>8</sup>. Ona pročišćuje duh, nagoveštava slobodu pojedinca, uči kritičkom mišljenju, stavlja u pripravnost duševne snage otpora, predstavlja branu od otuđenosti, kao i svake druge unutarnje ili spolja nametnute tiranije<sup>9</sup>. Zato je pitanje o tome šta je istina jednako aktuelno danas, kao što je bilo i pre. Jer, pojam istine ili istinitoga, jeste star, ali nije zastareo<sup>10</sup>.

Cilj našeg rada je afirmisanje načela istine, uopšte i u krivičnom pravu, ukazivanje na njegov značaj, a sledstveno tome i na značaj odnosne ljudske vrline koja iz ovog načela proishodi. Opravdanost proučavanja ove teme je nesumnjiva, jer je reč o jednom od najvrednijih postulata i putokaza ljudskog življenja „koji vodi ljudski život i postavlja mu meru”<sup>11</sup>. Ipak, ispunjenje prednjeg cilja biće teško dostižno u okviru jednog naučnog rada. Zbog toga imamo nameru da predmetnoj temi posvetimo nekoliko radova. U ovom naučnom radu pokušaćemo da u najopštijim crtama osvetlimo fenomen istine, uopšte i u krivičnom pravu, svesni svih rizika kojima ćemo biti izloženi zbog kompleksnosti i mnogostrukosti fenomena istine. Načelno, pojmu istine može se pridati vrednosno, ali i nevrednosno značenje<sup>12</sup>, kao što

<sup>5</sup> Na „devalvaciju” pravde ukazivao je, pomalo u satiričnoj formi, Bertold Breht: „Nepravda često stiče karakter prava naprosto usled toga što je česta”. Videti, B. Breht, *Suđenje*, Kalendarske priče (prevod sa nemačkog), Matica Srpska, Novi Sad, 114.

<sup>6</sup> H. Frankfurt, *O istini* (prevod sa engleskog), Algoritam, Zagreb 2009, 30.

<sup>7</sup> N. Milošević, *Istina i iluzija*, Stylos, Novi Sad 2001, 154.

<sup>8</sup> F. Bekon, op. cit, 18.

<sup>9</sup> Slično i Ernst Bloh: „Istina oslobađa, pošto je slobodi i istini zajedničko da su obe lišene otuđenja”. – E. Bloch, *O slojevima slobode*, u: Politička mjerenja, Svjetlost, Sarajevo, 1979, 223.

<sup>10</sup> Tako, K. Hamburger, *Istina i estetska istina* (prevod sa nemačkog), Svjetlost, Sarajevo 1982, 20.

<sup>11</sup> K. Hamburger, ibid, 23.

<sup>12</sup> S tim u vezi, u rečniku srpskog jezika, kao značenje reči istina, između ostalog stoji: – „ono što odgovara stvarnosti, činjenicama...”; – visoki moralni princip, pravda...”. Videti, Grupa autora, *Rečnik srpskog jezika*, Matica Srpska, Novi Sad 2007, 491.



se može razmatrati na opštem planu, ali i u ravni konkretno-pojedinačnog. Ovaj pojam ravnopravno pripada etici, estetici, logici, pravu, matematici, kao i drugim naukama i naučnim disciplinama, metafizici, filozofiji, religiji, semantici, ali i nekim oblastima teorije i prakse u najširem smislu i kontekstu koje nismo naveli. Polazeći od toga, Karl Jaspers (Karl Jaspers) je svojevremeno rekao da je „pitanje o biću istine jedno je od onih pitanja filozofiranja koja izazivaju vrtoglavicu, i njegovim iznalaženjem zamaćuje se onaj oćaravajući sjaj istine”<sup>13</sup>. Uzimajući u obzir napred rećeno, jasno je da, ćak i kada bismo to hteli, ne bismo mogli da u samo jednom radu, svim ili barem većini mišljenja i pogleda na fenomen istine, poklonimo odgovarajuću pažnju. Stoga ćemo u daljem tekstu ukazati samo na pojedina mišljenja, koja ili nismo mogli nikako zaobići zbog njihovog znaćaja za evoluciju ideje o istini, ili su nam se učinila interesantnim za razjašnjenje načela istine u krivićnom pravu.

Govoriti o istini<sup>14</sup>, ali i o drugim fundamentalnim pitanjima ljudskog bivstva, a ne spustiti se u kolevku evropske civilizacije i kulture – Staru Grćku, bilo bi neopravdano. Jer, gotovo svaka poznata i uzvišena ljudska ideja i misao nalazi svoje korene u starogrćkoj filozofiji i pesnićkoj tradiciji. Tim pre to vaći za ideju istine, koja se prvi put na tako pregnantan način ovaplotila u Homerovim rećima, koji se „opredelio da dela Trojanaca prikaće ništa manje nego dela Ahajaca, i da uzdiće slavu Hektora, neprijatelja i poraćenog ćoveka, ništa manje od slave Ahilleja, heroja njegovog rodnog naroda”<sup>15</sup>. Kako je rekla nemaćki filozof jevrejskog porekla Hana Arent (Hanah Arent), to se nikada pre nije dogodilo, „nijedna druga civilizacija, ma koliko ona bila blistava, nije bila u stanju da gleda jednakim oćima na prijatelja i neprijatelja, na uspeh i poraz”<sup>16</sup>. U daljem tekstu ćemo se osvrnuti na pojedina mišljenja iz tog vremena koja pogaćaju pitanje istine.

Grubo bi se moglo reći da je istorija mišljenja o ideji istine u Staroj Grćkoj prošla put od tvrdnje da postoji apsolutna istina, do tvrdnje da ima osnova i opravdanja da se sumnja u sve što se drći za istinito.

Tvrdnja o postojanju jedne, apsolutne istine mogla bi se svesti na poznati Heraklitov fragment koji glasi: „Ljudska priroda ne poseduje nikakvo znanje, dok ga boćanska priroda poseduje”. Iskaz, poput ovog Heraklitovog, izrekli su, svaki na svoj način, brojni predsokratski filozofi, a isto tako i Sokrat, Platon i Aristotel. U ovome im je, kao što smo videli, prethodio Homer<sup>17</sup>. Iz ovog iskaza moglo bi se zaključiti da su navedeni znameniti grćki pesnici i filozofi negirali svaku mogućnost da i ćovek dospe u posed, apsolutne, bezgrešne i celovite istine, te da je ista pristu-

---

<sup>13</sup> K. Jaspers, *Filozofija egzistencije* (drugo izdanje), Prosveta, Beograd 1973, 62.

<sup>14</sup> O laći kao negaciji istine videti, D. Ćorić, *Modernost odnosa istine i laći i njihova etićka, filozofska i društvena vrednost*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2012, 332-336.

<sup>15</sup> Tako, H. Arent, *Istina i politika* (prevod sa engleskog), Gledišta, br. 5,6, Beograd 1971, 879.

<sup>16</sup> H. Arent, *ibid.*

<sup>17</sup> Tako, B. Snel, *Otkrivanje duha u grćkoj filozofiji i knjićevnosti* (prevod sa engleskog), Karpos, Loznica 2014, 165.



pačna isključivo bogovima<sup>18</sup>. Ipak, ovakav zaključak bi mogao ostati nepotpun ukoliko se ne bi istaklo da su oni, svaki na svoj način, prihvatili mogućnost da i čovek, u određenoj meri, takođe može biti sopstvenik, doduše ograničene, nesavršene i fragmentarne istine. Ako bi se napred rečeno moglo, samo uslovno i za potrebe našeg rada, uobličiti kao neki opšti zaključak, treba reći da su se njihova mišljenja svakako značajno razlikovala u pojedinostima. Ovo potvrđuju reči poznatog nemačkog klasičnog filologa i heleniste Bruna Snela (Bruno Snell), koji je rekao da, „možemo posumnjati da bismo se upetljali u jednu vatrenu raspravu ako bi bilo koji od njih trebalo da kaže šta je podrazumevao pod božanskim znanjem, kao i pod njegovim ljudskim pandanom, šta je smatrao granicama i pouzdanošću ljudske sposobnosti poimanja”<sup>19</sup>.

Tako, Homerovi<sup>20</sup> spevovi Ilijada i Odiseja<sup>21</sup> prikazuju nam pevača čije reči ne potiču od njegovog sopstvenog dara ili od njegovog ličnog iskustva, već onog koji je nadahnut bogom. Samo iskustvo bogova može biti potpuno, dok je iskustvo čoveka nesavršeno i krnje. Pošto su jedino bogovi uvek blizu istine, jer sve vide i sve znaju, van svake sumnje je da su oni moćniji od čoveka, a samo retki među ljudima (pesnici) mogli bi biti nadahnuti njihovom milošću, i mogli bi se napojiti iz vrela božanske savršenosti<sup>22</sup>. Slično opisuje mogućnosti i granice čoveka u procesu dosezanja istine u svojoj Teogoniji i Hesiod. I njemu su, kao što je i Homer za sebe tvrdio, navodno pomogle Muze da u trenucima pesničkog nadahnuća sazna istinu. Štaviše, one je njemu neposredno „saopštavaju”. Stoga Hesiod gleda na sebe kao na čoveka naročite vrste, a na svoju istinu kao na nešto savršeno. Moglo bi se reći da se njegovo saznanje nalazi „na sredokraći između božanskog znanja Muza i ograničenog ljudskog saznanja”<sup>23</sup>. Slično mišljenje kasnije zastupa i Parmenid i Empedokle<sup>24</sup>.

Nagoveštaj nešto drugačijeg viđenja istine nalazimo kog Ksenofana, koji je bio kritičar Homera i Hesioda<sup>25</sup> i koji im prebacuje zbog njihovog mišljenja o bo-

<sup>18</sup> Kako je rekao poljski književnik i intelektualac Jan Parandovski: „Kao što počeci zemljoradnje i moreplovstva, trgovine, medicine i različitih drugih znanja, zanata i veština imaju svoju mitologiju, u kojoj se čovekov um odriče prava da ih otkrije sam, bez pomoći nadzemaljskih sila, tako je i književnost nekada tražila svoju kolevku u svetu bogova i heroja”. Videti, J. Parandovski, *Poziv*, u: Alhemija reči, Kultura, Beograd 1964, 13.

<sup>19</sup> B. Snel, *ibid*.

<sup>20</sup> Videti o Homeru i rođenju tragedije, V. Kaufman, *Tragedija i filozofija* (prevod sa engleskog), Književna zajednica Novog Sada, Novi Sad 1989, 110-129.

<sup>21</sup> Homer se u svojim spisima koristio osobenim, simboličnim jezikom, zbog čega pojedini autori ističu da njegov jezik „poseduje neku vrstu liturgičkog karaktera”. Videti, J. Parandovski, *Reč*, u: Alhemija reči, op. cit, 135.

<sup>22</sup> Videti detaljnije, B. Snel, op. cit, 165-167.

<sup>23</sup> Videti detaljnije, B. Snel, *ibid*, 167-169.

<sup>24</sup> Videti o tome detaljno, B. Snel, *ibid*, 178-182.

<sup>25</sup> Tako, D. Laertije, *Životi i mišljenja istaknutih filozofa* (prevod sa starogrčkog), BIGZ, Beograd 1973, 299.

govima, te tvrdi da postoji jedno božanstvo, kao sveobuhvatno jedinstvo. Takođe, on jasno pravi razliku između onoga što se pouzdano zna i onoga što nije tako, te tvrdi da nijedan čovek ne zna *saphes*, to jest ono što je očigledno, već samo *dokos*, to jest privid ili pojavnost što se prostire preko sveta. Dok Homer, pa i Hesiod, tvrde da i čovek, doduše sasvim izuzetno, može imati jasno znanje o nečemu, ukoliko je bio u milosti bogova, Ksenofan oseća da je svekoliko ljudsko znanje u svojoj suštini varljivo. On kaže: „I nijedan čovek, doduše, ne sagleda ono što je tačno...; jer, kada bi nekome u najvećoj meri i pošlo za rukom da iskaže nešto što je savršeno, ipak on to ne zna iz vlastitog iskustva; samo mnijenjem dotiče se svega”<sup>26</sup>. I dalje: „Čovek može slučajno reći nešto potpuno istinito, a ipak nema nikakvo tačno znanje za razliku od boga”<sup>27</sup>. Čini se da se Ksenofan na ovaj način zadovoljava običnom, ljudskom istinom. Za njega je bitno da ljudi stiču saznanja sopstvenim trudom. Čak i da nikada ne postanu prosveteni, trebalo bi da se zadovolje time što poseduju sposobnost da tragaju za onim što je za njih bolje. „Sa Ksenofonom se prvi put pokazalo da su ljudska preduzimljivost, marljivost i gorljivost odlučujuće u sticanju znanja, kao i u premošćavanju jaza između ljudi i bogova”<sup>28</sup>. „Tu samostalni duh sa svojom filozofskom mišlju prvi put ustaje protiv celokupne epske slike sveta”<sup>29</sup>. Kako je rekao uvaženi profesor Miloš Đurić, „ustajući protiv nazadne tradicije i konvencije, protiv misterija i mantike, kao i protiv mitske slike sveta, naročito antropomornog politeizma, Ksenofan je u istoriji helenske filozofijske misli značajan kao ptica prozorkinja koja navešćuje zoru helenske prosvetčenosti”<sup>30</sup>.

Na temeljima Ksenofanovog učenja Heraklit dosledno razvija ideju da je „bog, kao apsolutna mudrost, jedan transcendentalni princip, fundamentalno različit od svake ideje koju smrtni i neprosveteni ljudi o njemu mogu imati”<sup>31</sup>. I drugim, jezgrovitim i pregnantnim, jezičko-stilski veoma elegantnim aforizmima Heraklit nam ostavlja dragocen zalag za budućnost<sup>32</sup>. Ne ulazeći detaljnije u analizu ovih fragmenata, navešćemo samo one koji bi mogli biti od značaja za temu kojom se u radu bavimo. Pored napred citiranog njegovog aforizma da, za razliku od ljudske, samo božanska priroda poseduje puno znanje, on izjavljuje i da „u božjim očima sve stvari jesu dobre i opravdane”, dok su „ljudi ti što su jedne stvari uze-

---

<sup>26</sup> Preuzeto iz: M. Đurić, *Istorija helenske etike*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 1997, 123.

<sup>27</sup> Preuzeto iz: B. Snel, op. cit, 172.

<sup>28</sup> B. Snel, *ibid*, 170.

<sup>29</sup> J. Stenzel, *Metaphysik des Altertums* (Sonderausgabe aus dem Handbuch der Philosophie), München und Berlin 1931, 37. Preuzeto iz: M. Đurić, *Istorija helenske etike*, op. cit, 122.

<sup>30</sup> M. Đurić, *ibid*, 124.

<sup>31</sup> M. Marković, *Filozofija Heraklita mračnog*, Nolit, Beograd 1983, 19.

<sup>32</sup> Ni u našem vremenu ne jenjava interesovanje za Heraklita i njegovo učenje. Videti na primer, V. Jerotić, *Sa Heraklitom u 21. veku*, Službeni glasnik, Beograd 2013.

li za neopravdane, a druge opet za opravdane”<sup>33</sup>. Heraklit je ovim aforizmima hteo da „naglasí apsolutno savršénstvo božanskog principa, u poređenju sa ograničenošću, nesavršenstvom, nepotpunošću svakog mogućeg svojstva smrtnoga ljudskoga roda, uključujući i znanje”<sup>34</sup>, odnosno da „samo bog poseduje jednu sintetičku, holističku, teleološku viziju sveta”<sup>35</sup>. Iako je Heraklit bio stava da čovek može steći samo nepotpuno i nesavršeno znanje, u poređenju sa apsolutnim, savršenim i potpunim znanjem koje poseduje božanski princip, to ne znači da je on bio mišljenja da čovek ne poseduje ama baš nikakvo znanje. Prema našem uvaženom profesoru grčke književnosti i filozofije Miroslavu Markoviću – i to čovekovo manjkavo znanje za Heraklita ipak „jeste neka vrsta znanja”<sup>36</sup>. Međutim, ono što, po Heraklitu, čovek nikada neće saznati, to je skriveni univerzalni princip, supstrat ili supstanciju koja se nalazi u osnovi svake stvari i pojave u svetu, a koja stoji jedino u domašaju boga.

Do radikalnog raskida sa dotadašnjom tradicijom grčkog poimanja sveta i čovekovog mesta u njemu dolazi sa sofistima. Nevolja je što njihovi spisi gotovo da nisu sačuvani, već za sofiste i njihove stavove saznajemo posredno, preko Platona i Aristotela, koji su zbog poznatog stava prema religiji koji su zastupali sofisti, iste žestoko kritikovali, a neka njihova mišljenja izlagali ruglu pred ondašnjom grčkom javnošću. Ipak, raskid koji se desio sa stupanjem na filozofsku scenu sofista za nas je posebno značajan. Oni su prvi istakli i u prvi plan stavili, sa izuzetnom oštroumnošću i nespecifičnim rezonom za ono vreme, fenomen koji bi danas mogli nazvati ljudskom subjektivnošću. Pitanje je da li su ljudi pre njih zaista imali svest o ljudskoj stvarnosti kao takvoj, koja podrazumeva prisustvo u svetu jednog bića koje oseća, želi i misli, a čije postojanje uslovljava i pitanja i odgovore<sup>37</sup>. „I dok će u isto vreme Sokrat, koji sofistima duguje mnogo, staviti naglasak na čoveka kao takvog, na ljudskost koju nastoji da otkrije u svakom pojedincu, prvi kao da su bili zapanjeni individualnim razlikama među ljudima”<sup>38</sup>. To je verovatno dovelo do neke vrste nepopustljivog individualizma, čiji je najizrazitiji predstavnik Protagora. Njegovu čuvenu izreku: „Čovek je mera svih stvari, onih koje jesu da jesu i onih koje nisu da nisu”, Platon tumači u smislu čistog individualnog relativizma<sup>39</sup>. Protagora je navodno time hteo da kaže, ne samo da pojedinci, makar zauzimali isti položaj u odnosu na neki predmet, ovaj opažaju različito usled njihove posebne strukture, već i da isti čovek pred nekim predme-

<sup>33</sup> Preuzeto iz: M. Marković, op. cit, 179.

<sup>34</sup> M. Marković, ibid, 178.

<sup>35</sup> M. Marković, ibid, 180.

<sup>36</sup> M. Marković, ibid, 178.

<sup>37</sup> F.-L. Miler, *Istorija psihologije* (prevod sa francuskog), Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci – Novi Sad 2005, 41.

<sup>38</sup> H.-L. Miler, ibid, 42.

<sup>39</sup> Tako, H.-L. Miler, ibid.

tom koji je prethodno opazio, stiće drugi utisak, jer se i sam u međuvremenu promenio<sup>40</sup>. Diogen Laertije još je dalje otišao u svojim tvrdnjama od Platona, jer je isticao da je „Protagora prvi izjavio da o svakoj stvari postoje dva suprotna iskaza”<sup>41</sup>. U svakom slučaju, Protagora je tvrdio da je nemoguće znanje u smislu shvatanja stvari samih po sebi. „Ideji o istini, delu stvarnosti kao takve, Protagora suprotstavlja ideju istine koja se saznaje u dodiru s tom stvarnošću, istine kao ljudske građevine”<sup>42</sup>. Poseban značaj u procesu saznavanja činjenica spoljnog sveta Protagora je pripisivao ljudskim čulima. Koliko god je Protagorino mišljenje o ovom, ali i nekim drugim pitanjima, bilo za ono vreme kontroverzno i zbog toga žestoko kritikovano od strane velikog broja njegovih savremenika, pa i kasnije, ono je, ispostaviće se, sa tačke gledišta našeg savremenog poimanja istine od neprocenjivog značaja. Protagora je bio prvi nama poznati grčki mislilac koji je beskompromisno zastupao stav da istina nije apsolutan pojam, da je ona ljudska i samim tim relativna. Time je on utro put modernog shvatanja istine koje i danas ima veliki broj svojih pristalica, da naime istina nije pojam apsolutne datosti, nego rezultat jednog relacijskog odnosa, neminovno uslovljenog subjektivnošću, to jest jedinstvenošću i neponovljivošću svakog pojedinačnog ljudskog subjekta spoznaje.

Protagorino mišljenje nije naišlo na odobravanje savremenika. Tako, njegov tvrdnji da je svo znanje uslovljeno osetima, Platon prigovara da se znanje ne može svesti na oset. Po njemu, neku stalnost mora posedovati subjekt saznanja, pa time i svako znanje. Stoga znanje ne može počivati na osetima. S tim u vezi, u dijalogu Fedon Platon kaže da se duša hrani božanskom istinom<sup>43</sup>. Iz toga se može izvesti zaključak da je Platon bio mišljenja da ljudska duša ipak poseduje bogom dati potencijal za otkrivanje istine. On je time hteo da ponovo uspostavi narušeno poverenje u božji ili univerzalni princip, te reafirmiše ideju o postojanju velikog autoriteta – božanstva, koje se nalazi izvan ljudske sfere i koje predstavlja univerzalno merilo svega<sup>44</sup>. Ipak, to ne znači da je Platon zastupao stav da su ljudi bezgrešni. On je bio svestan nesavršenosti čoveka i neminovnosti da ljudi o istoj stvari mogu imati različito, pa i suprotno saznanje, kao i suprotstavljeno mišljenje, koje može biti zavedeno osetima. Uprkos tome, po njemu nema više vrsta istine o nečemu, već je ona jedna i jedina. A kako nesavršeni ljudi do nje dolaze? Odgovor bi mogao glasiti – zajedničkim intelektualnim naporom, jedinstvenom i harmoničnom aktivnošću duha. Ovaj odgovor se nameće na osnovu njegovog dijaloga Fileb u kojem on svom sada već pokojnom učitelju Sokratu stavlja sledeće reči u usta: „Jer mi se, naravno, ne nadmećemo da bi pobedilo ono što ja zastupam ili, pak, ono što ti zastupaš, već obojica treba da se zajedno nekako izborimo za ono

---

<sup>40</sup> Videti, H.-L. Miler, *ibid.*

<sup>41</sup> D. Laertije, *op. cit.*, 310.

<sup>42</sup> Tako, H.-L. Miler, *ibid.*

<sup>43</sup> Videti, H.-L. Miler, *ibid.*, 52.

<sup>44</sup> Videti npr., Platon, *Zakoni* (prevod sa starogrčkog), X. Knjiga, BIGZ, Beograd 1990, 319-352.

što je potpuno istinito<sup>45</sup>. Dakle, „istinu predmeta ne mogu da otkriju čula i mašta, fantastična po prirodi, već samo um<sup>46</sup>. Jer, samo um zahvata suštinu stvari, dok čula ne vide dalje od površine. Kako je lepo rekao izuzetni nemački pisac i vrsni intelektualac Tomas Man (Thomas Mann), „...proziranje svake uslovljene i prolazne stvarnosti, produbljivanje i pročišćavanje pukog gledanja u sagledanje bezuslovne, nezamućene i uvek postojeće istine koja se nalazi iza mnogostruke pojedinačne pojave i iznad nje, istine kojoj se ova odaziva – upravo to je filozofski zahtev koji je Platon ostavio čovečanstvu svoga doba<sup>47</sup>. A koliki je značaj ovog zahteva za nas danas najbolje se može sagledati kroz sledeće reči profesora Dimona (Jean-Paul Dumont): „Tek će na kraju duge borbe i dugotrajnih napora, pošto je ispitana čitava stvarnost u oba svoja vida, čulnom i inteligibilnom, tek će onda svetlost mudrosti i uma zablistati svom snagom koju ljudske moći mogu da podnesu<sup>48</sup>. Razlikovanjem i strogim razdvajanjem pojave i ideje, empirije i duha, prividnog sveta i sveta istine, vremenosti i večnosti, razlikovanje koje u sebi sadrži i sud o vrednosti, Platon je udario temelje kasnijeg hrišćanstva, te neosporno predstavlja jedinstvenu figuru u istoriji ljudskog duha<sup>49</sup>.

Moglo bi se reći da tek sa Platonovim učenikom Aristotelom<sup>50</sup>, započinje nova era u poimanju istine. U svojoj Metafizici on je, kao prvi, izgradio semantičku koncepciju istine, iz koje je proistekla, još i danas aktuelna i široko prihvaćena, teorija korespondencije ili podudarnosti<sup>51</sup>. Ova poslednja temelji se na sada već tradicionalnoj definiciji istine Tome Akvinskog (Thomas Aquinas), koji je, pozivajući se na Aristotela, formulisao istinu kao *adaeqatio rei et intellectus*<sup>52</sup>, a koju je Spinoza (Benedict de Spinoza) kasnije precirao: „Istina je svako tvrđenje ili poricanje o stvari, koje se slaže sa samom stvari. Laž je pak takvo tvrđenje ili poricanje o stvari, koje se ne slaže sa njom<sup>53</sup>. I Kant (Immanuel Kant) je kao „nominalnu definiciju” prihvatio Aristotelov stav da se istina sastoji u slaganju ili harmoniji naših saznanja s njihovim objektima<sup>54</sup>. Smisao Aristotelovog poimanja

<sup>45</sup> Platon, *Meneksen – Fileb – Kritija* (prevod sa starogrčkog), BIGZ, Beograd 1983, 61.

<sup>46</sup> Ž.-P. Dimon, *Antička filozofija* (prevod sa francuskog), Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića/ Dobra vest, Sremski Karlovci, Novi Sad 1990, 47,48.

<sup>47</sup> T. Man, *Eseji II* (prevod sa nemačkog), Matica Srpska, Novi Sad 1980, 10.

<sup>48</sup> Ž.-P. Dimon, op. cit, 48.

<sup>49</sup> Tako, T. Man, op. cit, 11.

<sup>50</sup> Ipak, između Platona i Aristotela vremenom dolazi do razlaza, te se Aristotel još za vreme Platonovog života odvojio od čuvene Akademije. Kažu da je Platon s tim u vezi izjavio: „Aristotel me je odgurnuo kao što ždrebad odbijaju majku koja ih je rodila”. Videti, D. Laertije, op. cit, 140.

<sup>51</sup> Videti o tome više, K. Hamburger, op. cit, 24.

<sup>52</sup> Videti detaljno o istini, T. Akvinski, *Izbor iz djela – I.svezak* (prevod sa latinskog), Naprijed, Zagreb 1990, 209-246.

<sup>53</sup> B. Spinoza, *Kratka rasprava o Bogu, čoveku i njegovoj sreći* (prevod sa nemačkog), Dereta, Beograd 2011, 75.

<sup>54</sup> Videti detaljno, P. Čičovački, *Istina i iluzija – Kant na raskršnicima moderne* (prevod sa engleskog), Dereta, Beograd 2010, 17 – 247. O slabostima tzv. teorije saglasnosti videti, E. Tugend-

istine je da istina, ili istinitost, ne pripada činjeničnoj stvarnosti, već izricanju, dakle iskazu, koji se na tu stvarnost odnosi. Prema Aristotelu, mišljenje i govor su istiniti „po tome što zbilja postoji”, a ne „po tome što je zbilja istinita”<sup>55</sup>. To znači da je istinit onaj govor o nekoj stvari koji je izražava baš onakvu kakva ta stvar zaista jeste. Međutim, za njega govor nije samo senka suštine. Naprotiv, „ono što je iskazano i oslobođeno, zapravo je suština, koja je, zato što predstavlja istinu subjekta, još stvarnija i supstancijalnija”<sup>56</sup>. Premda kod Grka oblast ljudskog gotovo nikada nije bila strogo i u potpunosti odvojena od kosmičko-božanske oblasti, kako je rekla naša helenistkinja i pesnikinja Anica Savić Rebac<sup>57</sup>, pomenuta Aristotelova misao „označava odlučan povratak čulnom, ako ne i ovozemaljskim stvarima”<sup>58</sup>. „Umesto da se, poput svog učitelja, uzdigne do posmatranja najplemenitijeg pojma analogija, Aristotel traži način da formuliše ono što u svemu pojedinačnom, posmatranom u njegovoj posebnosti, jedinstvenosti i konkretnom postojanju, može postati predmetom saznanja. Pojedinačno je jedini stvarni pojam. Umni svet ne postoji izvan čulnog”<sup>59</sup>. Jedinstvo i saradnja duše i tela, za njega je moguća jedino u konkretnom.

Zasluga je upravo Aristotela što se govor o istinitim i netačnim sudovima, iskazima i rečenicama odomaćio u savremenoj zapadnoj logici i teoriji jezika<sup>60</sup>. Takođe, Aristotel je, nakon što su prvi to učinili sofisti na čelu sa Protagorom, širom otvorio vrata mišljenju<sup>61</sup>, koje je danas vladajuće, da istina nije apsolutan, već relativan pojam, jer je rezultat konkretnog relacijskog odnosa čiji ishod umnogome, ako ne i u potpunosti, zavisi od subjekta njene spoznaje. Kao takva, ona se ne odnosi na nešto što samo po sebi postoji, nezavisno od subjekta spoznaje, već na nešto što ima karakter događaja, okolnosti, načina ponašanja, situacije, odnosno na nešto što je slučaj<sup>62</sup>. Dakle, da bi nešto bilo, potrebno je da je spoznato od ne-

---

hat, U. Volf, *Logičko-semantička propedeutika* (prevod sa nemačkog), Narodna biblioteka „dr Dušan Radić”, Vrnjačka Banja 2000, 169-172.

<sup>55</sup> Preuzeto iz: T. Akvinski, op. cit, 212.

<sup>56</sup> Ž.-P. Dimon, op.cit, 76.

<sup>57</sup> Tako, A. Savić-Rebac, *Predplatonaska erotologija*, Književna zajednica Novog Sada, Novi Sad 1984 (prvo izdanje, Skoplje 1932), 65.

<sup>58</sup> Ž.-P. Dimon, op.cit, 66.

<sup>59</sup> Ž.-P. Dimon, ibid.

<sup>60</sup> K. Hamburger, op.cit, 26.

<sup>61</sup> Zanimajući činjenicu da je u svoju koncepciju istine Dekart ugradio upravo zamek Aristotelovog shvatanja, naš filozof Čičovački zaslugu pripisuje isključivo Dekartu i njegovim savremenikima, koji, kao prvi, „povezuju pojam istine s pojmovima javno dostupnog svedočanstva, izvođenja i dokaza”, P. Čičovački, op. cit, 19,20. S tim u vezi, nema sumnje da je Dekart afirmisao pojam istine kakav danas poznajemo u zapadnjačkoj misli, koji je nerazlučivo povezan sa problemom spoznaje. Ipak, potrebno je naglasiti da se koreni takvog shvatanja nalaze se još kod Aristotela.

<sup>62</sup> S tim u vezi, opštepoznata je misao filozofa Ludviga Vitgenštajna: „Die Welt ist alles, was der Fall ist”. Detaljnije videti, A. Ule, Wittgensteinov „svijet”, *Filozofska istraživanja*, god. 7, sv. 1, Zagreb 1987, 147-152.



kog. Time smo došli i do valjane platforme za koncipiranje krivičnogpravnog pojma istine. Stoga nemamo nameru da dalje iznosimo mišljenja starogrčkih, ali ni drugih mislilaca koju su se bavili pitanjem istine u kasnijim vekovima, sve do našeg doba. To ne samo da bi opteretilo naš tekst, već bi čini nam se bilo i nepotrebno, s obzirom na to da su se sve kasnije misli o istini umnogome oslanjale na ono što su o njoj već rekli filozofi Stare Grčke.

Shodno napred rečenom, predmet razmatranja u kontekstu istine u krivičnom pravu može biti samo „slučaj” koji se već dogodio. Ono što se još nije dogodilo, ili što se dogodilo ali je ostalo „nekonstatovano”, jer ga još niko nije saznao, ne može biti predmet „dokazivanja” pred sudom. Kako je rekao Fink (Eugen Fink), „bivstvujeće može biti bez istine, istina nikada bez bivstvjućeg”<sup>63</sup>. Pored toga, ono što je „konstatovano”, to jest spoznato, da bi eventualno postalo istina, moralo bi još biti i iskazano<sup>64</sup>, na način i u postupku kako je to predviđeno odgovarajućim krivičnopravnim odredbama. Tako dolazimo i do načelnog razmatranja o pojmu istine krivičnog prava.

Istina ima u našem, i ne samo u našem krivičnom pravu, posebno mesto, jer je odgovarajućom odredbom Zakonika o krivičnom postupku ustanovljena obaveza suda na istinu. Naime, sud može zasnovati presudu samo na istinito utvrđenom činjeničnom stanju, jer je na glavnom pretresu „dužan da izvede zaključak o izvesnosti postojanja određene činjenice”<sup>65</sup>. Pored toga, značenje izraza „izvesnost” Zakonik definiše na sledeći način: „Izvesnost je zaključak o nesumnjivom posto-

<sup>63</sup> E. Fink, *Uvod u filozofiju* (prevod sa nemačkog), Nolit, Beograd 1989, 223.

<sup>64</sup> Ipak, nesavršenosti i nepouzdanosti govorno-jezičke aparature svima su iz životnog iskustva poznate. S tim u vezi, veliki pisac i filozof Žan-Pol Sartr svoj autobiografski roman namerno je nazvao jednostavno – Reči, da bi na taj način „naznačio da nema nameru da kaže istinu, već da napravi priču od onoga što misli da je njegova lična pripovest” – B. Sirilnik, *Sreća u nesreći* (prevod sa francuskog), Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 2002, 153. Videti, Ž-P. Sartr, *Reči* (prevod sa francuskog), Paideia, Beograd 2009. Na nepouzdanost reči ukazuje i naš profesor Lompar: „Samo ako život – onaj koji je podario dah sadašnjoj reči – osvedočava njeno dejstvo, ta reč je istinita, mimo svakog spoljašnjeg podudaranja reči i stvari, mimo svakog odvijanja reči u vremenu, jer ona stiže do samog života iz kojeg pridolazi. Otud je danas teško proceniti šta je istina u beskrajnom ponavljanju i umnogostručavanju ljudskih reči. Ta procena nalikuje na ples nad ponorom. Jer, nju mora osvedočiti ono najdragocenije: ona traži skriveno *da* samog života” – M. Lompar, *Moralistički fragmenti*, drugo izdanje, Nolit, Beograd 2009, 290. Takođe, jedan od naših najvećih pisaca Milovan Danajlić o rečima je rekao sledeće: „Reči su, ili šire, ili uže od onog što bi trebalo da pokriju; sad su jače, sad slabije od nauma s kojim smo pošli u potragu za njima; uvek polovično, uslovno upotrebljive...” – M. Danajlić, *Učenje jezika*, Srpska književna zadruga, Beograd 2008, 84. I mnogi drugi ukazivali su na nepouzdanost jezičkog izraza. Kada je međutim u pitanju tema našeg rada, jasno je da ne postoji drugi način dolaženja do istine i njenog obznanjivanja u krivičnom postupku od izgovorenih reči i rečenica manjeg ili većeg broja lica, od kojih su neki još i neposredno ili posredno zainteresovani za ishod postupka.

<sup>65</sup> Čl. 419 st. 2 Zkp-a; Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72/2011.



janju ili nepostojanju činjenica, zasnovan na objektivnim merilima rasuđivanja”<sup>66</sup>. Pitanje istine u našem krivičnom pravu time prevazilazi puku tehnologiju „utvrđivanja” činjenica u krivičnom postupku. „Otkriti” istinu o činjenicama ima mnogo veći značaj od toga. Zakonski imperativ otkrivanja „pune” istine o činjenicama upućuje na to da je pitanje istine kod nas, ne samo zakonska obaveza za sud, već i etičko pitanje najvišeg ranga. To je pitanje časti, koje kao da stoji na liniji one poznate Novalisove (Novalis) misli: „Čovek postoji u istini. Žrtvuje li istinu, žrtvuje samoga sebe. Ko izda istinu, izdaje sebe. Tu nije reč o laganju – već o delanju protiv ubeđenja”<sup>67</sup>. Ipak, to ne znači da je ovakvu istinu zaista moguće dosegnuti u krivičnom postupku. S tim u vezi, na pitanje, da li se uopšte može doći do bilo kakve istine o izvršenom krivičnom delu, i ako može – kakva je to istina, pokušaćemo da damo načelni odgovor u narednom izlaganju.

Već smo rekli da se istina u krivičnom pravu i postupku odnosi na činjenice. Vladajuće je mišljenje u krivičnopravnoj nauci da „samo činjenica može biti istinita ili neistinita”, dok „vrednosna ocena” može biti tačna ili ispravna, odnosno netačna ili neispravna<sup>68</sup>. Najvažnije krivičnopravno relevantne činjenice predstavljaju elemente bića krivičnih dela, ili preciznije, odnose se na određeno krivično delo povodom kojeg se vodi postupak protiv konkretnog lica – okrivljenog odnosno optuženog. Drugim rečima, potrebno je dokazati, kako Zakonik kaže, „sa izvesnošću”, činjenicu da li je određeno lice na određeni način, u određeno vreme i na određenom mestu u prošlosti izvršilo krivično delo koje mu se stavlja na teret. Time se pokazuje da je istina koja se zahteva u krivičnom pravu nesumnjiva kategorija realnosti, jer se odnosi na neku faktičnost, na neku spoljnu manifestaciju „slučaja” koji se odigrao u prošlosti. U širem smislu, na neku osobinu sveta koju bi spoljašnje posmatranje moglo da otkrije. Dakle, jasno je da se ona ne odnosi na nešto nadrealno – transcendentno ili metafizičko, što bi svakako umnogome otežalo, ili čak onemogućilo njeno dokazivanje. Ne odnosi se ni na simbole, kojima mi sami pridajemo odgovarajuće značenje, i čija istina, samim tim, ne proizlazi iz osobina izvesnih objekata, već iz značenja simbola koje se nalazi unutar granica naše kontrole<sup>69</sup>, kao što je to slučaj kod istine u matematici<sup>70</sup>. To ne znači da je ovu „krivičnopravnu istinu” lako dokazati, da se ona sama od sebe otkriva, jer nam navodno činjenice krivičnopravnog slučaja takoreći stoje na raspolaganju, a naše je

---

<sup>66</sup> Čl. 2 t. 20 Zkp-a.

<sup>67</sup> Novalis, Blütenstaub, Nr. 39; Preuzeto iz: K. Hamburger, op.cit, 43.

<sup>68</sup> Videti, W. Sauer, op. cit, 145.

<sup>69</sup> Iz toga proističe da postoji više vrsta „stvarnosti”, pa shodno tome i više vrsta istine. Naprotiv takvom shvatanju, postoje i mišljenja da postoji jedna stvarnost, koja se samo pojavljuje u raznim oblicima u zavisnosti od različitih pogleda na nju. O jednom od ovih shvatanja videti detaljno, N. Kitaro, *Rasprava o dobru* (prevod sa japanskog), Kokoro, Beograd 2012, 98-112.

<sup>70</sup> O matematičkoj istini videti više, B. Rasel, *Analiza Duha* (prevod sa engleskog), Otkrovenje, Beograd 2008, 247.

samo da ih „otkrijemo” i „pronađemo”, kao da su neke stvari, a potom i „iznese-mo” na uvid javnosti na glavnom pretresu.

Dakle, činjenice „inkrimisanog” događaja iz prošlosti, koji je predmet suđenja, nisu stvari koje bi mogli „pronaći” i samim tim „otkriti”. Otkrivanje istine o ovom događaju iz prošlosti je mnogo komplikovanije i rizičnije, jer je događaj iz prošlosti nešto „istorijsko”, nešto što je već učinjeno i samim tim, što je prošlo. Naš zadatak je da to „istorijsko” prevedemo u sadašnjost, drugim rečima, da „čujemo” šta prošlost ima da nam „kaže”. A ovaj zadatak možemo ispuniti jedino ako „stopimo horizont sadašnjosti sa horizontom prošlosti”<sup>71</sup>. Ovo stapanje različitih horizonata „sudbinski” je teret svih duhovno-istorijskih nauka<sup>72</sup>, uključujući i pravnu, pa i krivičnopravnu nauku i praksu. Ipak, to je istovremeno i njihova privilegija, što govori o uzvišenosti ovih nauka. Setimo se Platonovih reči, koji je nauke koje postoje u *logoi*, u govoru, nazivao hranom duše, baš kao što su jelo i piće hrana tela<sup>73</sup>. Postavlja se pitanje, kakve prepreke i iskušenja stoje na putu uspešnom ispunjenju ovog posla. I da li se on uopšte može valjano obaviti. Od odgovora na ovo pitanje umnogome zavisi i odgovor na pitanje, do kakve istine se uopšte može doći u krivičnom pravu i postupku. Ili je pak dosezanje bilo kakve istine ovde nemoguće.

Francuski filozof Levinas (Emmanuel Levinas) ispravno je primetio da je „istorijsko zauvek odsutno iz svoje vlastite sadašnjosti”, da ono izčezava nakon svog pojavljivanja<sup>74</sup>, da je ono „fenomen – realnost bez realnosti”<sup>75</sup>. Međutim, on iz toga izvlači, na prvi pogled, pomalo pesimističan, pa i deprimirajući zaključak. Pošto je naime u pitanju svet fenomena, Levinas smatra da nam on ne može dati bilo kakav odgovor na pitanje o istini, a da je pokušaj njegovog saznanja najobičnija „idolatrija činjenica, to jest prizivanje nečeg što ne govori, i neprevladivo mnoštvo značenja i mistifikacija”<sup>76</sup>. Međutim, uprkos spoznaje da je veoma teško doći do ovakve istine, da je njeno dosezanje gotovo nemoguće, Levinas se ne predaje, već poziva na borbu duha, nadčovečanski intelektualni napor svakog pojedinca, ako uopšte hoćemo da budemo na njenom putu. On poziva spoznavaoaca „na beskrajnu psihoanalizu, na očajničko traganje za istinskim izvorom, bar u sebi samom, na napor da se probudimo”<sup>77</sup>. Samo tada možemo očekivati da će u međusobnom razgovoru istinoljubivih ljudi iskrsnuti istina. Levinas je time hteo da ukaže na svu težinu otkrivanja „istorijske” istine, da pozove na opreznost prilikom obzna-

<sup>71</sup> H.-G. Gadamer, *Šta je istina?* (prevod sa nemačkog), Gledišta, br. 4, Beograd 1972, 692.

<sup>72</sup> Kako je rekao nemački filozof Gadamer, „kod njih zaista ne postoje nikakva merila koja sa tako zavidnom sigurnošću razlikuju pravo i tačno od iskrivljenog i pogrešnog” – H.G. Gadamer, *Istina u duhovnim naukama*, u: Pohvala teoriji, Oktoih, Cetinje 1996, 48,49.

<sup>73</sup> Tako, H.G. Gadamer, *ibid*, 54.

<sup>74</sup> E. Levinas, *Totalitet i beskonačnost* (prevod sa francuskog), Jasen, Beograd 2006, 50.

<sup>75</sup> E. Levinas, *ibid*.

<sup>76</sup> E. Levinas, *ibid*.

<sup>77</sup> E. Levinas, *ibid*.

njivanja „večnih” ili „nepromenljivih” istina, kao i da upozori čoveka da se ne uljuljka u svojoj učmalosti i malaksalosti duha. To nije ništa drugo nego ono na šta je Niče (Friedrich Nietzsche), kojeg pojedini neopravdano etiketiraju kao najvećeg nihilistu ikada<sup>78</sup>, svojevremeno ukazivao, da, naime, „tvrđenje da je istina tu i da ima kraja neznanju i zabludi, jedna je od najvećih sablazni sveta. Ako pretpostavimo da se u to veruje, onda se time parališe volja za ispitivanjem, istraživanjem, obazrivošću, kušanjem...”<sup>79</sup>. Uostalom, čovek nema mnogo izbora. On stoji pred dve alternative koje se međusobno isključuju – „ili da kapitulira i padne u puko bivajuće, ili da se tek realizuje kao bivajuće istine, bivajuće fenomena”<sup>80</sup>.

Na opreznost u traganju za „istorijskom” istinom, kakva je u širem smislu i ona koja se istražuje u krivičnom postupku, pozivao je pre Levinasa i nemački filozof i antropolog Gelen (Arnold Gehlen). S obzirom na to da je, po njemu, ovde reč o odnosu nečijeg stava prema činjenicama iz prošlosti, taj odnos se manifestuje kao „odnos prema natrag”, to je „proba porekla”<sup>81</sup>. On tačno primećuje udaljenost neke spoznaje od svojih praznina iz prošlosti, te zahteva da ovo „osadašnje”, „predstavljanje”, odnosno „pred oči stavljanje” činjenica iz prošlosti u sadašnjost, mora biti svesno svih rizika. Gelen upozorava da ne bi stoga smeli da se „slepo prepustimo istini neke spoznaje”, već se moramo potruditi da je, maksimalnim angažovanjem naših intelektualnih kapaciteta i mentalnih snaga, aktuelizujemo u sadašnjosti i tako prevedemo u „očevidno stanje stvari”<sup>82</sup>. Tek tada će istina ostvariti svoj krajnji smisao i odlučujući učinak, koji „leži u plodonosnosti”, odnosno „sposobnosti njenog postignuća u odnosu na budućnost”<sup>83</sup>.

I za Jaspersa mi se ovde nikada ne nalazimo na sigurnom tlu, premda je u prirodi čoveka da se rado „laća jednosmislene istine date u važenju iskaza, koji su zasnovani posredstvom datog opažaja i logičke evidencije”<sup>84</sup>. Jer, „naše znanje

---

<sup>78</sup> I Fuko, po nama ispravno, uočava da se Niče nije „odrekao” istine, već je samo licemerno pitanje: „Koji je najsigurniji put do istine?”, preobrazio u jedino ispravno pitanje: „Koji je najsmeliji put do istine?”. Tako, M. Fuko, *Moć/Znanje – odabrani spisi i razgovori* (prevod sa francuskog), Mediterran publishing, Novi Sad 2012, 72. Niče, međutim (ovog puta po nama neopravdano), kritikuje i one koji vrednost istine vide u naporu da se do nje dođe – što smo uložili više truda da dospemo do istinitog saznanja, to su veće šanse da smo na tragu istine. On svoju kritiku potkrepljuje jednim, čini se neprikladnim poređenjem: „Napor da se popnemo na planinu sigurno nije mera kojom se određuje njena visina”. F. Niče, *Putnik i njegova senka* (prevod sa nemačkog), Pajdaia, Beograd 1998, 8.

<sup>79</sup> Lažna istina je za njega kobnija od zablude i neznanja jer „podriva sile s kojima se postiže prosvetčenost i saznanje”; F. Niče, *Volja za moć* (prevod sa nemačkog), Dereta, Beograd 2012, 279.

<sup>80</sup> J. Patočka, *Izbor iz filozofskih spisa* (prevod sa češkog), Akademski knjiga, Novi Sad 2013, 240.

<sup>81</sup> A. Gehlen, *Čovek – njegova priroda i njegov položaj u svijetu* (prevod sa nemačkog), „Veselin Masleša” – „Svetlost”, Sarajevo 1990, 315.

<sup>82</sup> Videti detaljnije, A. Gehlen, *ibid.*, 320.

<sup>83</sup> Videti detaljnije, A. Gehlen, *ibid.*, 318–321.

<sup>84</sup> K. Jaspers, *Filozofija egzistencije*, op. cit., 62.

želi ponekad da nas zavede, da nas zatvori u svest o onome što u sistematskom redu svagda smatramo stvarnim i istinitim. Ali, tokom vremena, iznenadi nas novo iskustvo, novo činjenično stanje”. Naša svest koja nešto zna tada se mora preobražavati<sup>85</sup>. Kako kaže Hegel (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) – „istina je sa stvarnošću u savezu protiv svesti”<sup>86</sup>. Iz toga Jaspers izvlači zaključak da nema jedne, nepromenjive i za svagda date istine. „Istina je za čoveka u vremenu i stoga je istorijska, zato kao zadatak stalno ugrožena”<sup>87</sup>.

Na teškoće koje stoje na putu „činjeničnoj” istini ukazivala je na maestralan način i veliki filozof i humanista, koju smo pomenuli na početku našeg teksta – Hanna Arendt. Ona s pravom ističe da su „činjenice i događaji neizmerno krhki i od aksioma, otkrića, teorija – čak i onih koji su u najvećoj meri spekulativni – koje je stvorio ljudski duh”<sup>88</sup>. Jer, „činjenice i događaji se zbivaju u oblasti stalno menjajuće ljudske delatnosti”. Stoga, „kada su jednom izgubljeni, nikad ih više ne može povratiti nijedan racionalni napor”<sup>89</sup>. Pored toga, činjenična istina „postoji samo u meri u kojoj se o njoj govori”, a i tada postoji realna opasnost da se ona izobliči usled različitih interpretacija onih koji govore. Arendtova se pita, da li je uopšte moguće da se činjenice saznaju bez interpretacije, ako se zna da „one prvo moraju da budu izdvojene iz haosa pukog bivstvovanja (a principi izbora sigurno nisu činjenični podaci), a onda da budu pretočene u kazivanje koje jedino može da bude saopšteno u određenoj perspektivi, koja nema ničeg zajedničkog sa izvornim zbivanjem”<sup>90</sup>. Uprkos tome, crvena nit ne bi se nikako smela prekoračiti u interpretiranju, te niko ne bi smeo da manipuliše činjenicama kako mu drago, niti da „dira u činjeničnu stvar kao takvu”<sup>91</sup>. Kako ona kaže, „ubeđivanje i prinuda mogu da unište istinu, ali ne mogu da je zamene”<sup>92</sup>. Stoga se traganje za istinom, kao model egzistiranja pojedinca i funkcionisanja društva, nikada ne bi smeo napustiti. Traganje za istinom, kao iskonska težnja duhovnog integriteta, mora biti oslobođeno interesa. Ono pretpostavlja „neopredeljenost i nepristrasnost, slobodu od koristoljublja u mišljenju i rasuđivanju” pojedinca<sup>93</sup>. Glavni egzistencijalni oblik kazivanja istine je, kako je rekla Arendtova, „samoća filozofa, usamljenost

<sup>85</sup> S tim u vezi Hajdeger smatra da „istina nije obeležje tačne postavke, koje neki ljudski subjekt iskazuje o nekom objektu i koje onda negde, ne zna se u kom području, važi, već je istina otkrivanje toga-što-bude, kroz koje (otkrivanje) neka otvorenost biva”; M. Hajdeger, *O biti istine* (prevod sa nemačkog), Gledišta, br. 5,6, Beograd 1972, 876.

<sup>86</sup> K. Jaspers, op. cit, 69.

<sup>87</sup> K. Jaspers, ibid, 77.

<sup>88</sup> H. Arendt, *Istina i politika*, op. cit, 852,853.

<sup>89</sup> H. Arendt, ibid, 853.

<sup>90</sup> H. Arendt, ibid, 858,859.

<sup>91</sup> H. Arendt, ibid, 859.

<sup>92</sup> H. Arendt, ibid, 876.

<sup>93</sup> Tako, H. Arendt, ibid, 879.

naučnika i umetnika, nepristrasnost istoričara i sudije i nezavisnost pronalazača činjenice, svedoka i izveštača”<sup>94</sup>.

Ovaj duhovni kvalitet, koji predstavlja pretpostavku uspešnog traganja za istinom, mogao bi se označiti kao istinoljubivost<sup>95</sup>. Njega bi, naravno, morao posedovati i svaki sudija ukoliko želi da dosegne istinu u krivičnom postupku. Istinoljubivost je, pojednostavljeno rečeno, „činjenica psihološke prirode i vrlina moralne prirode. Kao činjenica, to je saobraženost činova i reči sa unutrašnjim životom, ili unutrašnjeg života sa samim sobom. Kao vrlina, to je ljubav ili poštovanje prema istini”<sup>96</sup>. Postavlja se pitanje, da li je posedovanje ove vrline dovoljno da bi se dostigla „objektivna” istina u krivičnom pravu i postupku, da li je ona garancija „pronalaženja” ovakve istine? Na osnovu svega što smo do sada rekli o „činjeničnoj” istini uopšte, odgovor kao da se sam nameće: „objektivnu” istinu nemoguće je „otkriti”, pa sve da u određenom krivičnom postupku učestvuju sve sami istinoljubivi ljudi, uključujući naravno i sudiju. Najviše do čega se može doći u krivičnom postupku je stoga uverenje da smo u posedu istine<sup>97</sup> – verovanje da naš sud o činjenicama inkriminisanog događaja odgovara stvarnosti onoga što se dogodilo u prošlosti. Veza koja postoji između pojma istine i ideje verovanja odnosno poverenja, na koju smo malopre ukazali, obelodanjuje se i etimološki u nekim stranim jezicima<sup>98</sup>. U našem jeziku verovati znači – „smatrati, držati, misliti odnosno biti uveren da je nešto istinito, ili da neko govori istinu”<sup>99</sup>. Dakle, možemo jedino verovati u istinu. A što se tiče dostizanja „objektivne” istine, odnosno, kako naš zakon kaže – izvesnosti, kao zaključka o nesumnjivom postojanju ili nepostojanju neke činjenice, morali bi priznati da je to naš „večiti”, ali nikada dostižni ideal<sup>100</sup>. Polazeći od toga, Gadamer (Hans--Georg Gadamer) je pozivao na „razaranje fantoma istine odvojene od stanovišta onoga ko saznaje”<sup>101</sup>.

---

<sup>94</sup> H. Arent, *ibid*, 877.

<sup>95</sup> Naravno, nije svako iznošenje istine produkt ove vrline, drugim rečima, ono ne predstavlja uvek izraz pozitivne nastrojenosti neke ličnosti. Kao što je poznato, ona bi se mogla i zloupotrebiti – „upotrebiti kao oružje, sa zadnjom namerom”, protiv nečijih interesa. Tako, R. Spaemann, *Moralische Grundbegriffe*, achte Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2009, 94.

<sup>96</sup> A. Kont-Sponvil, *Mala rasprava o velikim vrlinama* (prevod sa francuskog), Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci – Novi Sad 2014, 235.

<sup>97</sup> I uopšte, svaki pojedinačni sud o bilo kojoj vrednosti je relativan, jer se nalazi u ljudskoj svesti. Videti, G. Vukadinović, Shvatanje profesora Radomira D. Lukića o objektivnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2015, 1492.

<sup>98</sup> Videti detaljnije, G. Frankfurt, *op. cit.* 55.

<sup>99</sup> Videti, Rečnik srpskog jezika, *op. cit.* 140. Ipak, u Rečniku se kod priloga „verovatno” navodi – „po svoj prilici”, „dosta sigurno” ali i „izvesno”. Kada u tom istom rečniku na drugom mestu čitamo da reč „izvesnost” označava osobinu onoga što je „nesumnjivo”, dolazi se do neosnovanog zaključka da reči „verovatno” odnosno „verovatnoća”, i „izvesno” odnosno „izvesnost”, mogu predstavljati sinonime. Uporediti, Rečnik srpskog jezika, *op. cit.* 140, 450.

<sup>100</sup> Slično tvrdi i Zauer: „Zur Feststellung der ‘materiellen Wahrheit’ ist nur ein Wahrheitsurteil möglich, da die objektive Wahrheit eine ewige Aufgabe ist”. – W. Sauer, *op. cit.* 145.

<sup>101</sup> H.G. Gadamer, *Pohvala teoriji*, *op. cit.* 51.

Ipak, to istovremeno ne znači da dosezanje istine u krivičnom postupku može biti samovoljno, to jest proizvoljno. S tim u vezi, Kantovo mišljenje i danas je jednako aktuelno: „Priznavati jedan sud za istinit, to je jedan proces koji se obavlja u našem razumu i koji se može zasnivati na objektivnim razlozima, ali koji pretpostavlja isto tako i subjektivne uzroke u duhu onoga koji sudi. Ako ovaj sud važi za svakoga, bar ukoliko on ima uma, onda je njegov razlog objektivno dovoljan i u tome slučaju on se zove *ubeđenje*. Ako on ima svoj razlog samo u osobenome svojstvu subjekta, onda se on zove *nagovor*”<sup>102</sup>. Nagovor, međutim, može biti samo prost privid. Nasuprot tome, „istina se zasniva na podudarnosti sa objektom, u odnosu prema kome se dakle sudovi svakoga razuma moraju slagati među sobom (*consentientia uni tertio consentiunt inter se*). Prema tome, spoljašnji kriterijum za ocenu toga da li je neko priznavanje istinitosti ubeđenje ili prost nagovor nalazi se u mogućnosti da se ono saopšti i da se uvidi da važi za um svakog čoveka; jer se u tome slučaju može bar slutiti da će se razlog saglasnosti svih sudova, i pored međusobne razlike subjekata, zasnivati na zajedničkom osnovu, naime na objektu sa kojim će se zbog toga svi subjekti složiti i na taj način dokazati istinitost suda”<sup>103</sup>. Ovo priznavanje istinitosti, koje je i sa subjektivnog i sa objektivnog gledišta dovoljno, Kant naziva *znanjem*<sup>104</sup>, te zaključuje: „Ja se nikada ne smem poduhvatiti da obrazujem neko *mnenje*, ako nemam bar neko *znanje* posredstvom koga jedan sud koji je po sebi samo problematičan dobija neku vezu sa istinom koja je, premda nepotpuna, ipak nešto više od proizvoljnog uobraženja”<sup>105</sup>.

Postavlja se pitanje, da li je sud u mogućnosti da u krivičnom postupku dođe barem do takvog uverenja o činjenicama izvršenog dela koje kvalitativno može prerasti u napred pomenuto Kantovo *znanje*. Smatramo da može, premda mu na tom putu stoje brojne, objektivne i subjektivne prepreke. Ne ulazeći detaljnije u njihovu analizu, najveća teškoća ogleda se u tome što se kriminalni događaj koji je predmet suđenja, po pravilu, desio u prošlosti, usled čega sud redovno ne saznaje krivičnopravno relevantne činjenice vlastitim opažanjem kao i neposrednom spoznajom. Do njihovog saznanja on dolazi posredno, preko drugih izvora informacija o istima. Dakle, svoje znanje o delu on u suštini temelji na predanju jednog ili većeg broja lica. Shodno tome, da bi sud istinito utvrdio činjenično stanje koje je prouzrokovano u prošlosti i koje je predmet suđenja, morao bi da kategorije portetka – mišljenja i jezika različitih subjekata krivičnog postupka, kao izvora informacija o delu, sakupi i dovede u međusobnu vezu<sup>106</sup>. A u kojoj meri je to težak

<sup>102</sup> I. Kant, *Kritika čistog uma* (prevod sa nemačkog), BIGZ, Beograd 1976, 487-488.

<sup>103</sup> I. Kant, *ibid*, 488.

<sup>104</sup> Videti, I. Kant, *ibid*, 489.

<sup>105</sup> I. Kant, *ibid*.

<sup>106</sup> Kako je rekao Karl Engiš, „pravnik se kreće po divljini sumnje i različitosti mišljenja, unutar kojih se lagano i oprezno mora kretati da bi našao pravi put”. Videti, K. Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Max Hueber Verlag, München 1963, 22.



posao ne bi trebalo posebno isticati<sup>107</sup>. Ipak, time se nevolje suda u traganju za istinom ne završavaju. Nakon selekcije prikupljenog dokaznog materijala, sud je u obavezi, ne samo da izgradi sopstveno mišljenje o tome šta se zaista desilo u prošlosti, već zatim i da predmetno dešavanje opiše rečima koje verno oslikavaju krivičnopravno relevantnu stvarnost izvršenog dela. Tek kada do toga dođe, moglo bi se reći da je činjenično stanje, na „razvalinama” prošlog događanja, rekonstruisano u sadašnjosti. Većita je dilema, kada okončati postupak rekonstrukcije, kada objaviti da je postupak konstituisanja činjeničnog stanja u sadašnjosti okončan<sup>108</sup>. I da li se ikada možemo zadovoljiti postignutim, kao i smemo li javno objaviti kako čvrsto verujemo<sup>109</sup> da činjenično stanje verno odražava stvarnost onoga što se desilo u prošlosti. Po Karlu Engišu (Karl Engisch), izuzetnom nemačkom teoretičaru prava, smemo. Pravi trenutak za ovakvu objavu suda, mišljenja je ovaj autor, sledeći je: „Postupi li on u pronalaženju svoje odluke strogo logički, metodski tačno i uverljivo, upusti li se on bez predrasuda, otvoreno i strpljivo u diskusiju, svako mišljenje sa razumevanjem uzme u obzir i razmotri, ali i razmisli o konsekvencama i pozadinama svakog vrednosnog gledišta da bi na kraju doneo onakvu odluku koja se njemu čini ispravnom, tada bi mogli reći da takva odluka ima snagu ubedljivosti koja čuva od grešaka”<sup>110</sup>. To ne znači da je Engiš bio mišljenja da u procesu iznalaženja istine sud ne može pogrešiti. Greške su ovde nažalost neminovne. On je na taj način hteo da istakne da su vrhovne osobine koje bi svaki sudija morao posedovati – istinoljubivost, odgovornost i marljivost, premda se sve može svesti na prvopomenutu vrlinu. Istinoljubivost je, dakako, iskreni napor da se dođe do istine. To je intelektualna vrlina beskompromisnog traganja za istinom, koja od istine čini vrednost i koja joj se podčinjava. Samo nam istinoljubivost daje za pravo da verujemo da smo u posedu, ili barem na tragu istine,

---

<sup>107</sup> Kako je u ovom radu već citirani Milovan Danajlić rekao: „Svet je pun nesaglasnosti između zvučanja i značenja, gledanja i slušanja, naslućivanja i punog razumevanja”. Videti detaljnije, M. Danajlić, op. cit, 80.

<sup>108</sup> „Sud zaključuje postupak izvođenja dokaza. Kada se ovo tačno događa, o tome nam ne govori nijedna odredba o vođenju sudskog postupka, ali nam govori često i s pravom kritikovana praksa. U jednom pogledu možemo se potpuno osloniti na nju. U okviru nje se došlo do saznanja da i prilikom uspostavljanja činjeničnog stanja postoji nešto poput osećaja zasićenosti. Odjednom se sve slaže. I slikarima je poznat taj osećaj. Jedan suvišan potez četkicom i slika je uništena, jedan potez premalo i ona nije završena. Oni jednostavno znaju kada treba da prestanu”. Tako, V. Grasník, *Ka novoj teoriji prava* (prevod sa nemačkog), Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci – Novi Sad 2001, 243.

<sup>109</sup> Tako je uostalom i sa celokupnim našim saznanjem koje nam nikada ne jamči izvesnost, već samo manju ili veću verovatnoću. „Kome to nije dovoljno, moraće da se potruži da otkrije neki novi svet. U našem svetu moramo se zadovoljiti sa privremenošću i nesigurnošću našeg saznanja. Otuda u ovom našem svetu ostaje nam samo usud odlučivanja. Jer, ovaj naš svet je svet ljudi”. Tako, A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972, 325.

<sup>110</sup> K. Engisch, ibid.



pa i kada je u pitanju istina u krivičnom pravu. Jedino uz pomoć ove vrline možemo očekivati da će interpretativni sklop koji se zove činjenično stanje biti zao-kružen, i time proces rekonstrukcije izvršenog krivičnog dela iz prošlosti na valjan način okončan. Ipak, značaj koji se ideji istine i vrlini istinoljubivosti danas pridaje, ne uliva optimizam<sup>111</sup>. Ostaje jedino nada da će pozitivna strujanja na intelektualnom, kulturnom i moralnom planu u budućnosti doneti sa sobom duh nekih prošlih vremena u kojima se na istinu gledalo drugačijim očima, punim nade i ponosite gordosti.

---

<sup>111</sup> Videti o tome na samom početku našeg teksta.

*Dragiša S. Drakić, Ph.D., Associate Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
D.Drakić@pf.uns.ac.rs*

## **Fundamental Consideration of Truth – in General and in Criminal Law**

**Abstract:** *In this paper the author deals with the eternal issue of truth – in general and in criminal law. In the first part of the paper the author speaks about the significance of truth as such, but also about its role and place in contemporary society. He continues elaborating the idea of truth as it was in ancient Greek philosophy and poetic tradition given that Ancient Greece represents the cradle of the idea of truth. This part of the paper ends with an analysis of the Aristotle's understanding of truth which is, according to the author, the beginning of the new era of modern understanding of the truth phenomenon.*

*In the following part of his paper the author analyses the opinions of the 20<sup>th</sup> century outstanding philosophers who occupied themselves with so called factual truth – which, in his opinion, includes the truth reached in criminal law. This type of truth is analysed further. The author concludes that the maximum to be reached in the criminal procedure is conviction i.e. belief that we are in the possession of truth. When reaching „objective“ truth is concerned as undoubtless certainty that a criminal offence has been committed, as well as all details referring to its commission, the author believes that this is the “eternal” but never accomplished ideal. Finally, the author proposes the modality of truth, which is most likely to be accomplished within criminal law and procedure.*

**Key words:** *truth, criminal law, criminal procedure, philosophy, conviction, certainty.*

Datum prijema rada: 05.05.2016.

*Dr Goran N. Bošković, vanredni profesor  
Kriminalističko-policijska akademija  
Beograd  
goran.boskovic@kpa.edu.rs*

*Dr Slaviša Lj. Vuković, vanredni profesor  
Kriminalističko-policijska akademija  
Beograd  
slavisa.vukovic@kpa.edu.rs*

## OBLASTI I POSLEDICE UTICAJA ORGANIZOVANOG KRIMINALA NA LEGALNO TRŽIŠTE<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Kriminalne strukture šire sfere uticaja na sva polja društvenog života i postaju opasnost po nacionalnu i međunarodnu bezbednost. Profit koji generiše organizovani kriminal na ilegalnom tržištu i njegova infiltracija u legalne ekonomske tokove narušava integritet finansijskih institucija. Na taj način osnovne postavke finansijskog sistema mogu biti narušene, a delovanje državnih institucija, ekonomski napredak i nacionalna bezbednost ugroženi. Savremene kriminalne organizacije su profitno orijentisane i tržišno ustrojene, a metodi delovanja koje koriste kombinacija su kriminalnih i metoda rada savremenih poslovnih organizacija, što ih čini posebno opasnim po društvo. Velika ekonomska moć organizovanog kriminala koristi se za sticanje političke moći, a ona se povratno koristi za ostvarivanje kriminalnih ciljeva. Autori u radu ukazuju na dominantne oblasti i konsekvence infiltracije organizovanog kriminala u legalne ekonomske odnose, kao i na implikacije ovih procesa u cilju što boljeg razumevanja njihovog značaja za definisanje modela suprostavljanja organizovanom kriminalu.*

**Ključne reči:** *organizovani kriminal, legalno tržište, uticaj, posledice*

---

<sup>1</sup> Pad je nastao u okviru projekta „Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje terorizmu i organizovanom kriminalu u uslovima međunarodnih integracija”, broj 179045, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije, a realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu i projekta „Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije” koji finansira Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu.

## 1. UVOD

Delovanjem organizovanog kriminala ugrožavaju se ljudska bezbednost i vladavina prava. U pitanju je jedan od najozbiljnijih bezbednosnih izazova, rizika i pretnji modernom čovečanstvu, pa je neophodno pronaći adekvatan odgovor na njega. Cilj organizovanih kriminalnih grupa je uvećanje profita i smanjenje rizika korišćenjem koruptivnih veza i prinude u osiguravanju ekskluzivnog uticaja na datom tržištu.<sup>2</sup> Da bi omogućile integrisanje kriminalnog profita u legalne ekonomske odnose organizovane kriminalne grupe teže korišćenju privredno–finansijskog sektora kako bi zamaglile granice između legalnih i nelegalnih aktivnosti. Istraživanje u Belgiji pokazalo je da 75 % kriminalnih organizacija poznatih policiji, koje deluju u toj zemlji, u svojoj aktivnosti koriste legalne poslovne strukture. U 49,1 % slučajeva to su legalna privredna društva koja su osnovala kriminalne organizacije koje se bave legalnim i nelegalnim aktivnostima.<sup>3</sup> Rezultati istog istraživanja pokazuju da organizovani kriminal koristi manje rizičnije načine, „pozajmljene” iz privredno–finansijskog sektora, da bi stekao i povećao kriminalni profit, legalizovao svoje delovanje i ostvario uticaj na ekonomske i političke tokove.

Velike količine nelegalno stečenih sredstava koje poseduju kriminalci i kriminalne organizacije predstavljaju potencijalnu opasnost, njime se korumpiraju državni organi, narušava integritet finansijskih institucija i omogućava uključivanje u legalne ekonomske tokove, a time i kontrolisanje sivih i crnih tržišta.<sup>4</sup> Korišćenjem legalnih poslovnih struktura organizovani kriminal prihvata pravila ponašanja u poslovnom svetu i prilagođava svoju organizaciju novim zahtevima, što u krajnjem može dovesti do toga da kriminalne organizacije postanu slične legalnim poslovnim organizacijama.<sup>5</sup> Takve „nove” kriminalne organizacije osim što koriste metode legalnih poslovnih organizacija zadržavaju i pređašnje metode delovanja (korupcija, nasilje, ucene i dr.), a njihove ambicije su vršenje uticaja na vlast, pa čak i oblikovanje države i redefinisane njenih funkcija za ostvarenje kriminalnih ciljeva. Upravo zbog toga su u ovom radu predmet analize oblici i posledice

---

<sup>2</sup> Thomas Schelling, „What is the business of organized crime?”, *Journal of public law*, 1/1971, 74.

<sup>3</sup> Paul Ponsaers, „What is so organized about financial–economic crime? The Belgian case”, *Crime, law & social change*, 3/2002, 194.

<sup>4</sup> Vid. Darko Marinković, „Siva ekonomija i crno tržište u Srbiji. Paralelni svet oko nas”, *Ekonomski vidici*, 3/2004, 455–467.

<sup>5</sup> Prema nekim izveštajima, *italijanska mafija* je postala *italijanska banka broj jedan*, sa sredstvima koja prelaze vrednost od 65 milijardi dolara, dok više od 200.000 preduzeća zavisi od njihovog kreditiranja, čime mafija ostvaruje opsadu nad privredom ove zemlje i utiče na ekonomske i političke tokove. James Mackenzie, Mafia now “Italy’s No.1 bank” as crisis bites, <http://www.reuters.com/article/2012/01/10/us-italy-mafia-idUSTRE809IYX20120110>, 15. novembar 2015.

infiltracije organizovanog kriminala u legalne ekonomske odnose i dominantne implikacije tog procesa.

## 2. RAZMERE ILEGALNIH PRIHODA STEČENIH ORGANIZOVANIM KRIMINALOM I MOGUĆNOST NJIHOVOG PLASIRANJA U LEGALNE EKONOMSKE TOKOVE

Kriminalni profit je izvor ekonomske moći organizovanog kriminala, on se koristi za sticanje političke moći (korupcijom, finansiranjem političkih stranaka, obavljanjem „prljavih” poslova za državu i drugim metodama), koja se dalje koristi za ostvarivanje kriminalnih ciljeva. Globalne procene prihoda stečenih kriminalom u 2009. godini iznose 3,6 % svetskog bruto društvenog dohotka (BDP) ili 2100 milijardi dolara. S druge strane, procene iznosa *oprانog* novca ukazuju na iznos od 1600 milijardi dolara ili 2,7 % BDP-a.<sup>6</sup> Od trgovine ljudima u Evropi godišnje se zaradi između sedam i 13 milijardi dolara, od čega oko sedam milijardi potiče od prostitucije žrtava trgovine ljudima. Na globalnom nivou, zarada od seksualne eksploatacije žrtava trgovine ljudima je oko 60 milijardi evra godišnje, što je 400 % više nego pre 10 godina i jednako trgovini narkoticima. Procena je da se u Srbiji oko 1200 osoba odaje prostituciji i da su prihodi blizu 40 miliona evra godišnje.<sup>7</sup> Tako organizovani kriminal postaje neformalni centar finansijske moći.

Neke međunarodne kriminalne organizacije imaju kapital veći od nacionalnih bruto dohodaka ili budžeta mnogih zemalja. Organizovani kriminal sprečava tranziciju ka demokratiji, ograničava lična prava i slobode, onemogućuje ekonomiju otvorenog tržišta i legalne strane investicije, ograničava slobodne izbore, slobodu štampe i prei finansijskoj bezbednosti zemalja. Uključivanjem nelegalno stečenih prihoda u legalne finansijske tokove organizovani kriminal ugrožava ekonomski sistem i tržišnu konkurenciju i ostvaruje uticaj na ekonomske, političke i društvene tokove na nacionalnom i međunarodnom planu. Procenjuje se da neregistrovanje prihoda organizovanog kriminala infiltriranog u legalne ekonomske odnose u SAD nanosi javnim fondovima gubitak od oko šest milijardi dolara koje drugi privredni subjekti i građani moraju da popune dodatnim oporezivanjem.<sup>8</sup>

Tranzicione procese u zemljama u razvoju organizovani kriminal često zloupotrebljava za pranje novca, učešćem u privatizaciji društvenog kapitala, osni-

<sup>6</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*, Vienna, 2011, 127.

<sup>7</sup> Saša Mijalković, „Seks industrija kao vid organizovane kriminalne delatnosti”, *Organizovani kriminalitet – stanje i mere zaštite*, oktobar 2005, Policijska akademija, Beograd, 675.

<sup>8</sup> Larry Siegel, *Criminology*, Belmont, 2009, 380.

vanjem preduzeća čija je osnovna delatnost spoljnotrgovinski promet i devizno poslovanje, konkurisanjem na tenderima za javne nabavke i projekte koji se finansiraju iz javne potrošnje (poput javnih radova i uopšte velikih investicija u infrastrukturu) i drugo. U procese privatizacije i zloupotrebe stečajnih postupaka često su uključeni i organizovani kriminal i transnacionalni kriminal u sprezi s političkim faktorom.<sup>9</sup> Iskustva država koje su prošle tranzicione procese pokazuju da je ta sfera u velikoj meri opterećena kriminalnim radnjama koje imaju za cilj obezvređivanje kapitala, zatim njegovu netačnu procenu i pretakanje društvenog bogatstva u privatne ruke.<sup>10</sup>

Korupcija omogućava uspostavljanje i održavanje kriminalnih veza između državnih organa i kriminalnih struktura, čime se nastoje obezbediti političke odluke koje pogoduju organizovanom kriminalu i „imunitet” od kažnjavanja. Takva korupcija predstavlja „dobru investiciju” te se smatra režijskim troškom i sastavnim delom kriminalne strategije i taktike.<sup>11</sup> Ujedno njome se umanjuju sposobnosti krivičnog pravnog sistema i stvara nepoverenje građana u taj sistem i državu.<sup>12</sup> Organizovani kriminal teži da spreči donošenje zakona koji omogućavaju njegovo suzbijanje, a ako oni postoje da se ne primenjuju dosledno i efikasno. Korupcijom državnih i finansijskih struktura olakšava se ulaganje opranog novca u razne poslove i omogućava prednost u odnosu na legalne poslovne subjekte (izvođenje javnih radova, privatizacija preduzeća, izvozni i uvozni poslovi i slično).

Potencijali za ulaganje kriminalnih organizacija u legalno poslovanje zavise od veličine kriminalnog profita. Istraživanje u Srbiji pokazuje da je materijalna šteta na osnovu prijavljenih krivičnih dela u periodu 2000–2005. godine bila 86 milijardi dinara (1,2–1,4 milijarde evra). Više od 80 % od te sume pripisuje se ekonomskom kriminalu, dok je samo u 2005. godini, zarada od njega bila oko 230 miliona evra, a šteta naneta društvu u Republici Srbiji iznad 250 miliona evra<sup>13</sup>. Posmatrajući te podatke, pitanja koja privlače pažnju su kolika je stvarna šteta i obim ukupnog kriminalnog profita, kakva je njegova koncentracija i distribucija i upliv u legalne ekonomske tokove? S obzirom da je u Srbiji po tadašnjim poda-

---

<sup>9</sup> Branislav Simonović, *Kriminalistika*, Kragujevac, 2004, 621.

<sup>10</sup> Goran Bošković, „Korupcija u privatizaciji”, *Korupcija u javnoj upravi* (ur. Đorđe Đorđević, Goran Milošević, Biljana Simeunović–Patić), Beograd, 2011, 56.

<sup>11</sup> Valentina Korž, „Korupcijske veze organizovanih kriminalnih grupa i organizacija – kriminalistička analiza”, *Bezbednost*, 6/2002, 949.

<sup>12</sup> Institucije koje su erodirane korupcijom, slaba su prepreka interesima razgranatih kriminalnih struktura, jer korumpirani eksponenti vlasti nemaju dovoljno ni autoriteta, ali ni morala, da se efikasno suprotstave kriminalcima, koji koriste aktuelno stanje za nezakonito bogaćenje. Goran Bošković, Sreten Jugović, „Korupcija u javnoj upravi Republike Srbije – specifičnosti i institucionalni mehanizmi za sprečavanje”, *Srpska politička misao*, 3/2015, 143.

<sup>13</sup> Organisation for security and cooperation in Europe, *Report on money laundering and predicate crime in Serbia 2000–2005*, Paris, 2006, 10.

cima bilo 2584891 domaćinstvo, agregatni godišnji deficit za domaćinstva procenjuje se na 40814 miliona dinara (više od 600 miliona evra), odnosno 3,3 % BDP za 2003. godinu<sup>14</sup>. Nameće se pitanje kako se postojeći deficit finansira i da li je on ravnomerno raspoređen ili je koncentrisan (mala grupa ljudi koja ima velike nelegalne prihode)? Izvori finansiranja mogu biti doznake iz inostranstva (veliki broj ljudi iz Srbije koji rade u inostranstvu), kreditiranje, uštedovina, dobici, rad na crno, siva ekonomija, zloupotrebe u poreskom sistemu, kriminalni profit i drugo. Ako se istraživanjem na osnovu navedenih parametara utvrde postojanje i koncentracija kriminalnog profita i spremnost za njegovo ulaganje u legalno poslovanje, to može uzrokovati mnoge štetne posledice.

Napori koji se ulažu u suzbijanje kriminalnih organizacija na pojedinačnom i internacionalnom planu imaju cilj onemogućavanje korišćenja ekonomske moći kriminalnih organizacija za infiltraciju u politički sistem finansiranjem političkih struktura, a time i sticanje političke moći koja se povratno koristi za povećanje ekonomske moći kriminalnih organizacija.<sup>15</sup> Zato treba razmotriti razloge zbog kojih kriminalne organizacije, grupe i pojedinci koji se bave kriminalnom delatnošću ulažu u legalno poslovanje, jer to može imati različite posledice. Razlozi mogu biti obezbeđenje za budućnost (u slučaju povlačenja, izdržavanja zatvorske kazne, smrti i sl.), smanjenje rizika da državni organi oduzmu kriminalni profit ili da ga prisvoji konkurentska kriminalna grupa, podrška kriminalnoj delatnosti i stvaranje direktnog izvora kriminalnog profita.<sup>16</sup>

Kriminalne organizacije stalno tragaju za novim centrima za pranje prljavog novca, a naročito su ranjive zemlje u tranziciji s nedovoljno izgrađenim institucijama za borbu protiv organizovanog kriminala, kojima su neophodne investicije da bi pokrenule svoju ekonomiju<sup>17</sup>. U tu grupu zemalja spada i Srbija, pa treba preduzeti niz mera i radnji na preventivnom i represivnom planu kako bi se onemogućilo infiltriranje kriminalnih organizacija u finansijske institucije i kontrolisanje političkih i ekonomskih tokova investicijama iza kojih stoji „prljav” novac.

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

<sup>15</sup> Vid. *Organized crime: culture, markets and policies* (eds. Dina Siegeland, Hans Nelen), New York, 2008.

<sup>16</sup> Prema izveštaju Saveta Evrope, upotreba legalnih komercijalnih struktura od strane organizovanih kriminalnih grupa može da služi u različite svrhe – kao pokriće ili zaštita za njihove ilegalne aktivnosti; da obezbedi logističku podršku i ostale usluge kriminalnim aktivnostima; da olakša pranje novca; da posluži kao veza sa javnim vlastima i ostalim legalnim strukturama društva; da omogući učestvovanje u javnim nabavkama; da se proširi asortiman poslovnih interesa; da se kontroliše ili monopolizuje tržište, itd. Council of Europe, *Organized crime situation report 2004 – Focus on the threat of cybercrime*, Strasbourg, 2004, 43.

<sup>17</sup> Matthias Borgers, Johannes Moors, „Targeting the proceeds of crime: bottlenecks in international cooperation”, *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 1/2007, 12.



### 3. OBLASTI UPLIVA ORGANIZOVANOG KRIMINALA U LEGALNO TRŽIŠTE

U Nacionalnoj strategiji za borbu protiv organizovanog kriminala iz 2009. godine procenjuje se da u Srbiji deluje više organizovanih kriminalnih grupa koje su regionalno povezane sa takvim grupama u zemljama u okruženju i šire, a najviše sa grupama iz Crne Gore, Bosne i Hercegovine, Rumunije, Republike Hrvatske, Republike Makedonije, Republike Bugarske i Republike Albanije. Njihov uticaj je veoma štetan na privredni i ekonomski razvoj Srbije, a osnovni metod njihovog delovanja je ulaganje velikih suma nelegalno stečenog novca u legalne tokove, kao i korumpiranje pripadnika državne administracije, kako bi se došlo do zaštićenih informacija i ostvario uticaj na tok i ishod krivičnog progona. U istoj Strategiji se ukazuje da je nemoguće precizno izračunati materijalno–finansijsku štetu koju Srbiji nanosi organizovani kriminal, ali je sasvim sigurno da je ona velikih razmera. Među pojavnim oblicima organizovanog kriminala u Srbiji navode se: trgovina narkoticima, iznude, otmice, ucene, trgovina ljudima, krijumčarenje ljudi, korupcija, pranje novca, zloupotreba službenog položaja, falsifikovanje novca i drugih sredstava plaćanja, prostitucija, trgovina oružjem i eksplozivnim materijama, međunarodno krijumčarenje vozila, krijumčarenje akcizne robe i visokotehnološki kriminal. Uočene tendencije ukazuju da se novac stečen vršenjem predikatnih krivičnih dela ulaže u kupovinu nepokretnosti i luksuznih dobara na teritoriji Republike Srbije, da se transferiše van granica Srbije na privatne račune fizičkih lica i račune ofšor (*off shore*) firmi koje se osnivaju za tu namenu. Za pranje takvog novca koriste se i specijalizovana lica iz oblasti finansija i savremena sredstva komunikacije. Deo novca stečenog na nelegalan način u inostranstvu unosi se i u zemlju, fizički ili putem bankarskih transfera i ulaže u nekretnine, čemu pogoduje nepostojanje ili nezadovoljavajuća primena propisa o poreklu imovine. Proces privatizacije u velikoj meri je omogućavao ulaganje „prljavog” novca u kupovinu pravnih lica koja se privatizuju.

Procenjuje se da je na području Evropske unije (EU) aktivno 3600 međunarodnih organizovanih kriminalnih grupa koje vrše različite kriminalne aktivnosti, među kojima su najviše rasprostranjena ilegalna trgovina drogom (najvažniji tipovi droga su kokain i kanabis) i prevare (najvažniji tipovi prevara su prevare u vezi sa akcizama i PDV–om). Te dve oblasti kriminala predstavljaju više od polovine svih aktivnosti organizovanih kriminalnih grupa, a više od 30 % grupa aktivnih u EU su poli–kriminalne, odnosno uključene su u više od jedne kriminalne oblasti.<sup>18</sup> Socijalni i ekonomski troškovi od organizovanog kriminala u Velikoj Britaniji iznose najmanje 24 milijarde funti godišnje, dok se troškovi od prevara kao

---

<sup>18</sup> European Police Office, *SOCTA 2013 EU Serious and organised crime threat assessment*, The Hague, 2013, 33.

oblika organizovanog kriminala procenjuju na najmanje 8,9 milijardi funti godišnje, a troškovi od prevara uopšte na čak 50 milijardi funti godišnje.<sup>19</sup> U toj zemlji je identifikovano skoro 1400 organizovanih kriminalnih grupa koje se bave ekonomskim kriminalom, od kojih su mnoge uključene i u druge oblike teškog i organizovanog kriminala. Organizovani kriminalci vrše prevare u vezi sa osiguranjem i hipotekama, kao i prevare protiv globalnog bankarskog sistema, učestvuju u kriminalu protiv intelektualne imovine, uključujući i snabdevanje falsifikovanim lekovima i elektronskim uređajima. U Strategiji protiv teškog i organizovanog kriminala u Britaniji izraženo je uverenje da je mali broj organizovanih kriminalnih grupa uključen u zloupotrebu tržišta u toj zemlji.

Prevare se sve više vrše putem savremenih informaciono-komunikacionih mreža (čak 40 % prevara u Britaniji u 2012. godini izvršeno je iskorišćavanjem slabosti usluga putem tih mreža i slabosti lica koja ih koriste), a jedan fišing (*phishing*) imejl u kojem pošiljaoc tvrdi da je pouzdano lice za pružanje finansijskih i drugih podataka, može biti korišćen za napad na veliki broj ljudi, često od strane kriminalaca koji se nalaze u inostranstvu ili koriste stranu IT infrastrukturu<sup>20</sup>. Prevare protiv javnog sektora koštaju Britaniju oko 20 milijardi funti godišnje od kojih prednjače one protiv poreskog sistema gde je iznos utajenog poreza kao posledica organizovanog kriminala oko pet milijardi funti, dok su prevare u vezi sa porezom na dodatu vrednost povezane sa duvanom i alkoholom postale više sofisticirane, multinacionalne i često podrazumevaju korišćenje informaciono-komunikacionih mreža.<sup>21</sup>

Mnogobrojnim kriminalnim aktivnostima akumuliraju se velike sume gotovog novca koje se koriste za razvijanje kriminalnih aktivnosti, kao i za pokretanje legalnog biznisa.<sup>22</sup> Prema Proceni pretnje od teškog organizovanog kriminala koju je objavio Evropol 2013. godine pranje novca je označeno kao globalni biznis koji je prisutan u svakoj zemlji koja vrši operacije sa velikim sumama novca. U pitanju je samostalno krivično delo koje je blisko povezano sa ostalim formama teškog i organizovanog kriminala, a takođe postoje i profesionalni perači novca koji vrše usluge pranja novca za druge kao svoju osnovnu delatnost. U istom dokumentu ukazuje se da je obim pranja novca teško proceniti, da je on značajan i upućuje na procenu Kancelarije za droge i kriminal Ujedinjenih nacija po kojoj je suma globalno opranog novca između dva i pet procenata globalnog BDP ili između 615 milijardi i 1540 milijardi eura godišnje.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> The Stationery Office, *HM Government: Serious and organised crime strategy*, London, 2013, 14.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 18.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 18-19.

<sup>22</sup> Vid. Milan Škulić, *Organizovani kriminalitet – pojam i krivičnoprocesni aspekti*, Beograd, 2003, 203-204.

<sup>23</sup> European Police Office, 27.

Organizovane kriminalne grupe nastavljaju da koriste tradicionalne metode pranja novca kao što je korišćenje kompanija školjki i računa u ofšor jurisdikcijama. Za pranje novca sve više se koriste internet, pripejd kartice i elektronski novac, a organizovane kriminalne grupe su vešte i u eksploataciji slabosti kao što su preduzeća za novčane usluge (*money service businesses*), neformalni sistemi za transfer vrednosti i zemlje sa relativno slabim graničnim kontrolama i regulativom protiv pranja novca. Provajderi ilegalnih finansijskih usluga pojavljuju se u formi platformi i banaka za plaćanje bez nadzora.<sup>24</sup> Neformalni sistemi za transfer vrednosti, kao što je hawala (*hawala*), zasnovani su na globalnoj mreži često neregistrovanih i neformalnih bankara koja obično pruža usluge etničkim ili emigrantskim zajednicama i njihovim firmama. Agencija za teški organizovani kriminal u Velikoj Britaniji procenila je da se samo kroz institucije za novčane usluge i neformalne sisteme transfera vrednosti godišnje opere preko jedne milijarde funti, dok se ilegalni profit često pere kroz radnje koje rade sa velikim količinama gotovog novca koje veoma često posluju na prometnim lokacijama, kao što su prodavnice brze hrane, kompanije koje pružaju usluge zaštite, taksi firme i auto perionice.<sup>25</sup>

Posebnu pažnju treba obratiti na mogućnosti sprečavanja upliva organizovanog kriminala na legalno tržište u oblasti javnih nabavki, javnih licitacija, javnih prodaja i izdavanja raznih vrsta subvencija i dozvola od strane državnih organa za komercijalnu delatnost. Industrijska tržišta sa licitacijama kojima upravljaju državni organi (npr. odlaganje otpada, izgradnja puteva, građevinarstvo) često su visoko konkurentna zbog relativno niskog nivoa specifičnih ulaganja, a kartel sporazumi su nestabilni zbog teškog otkrivanja i sankcionisanja odustajanja. U toj oblasti uloga organizovanog kriminala je da povećanja stabilnost takvih sporazuma pretinjom kažnjavanja firmi koje odustaju, kao i da pruži zaštitu legalnim firmama od ulaska novih takmičara, jer nije u interesu aktuelnih firmi niti organizovanog kriminala da dozvoli ulazak novih takmičara, pošto bi to značilo smanjivanje renti koje ovi drugi delom prisvajaju.<sup>26</sup> Organizovane kriminalne aktivnosti na legalnim tržištima šire se i na direktno investiranje i upravljanje legalnim preduzećima. Pripadnicima organizovanog kriminala potreban je legalan prihod da bi prikrili svoj pravi posao, a u snabdevanju ilegalnih dobara i usluga postoji potreba za mestima za trgovinu tako da se koriste male radnje, barovi i restorani za pokriće aktivnosti povezanih sa pranjem novca ili nezakonito kladenje. Na taj način, kroz poslovnu aktivnost pod kontrolom organizovanog kriminala smanjuju se rizici povezani sa pranjem novca.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> The Stationery Office, 19.

<sup>26</sup> Gianluca Fiorentini, „Organized crime and illegal markets”, *Encyclopedia of law and economics, volume v. The economics of crime and litigation* (eds. Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest), Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 448.

<sup>27</sup> *Ibid.*

U skladu sa dopunjenim i izmenjenim preporukama Grupe za finansijske akcije u vezi s pranjem novca (*Financial Action Task Force on Money Laundering*) koje su usvojene u februaru 2012. godine, priprema Nacionalne procene rizika od pranja novca i finansiranja terorizma predstavlja međunarodni standard, odnosno države su pozvane da identifikuju, procene i razumeju rizike za pranje novca i finansiranje terorizma sa kojima se suočavaju.<sup>28</sup> U skladu sa time, vlade država treba da formiraju organ ili mehanizam koji će koordinirati korake u procenjivanju rizika. Cilj tako sačinjene procene rizika jeste da se dođe do zaključaka koji sektori i aktivnosti u nacionalnom sistemu imaju potencijalno viši rizik za pranje novca, koji imaju niži rizik, kako bi vlasti mogle adekvatno da odgovore na njih.

U Proceni rizika koja je sačinjena za Srbiju kao rizici navedeni su: 1) krivična dela izbegavanje poreza, ilegalna proizvodnja i promet opojnih droga, zloupotreba dužnosti; 2) visok uticaj na ranjivost sistema: nizak broj presuda za pranje novca i nekoordinirane akcije vladinih tela; 3) glavni nedostaci sistema: statistika nije integrisana ili se ne vodi, nedostatak elektronskog unošenja podataka i nedostatak umrežavanja informacionih sistema i baza podataka vladinih tela; 4) visoka ranjivost banaka u finansijskom sektoru; i 5) u nefinansijskom sektoru kao ranjiva aktivnost označena je trgovina nekretninama.<sup>29</sup>

U zahtevima za dostavu podataka koje su drugi državni organi uputili Upravi za sprečavanje pranja novca Ministarstva finansija Republike Srbije tokom 2014. godine najzastupljenija su bila krivična dela zloupotreba ovlašćenja u privredi, zloupotreba odgovornog lica, nedozvoljen prelazak preko državne granice i krijumčarenje ljudi, trgovina narkoticima, terorizam i finansiranje terorizma, trgovina ljudima i razne vrste prevara.<sup>30</sup> Kod najvećeg broja predmeta sumnja se u ekonomsku opravdanost transakcija, odnosno nakon analize sredstava po računima nije bilo moguće utvrditi izvore sredstava unetih u finansijski sistem. Najčešće se radilo o značajnim gotovinskim uplatama koje se nisu mogle opravdati poslovnim aktivnostima i drugim izvorima prihoda. Analize sumnjivih slučajeva odnosile su se i na koruptivne aktivnosti lica koja su bila na rukovodećim pozicijama u pravnim licima (direktor, ovlašćeno lice, osnivač) i manipulaciju prilikom sticanja vlasništva u određenim kompanijama, zaključivanje fiktivnih ugovora ili pomoć licima koja su povezana sa licima iz kriminalnog miljea. Veliki broj predmeta je analiziran i zbog sumnje da se preko fiktivne privredne aktivnosti – prometa roba, novac prenosi između povezanih pravnih lica, a zatim se gotovinski podiže sa računa. Postoji sumnja da je stvarni vlasnik oššor kompanije i domaćeg

<sup>28</sup> Jelena Pantelić, *National risk assessment of money laundering in the Republic of Serbia*, Beograd, 2013, 12.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>30</sup> Uprava za sprečavanje pranja novca, *Izveštaj o radu Uprave za sprečavanje pranja novca za period 1.1 – 31.12.2014. godine*, Beograd, 2015, 7.

pravnog lica isto lice i da se na ovaj način novac iz nelegalnih aktivnosti vraća u zemlju.<sup>31</sup>

#### 4. NEGATIVNE KONSEKVENCE PRODORA ORGANIZOVANOG KRIMINALA U LEGALNE EKONOMSKE TOKOVE

Organizovani kriminal negativno deluje u svim društvima u kojima postoji, a posebno značajne ekonomske i socijalne konsekvence može imati u zemljama u tranziciji, jer u njima ne postoje adekvatne institucije za njegovo suzbijanje, njihova tržišta su često mala i podložna poremećajima usled kriminalnih aktivnosti<sup>32</sup>. Naime, negativni efekti infiltracije organizovanog kriminala u legalnu ekonomiju najčešće se ispoljavaju kroz: povećanje stepena kriminala (posebno korupcije); nepoštenu konkurenciju legalnim privrednim subjektima; smanjenje poreskih prihoda; narušenu reputaciju zemlje u međunarodnim okvirima; slabljenje finansijskih institucija i njihovog kredibiliteta; kompromitovanje ekonomije i privatnog sektora; ugrožene napore vezane za privatizaciju i drugo.

Delovanje organizovanog kriminala povećava korupciju na ključnim „kapijama” sistema, kao što su: finansijske institucije, zakonodavni organi, agencije za sprovođenje zakona, nadzorne institucije, policija, tužilaštvo i sudovi. Infiltracija organizovanog kriminala u legalne ekonomske tokove negativno utiče na stabilnost bankarskog i drugih sektora ekonomske aktivnosti (tržište hartija od vrednosti, osiguranje, investicioni poslovi i dr.) i može prouzrokovati probleme sa likvidnošću zbog povlačenja finansijskih sredstava usled prekida korespondentnih bankarskih odnosa, oduzimanja nelegalnih sredstava, gubitke kod zajmova i smanjenje vrednosti akcija finansijskih institucija. Klijenti prestaju da posluju sa institucijom čija je reputacija narušena zbog sumnji ili navoda vezanih za učešće u organizovanim kriminalnim aktivnostima. Tako se na sredstva koja su „perači” novca stavili na depozit u banci, ne može računati kao na stabilan izvor finansiranja. Veliki iznosi opranog novca često su podložni neočekivanim povlačenjima iz finansijske institucije preko elektronskih transfera ili drugih transfera, što izaziva probleme s likvidnošću banaka.<sup>33</sup>

U slučajevima umešanosti legalnih poslovnih struktura u kriminalne aktivnosti može doći do pokretanja sudskih postupaka, postojanja nesprovodivih ugovora, izricanja kazni i prinudnih naplata koje uzrokuju gubitke, povećanje troškova za instituciju ili čak zatvaranje takve institucije. Nedostatak informacija o

---

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

<sup>32</sup> Brent Bartlett, *Negative effects of money laundering on economic development*, New York City, 2002, 19.

<sup>33</sup> Vid. Michael Levi, Peter Reuter, „Money laundering”, *Crime and justice*, 1/2006, 289–375.

konkretnom klijentu, poslovanju klijenta ili odnosu klijenta i drugih pozajmljivača, može da izloži finansijsku instituciju velikom riziku. To je posebno zabrinjavajuće u slučajevima u kojima postoje povezani subjekti s druge strane, povezani pozajmljivači, kao i zajednički izvor prihoda ili sredstava za vraćanje kredita. Gubici kod zajmova rezultat su, naravno, i nesprovodivih ugovora i ugovora sklopljenih s fiktivnim licima ili firmama iza kojih stoje kriminalne organizacije.

Identifikacija stvarnih korisnika računa od ključne je važnosti za efikasnost sistema suprotstavljanja organizovanom kriminalu u privredno–finansijskom poslovanju. Identifikacione procedure štite od poslovnih odnosa s fiktivnim osobama ili korporacijskim subjektima bez dovoljnih sredstava, kao što su korporacije koje postoje samo imenom iza kojih se nalaze kriminalci i kriminalne organizacije.<sup>34</sup> Poznato je da organizovani kriminal koristi „školjka” poslovne subjekte koji se naizgled bave legalnim poslovanjem a ustvari su pod kontrolom kriminalaca. Takvi poslovni subjekti najčešće se koriste za mešanje nezakonitih sredstava sa legalnim sredstvima kako bi se maskirali prihodi pribavljeni na nezakonit način. Pristup nelegalnim sredstvima koje imaju ti poslovni subjekti omogućava im da subvencioniraju svoje proizvode i usluge, čak i po cenama nižim od tržišnih. Usled toga, legalna preduzeća teško mogu da budu konkurentna takvim poslovnim subjektima, čiji je jedini cilj da očuvaju i zaštite nelegalno stečena sredstva, a ne da proizvode sa profitom.

Ukoliko neka zemlja ima reputaciju utočišta za organizovani kriminal i pranje novca samo za sebe, može da dovede do znatnih negativnih posledica po njen razvoj.<sup>35</sup> Strane finansijske institucije mogu da ograniče svoje transakcije sa institucijama zemalja koje su utočišta za pranje novca, mogu da podvrgnu te transakcije dodatnom oprezu, što će ih učiniti skupljim ili mogu da prekinu korespondentne ili zajmodavačke odnose u potpunosti. Čak i legalna preduzeća iz tih zemalja mogu da trpe zbog smanjene dostupnosti svetskim tržištima ili dostupnosti po višoj ceni zbog dodatnog stepena opreza u odnosu na njihovo vlasništvo, organizaciju ili sisteme kontrole. Svaka zemlja koja ne preduzima mere za suzbijanje organizovanog kriminala teže će privući strane investitore i dobiti podršku stranih vlada. Zbog toga je Grupa za finansijske akcije u vezi s pranjem novca sačinila „listu nekooperativnih zemalja i teritorija”, koje ne ispunjavaju minimalne standarde i koje su rizične za ulaganja investitora.

---

<sup>34</sup> Vid. Slaviša Vuković, Saša Mijalković, Goran Bošković, „Prevencija pranja novca i finansiranja terorizma – osnovne metode i mogućnosti”, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 2/2011, 119–129.

<sup>35</sup> Nestor Courakis, „Financial crime today: Greece as a European case study”, *European journal on criminal policy and research*, 2/2001, 212.

## 5. ZAKLJUČAK

Organizovani kriminal u savremenim uslovima nastoji da koristi legalne ekonomske tokove da bi prikrio sopstvenu kriminalnu delatnost, poreklo i postojanje nelegalno stečene imovine. Velike količine kriminalnog profita u rukama kriminalnih struktura predstavljaju potencijalnu opasnost za korumpiranje u radu državnih organa, narušavaju integritet finansijskih institucija i omogućavaju uključivanje u legalne ekonomske tokove. Akumulirana ekonomska moć kriminalnih organizacija zasnovana na kriminalnom profitu koji je prošao proces pranja, koristi se kao moćna poluga za širenje uticaja koruptivnim aktivnostima u svim sferama društvenog života i angažovanje u ostvarivanju kriminalnih ciljeva infiltracijom u legalne ekonomske tokove.

Opasnost od organizovanog kriminala nije ograničena na posledice pojedinačnih kriminalnih radnji, već znatno više na mogućnosti da utiče na donošenje državnih odluka u sferi politike i ekonomije. Veliki interes organizovanog kriminala za uticaj na državu i njene funkcije proističe iz činjenice da će uz pomoć države najlakše obezbediti profit i imunitet od krivičnog gonjenja. Efikasni mehanizmi suprotstavljanja organizovanom kriminalu utiču na smanjenje kriminala (posebno korupcije), pojačanu stabilnost finansijskih institucija i tržišta, imaju pozitivan uticaj na ekonomski razvoj i reputaciju u svetskoj zajednici. Njihov neodvojiv deo je i borba protiv korupcije, jer organizovani kriminal najlakše „buja” u okruženju podložnom korupciji.

Kreiranje efikasnog sistema suprotstavljanja organizovanom kriminalu, korupciji i pranju novca zahteva stvaranje zakonskih okvira za primenu mera oduzimanja prihoda stečenih kriminalom uz poštovanje međunarodnih standarda za tu oblast. S druge strane, neefikasnost sistema za suprotstavljanje organizovanom kriminalu, korupciji i pranju novca u jednoj zemlji omogućavaju kriminalcima i kriminalnim organizacijama da uspešno funkcionišu, tj. da koriste svoje nezakonite prihode i šire svoje kriminalne aktivnosti koje ugrožavaju sve sfere društvenog života.



Goran N. Bošković, Ph.D., Associate Professor  
Academy of Criminalistic and Police Studies  
Belgrade  
goran.boskovic@kpa.edu.rs

Slaviša Lj. Vuković, Ph.D., Associate Professor  
Academy of Criminalistic and Police Studies  
Belgrade  
slavisa.vukovic@kpa.edu.rs

### **Areas and Consequences of Organized Crime Influence on the Legal Market**

**Abstract:** *Criminal structure spread sphere of influence in all fields of social life and become a threat to national and international security. Namely, criminal profits generated by organized crime in the criminal market and its infiltration into the legal economic flows represent a potential danger for corrupting in legal economic relations and undermine the integrity of financial institutions. In this way, in the end the basic fundamentals of the financial system may be disrupted, and in dangerous are the functioning of state institutions, economic prosperity and national security.*

*Modern criminal organizations are profit-oriented and market-based and operating methods that use are combination of criminal and methods of modern business organizations, which makes them particularly dangerous to society. The great economic power of organized crime used to acquire political power, and it is in turn used to pursue criminal objectives. Thus, the threat of organized crime is not limited to the effects of individual criminal actions, but much more on the ability to influence the decision making processes in the sphere of politics and economics.*

*The great interest of organized crime to influence on state and its functions stems from the fact that with the help of the state authority can provide the easiest way for providing criminal profit and immunity from prosecution. The authors in paper point to areas and dominant negative consequences of the infiltration of organized crime into legitimate economic relations, as well as the implications of these processes in order to gain a better understanding of their importance for defining the model on fighting of organized crime.*

**Key words:** *organized crime, legal market, impact, consequences*

Datum prijema rada: 05.05.2016.



Dr Radomir G. Zekavica, vanredni profesor  
Kriminalističko-policijska akademija  
Beograd  
radomir.zekavica@kpa.edu.rs

## O OBAVEZI POKORAVANJA PRAVU<sup>1</sup>

**Sažetak:** U radu se razmatra pitanje opšte obaveze pokoravanja pravu. Autor iznosi i analizira najznačajnija shvatanja i argumente u prilog teze da opšta obaveza pokoravanja pravu postoji (Dvorkin, Hart, Rols), kao i ona shvatanja koja ovu tezu osporavaju (Raz, Smit). U završnim razmatranjima autor daje kritički osvrt ne neka ključna pitanja opšte obaveze pokoravanja pravu i iznosi svoje uverenje da je o takvoj obavezi moguće govoriti isključivo kao o tipu *prima facie* obaveze pokoravanja. U prilog tome, autor skicira hipotetički model društva i pravnog sistema u okviru kojeg je takva obaveza moguća i iznosi svoje uverenje o osnovnim pretpostavkama i principima na osnovu kojih ona može biti utemeljena i opravdana.

**Ključne reči:** pravo, obaveza pokoravanja, obaveznost, *prima facie* obaveza, moral

### 1. UVOD

Neka pitanja naizgled nude jasan i očigledan odgovor. Takvo je pitanje *da li postoji obaveza pokoravanja pravu?* Ukoliko na umu imamo pravnu obaveznost prava onda je odgovor relativno lako dati. Naime, odgovor pravnika pozitiviste u vezi sa ovim pitanjem može biti da obaveza pokoravanja pravu nastaje kao rezultat normativno-pravnog (idealnog) važenja pravne norme, pa shodno tome, i pravne obaveze. Pravna norma obavezuje jer važi, a važi zato što ispunjava formalne kriterijume važenja na osnovu čega ona postaje obavezujuća po sve pravne subjekte. Reći da jedna norma važi, kako je to Kelzen davno definisao, znači da ona

---

<sup>1</sup> Rad je rezultat realizacije internog naučno-istraživačkog projekta Kriminalističko-policijske akademije pod nazivom „Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije“, za period 2015-2018.

ima obaveznu snagu za one čije ponašanje reguliše.<sup>2</sup> Pri tome, obavezujuća snaga pravnih normi potkrepljena je i mogućnošću prinudnog sankcionisanja u slučajevima izvršenja delikta. Da li će pravni subjekti zaista da se pokoravaju pravu li ne i koji će motivi tog pokoravanja biti (strah od sankcije ili pak dobrovoljni pristanak na obavezu), su zasebna pitanja koja se bave razlozima zbog kojih se neko smatra obaveznim da sledi pravna pravila, a ne pitanjem postojanja pravne obaveze. Drugim rečima, pravna obaveza pokoravanja pravu postoji bez obzira na naš unutrašnji stav, volju i htenje. Kada stvari tako posmatramo pomenuto pitanje ne zvuči teško, a odgovor se lako nameće.

Međutim, stvari postaju znatno kompleksnije kada se pitanje obaveznosti prava posmatra kroz prizmu moralnog autoriteta prava i, shodno tome, moralnog tipa obaveznosti da se pravu pokoravamo. Pitanja onda glase: Da li postoji opšta moralna obaveza pokoravanja pravu? Da li ona znači da su subjekti prava obavezni da se pokoravaju pravu, samim tim, što je reč o pravu? Da li pravo uživa moralni autoritet *per se*, i šta je osnov tog autoriteta? Šta je za moralnim zahtevima i očekivanjima koji svaki pojedinac može da ima naspram prava koje treba da poštuje i kako postupiti u slučajevima kada pravo zahteva od nas nešto što je u suprotnosti sa našim moralnim stavom i ličnim vrednostima – kada se prosto ne slažemo sa onim što pravo zahteva od nas? Da li se i tada treba pokoravati takvom pravu ili ne?

Pre skoro dve i po hiljada godina odgovor na ova pitanja dao je Sokrat u argumentaciji svoje odluke da ne poslušava savet Kritona i ne pobegne iz Atine u kojoj ga je čekala sigurna smrt. Njegova odluka da ostane je ujedno značila potvrdu njegovog stava prema zakonima polisa, a to je da zakone treba poštovati čak i onda kada smo intimno duboko sigurni u to da nam oni nanose nepravdu.<sup>3</sup> I danas, posle toliko vremena, značaj rasprave o pomenutim pitanjima ne gubi na značaju. Razlog tome treba videti u činjenici da ova rasprava, kao retko koja druga u filozofiji i teoriji prava, ima svoj praktični značaj jer u zavisnosti od odgovora na ova pitanja u velikoj meri može da zavisi legitimitet (pa i stabilnost) političke vlasti. Otuda je rasprava o obavezi pokoravanja pravu ujedno i rasprava o političkoj obligaciji građana, političkom autoritetu i legitimitetu vlasti uopšte. U tekstu koji sledi ukazaćemo na najznačajnija shvatanja i argumente *pro et contra* postojanja opšte obaveze pokoravanja pravu.

---

<sup>2</sup> Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet u Beogradu, 1998, 83.

<sup>3</sup> O ovoj temi u kontekstu obaveze pokoravanja pravu videti, Anthony D. Woolley, *Law and Obedience: The arguments of Plato's Crito*, University of North Carolina Press, 1979, kao i studiju profesora Kartledža i njegovu argumentaciju o Sokratovoj krivici iznetoj u njoj: Paul Cartledge, *Ancient Greek Political Thought in Practice*, Cambridge University Press, New York, 2009.

## 2. DA LI POSTOJI I KAKAV JE KARAKTER OPŠTE OBAVEZE POKORAVANJA PRAVU?

Početak polemike oko ovih pitanja vezuje se za period 60-ih i 70-ih godina XX veka u SAD kada su, usled jačanja pokreta za građanska prava i rata u Vijetnamu, ova pitanja iznova otvorila debatu o obavezama i dužnostima pojedinaca prema društvu.<sup>4</sup> Brojni radovi koji su nastali kao rezultat te debate ponudili su odgovore na neka esencijalna pitanja pravne teorije, između ostalog i pitanje postojanja i karaktera opšte obaveze pokoravanja pravu.

Polemika je bila fokusirana na dva osnovna tumačenja ove obaveze. Jedno, po kojem je obaveza pokoravanja pravu opšta obaveza pokoravanja pravnom sistemu, koja nastaje zato što pravo to tako zahteva, te da ona ne može biti predmetom procene od slučaja do slučaja. Drugo tumačenje polazi od toga da je obaveza pokoravanja pravu specifičan vid *prima facie*<sup>5</sup> obaveze pokoravanja. Kao takva, ona podrazumeva opštu obavezu pokoravanja ali ne u njenom apsolutnom smislu reči, već tako da ona može biti dovedena u vezu sa konkretnim sadržajem određenog zakona usled čega se može postaviti pitanje postojanja obaveze pokoravanja.<sup>6</sup> Ričard Vaserstrom izdvaja tri osnovne pozicije koje je moguće imati prilikom razmatranja obaveze pokoravanja pravu, a koje su bile predmet razmatranja i potonjih autora. Prva je ona po kojoj neko ima apsolutnu obavezu da se pokorava pravu i nepokoravanje nikada nije dozvoljeno; druga, neko ima obavezu pokoravanja, ali ona može biti prevaziđena značajnijim razlozima i okolnostima; treća, neko nema posebnu obavezu pokoravanja pravu, ali uobičajeno je ispunjava iz nekih drugih razloga.<sup>7</sup> Kada govori o *prima facie* obavezi pokoravanja pravu Smit ima na umu dilemu da li se ovakva obaveza može smatrati opštom obavezom pokoravanja (a ne partikularnom obavezom da se poštuju određene zabrane poput zabrane ubistva, krađe, silovanja koje svakako postoje u svakom društvu), u smislu da li postoji moralna veza između građana i vlasti koja je takva da oni imaju *prima facie* obavezu pokoravanja na osnovu toga što zakon to zahteva od njih. Prema njegovim rečima „osoba *S* ima *prima facie* obavezu da deluje na način *X*, samo ukoliko postoji moralni razlog za osobu *S* da čini *X*, jedino ukoliko nema moralni razlog da tako ne učini koji je bar jednako jak kao i da učini, a koji je

<sup>4</sup> Joseph Raz, The Obligation to Obey: Revision and Tradition, *Notre Dam Journal of Law, Ethics and Public Policy*, Vol. 1, Article 10, 1985, 139.

<sup>5</sup> *Lat. prima facie* – na prvi pogled. U sudskim postupcima (prevashodno anglosaksonskog sudskog sistema) ovaj termin se koristi da bi se njime označilo postojanje dovoljnog dokaza u sudskom postupku za utvrđivanje neke činjenice ili nečijeg stava, pri čemu je on podoban osporavanju, tj pobijanju.

<sup>6</sup> Thomas May, On Raz and the Obligation to Obey the Law, *Law and Philosophy*, Vol. 16, No. 1, 1997, 23-24.

<sup>7</sup> Richard Wasserstrom, The Obligation to Obey the Law, *UCLA Law Review*, Vol. 10, 1962-1963, 784-785.

takav da propuštanje *S* da učini *X* je pogrešno („*I shall say that a person S has a prima facie obligation to do an act X if, and only if, there is a moral reason for S to do X which is such that, unless he has a moral reason not to do X at least as strong as his reason to do X, S's failure to do X is wrong*“)<sup>8</sup>. Osnovno pitanje je, dakle, da li postoji opšta *prima facie* obaveza pokoravanja pravu, što implicira da puka nezakonitost nekog akta je uvek relevantna za utvrđivanje tog akta kao moralnog ili nemoralnog, bez obzira na postojanje drugih razloga?<sup>9</sup>

Pogledajmo, najpre, argumentaciju u prilog teze da opšta obaveza pokoravanja pravu postoji. Među najznačajnije predstavnike ove teze spadaju neka od najuticajnijih imena u istoriji pravne teorije, a ovom prilikom ukazaćemo na shvatanja Ronalda Dvorkina, Herberta Harta i Džona Rolsa.<sup>10</sup>

Obaveza pokoravanja pravu je, za Ronalda Dvorkina, specifičan vid obaveze koja proističe iz udruživanja, tj. zajedničkog života određenog tipa društvene zajednice (*associative obligation*). Dvorkin ovde, kako sam ističe, misli na posebne odgovornosti koje društveni život postavlja svojim članovima u nekoj biološkoj ili socijalnoj grupi, poput odgovornosti porodice, prijatelja ili suseda.<sup>11</sup> Međutim, prihvatanje te obaveze nije bezuslovno. Dužnost da se prihvate obaveze u jednoj zajednici postoji, najpre, pod uslovom reciprociteta, odnosno pod uslovom da se svi članovi zajednice jednako smatraju obaveznim. Drugo, obaveze koje proizlaze iz udruživanja uslovljene su karakterom, odnosno kvalitetima same zajednice. Dvorkin, naime, pravi razliku između tzv. „proste“ i „prave“ (istinske) zajednice i ističe da samo u pravoj zajednici važe takve obaveze. Ono što jednu zajednicu čini pravom su četiri osnovna uslova koja ona treba da ispuni da bi bila smatrana takvom. To su: članovi grupe moraju smatrati da su odgovornosti grupe nešto posebno i da na zaseban način važe unutar grupe; oni moraju prihvatiti da su ove odgovornosti lične; oni moraju da prihvate da sve odgovornosti proističu iz jedne mnogo šire odgovornosti koju ima svaki član kao brigu za dobrobit drugih u grupi; i, članovi moraju pretpostaviti da život u grupi povlači sa sobom jednaku brigu za sve članove.<sup>12</sup>

Dvorkin ne ostavlja po strani pitanje šta ukoliko je istinska zajednica nepravedna? One mogu biti nepravedne kako prema članovima same grupe, tako i prema onima koji su van nje. Poteškoće u rešavanju pitanja odgovornosti u nepravednim istinskim zajednicama proizlaze, najpre, iz interpretativnog karaktera

---

<sup>8</sup> M.B.E. Smith, Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law, *The Yale Law Journal*, vol. 82, 1973, 951.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 952.

<sup>10</sup> U plejadi vrlo uticajnih predstavnika ove teze treba svakako navesti i Džona Finisa. Za njegovo shvatanje opšte obaveze pokoravanja pravu videti: John Finnis, The Authority of Law in the Predicament of the Contemporary Social Theory, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1/1984; Dž. Finis, *Prirodno pravo*, CID, Podgorica, 2005.

<sup>11</sup> Ronald Dvorkin, *Carstvo prava*, Filip Višnjić, Beograd, 2003, 211.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 214-215.

procene ispunjenosti uslova za postojanje istinske društvene zajednice, a zatim iz interpretacije saglasnosti partikularne nepravde sa ostatkom društvene strukture. Tada se, kako ističe Dvorkin, postavlja pitanje da li je nepravda toliko velika i duboka da zahteva da se ukinu *prima facie* obaveze nastale iz udruživanja.<sup>13</sup> Odgovor na ovo pitanje zavisi od toga da li učinjena nepravda krši neki od uslova postojanja istinske zajednice ili ne, jer ako to čini onda iz takvog udruživanja ne proističe odgovornost bilo koje vrste.<sup>14</sup>

Gore opisano Dvorkinovo shvatanje ukazuje na njegovo viđenje obaveze pokoravanja pravu kao specifičnog vida obaveze koja nastaje iz udruživanja, ali potpuno razumevanje njegovog shvatanja moguće je postići sagledavanjem osnovnih Dvorkinovih ideja iz njegovog shvatanja prava, političkog legitimiteta državne vlasti i najvažnijih političkih vrlina kojima pravo treba da služi. U svom nastojanju da pruži svoje shvatanje pomenutih tema Dvorkin napušta pozitivistički koncept o odvojenosti prava i morala i time otvara vrata ka razmatranjima iz oblasti političke teorije i etike.<sup>15</sup> Najviša politička vrлина jeste integritet, koji Dvorkin posmatra kao nezavisni ideal (zajedno sa pravičnošću, pravdom i propisanim zakonskim postupkom) očićen u dva osnovna principa – zakonodavnom koji nalaže da zakonodavci pokušaju da urede sve zakone na moralno koherentan način, i pravosudnom principu koji nalaže da se zakon, koliko je to moguće, sagleda kao koherentan u tom smislu.<sup>16</sup> Veza između integriteta kao političke vrline, političkog legitimiteta i obaveze pokoravanja pravu je od suštinskog značaja za razumevanje Dvorkinovog shvatanja moralnog autoriteta prava. Jer, moralni autoritet prava (pravo kao integritet) proizlazi iz ispravne sudske interpretacije slučajeva u praksi koja je moguća ne samo primenom pravnih pravila, već i primenom pravnih principa čija je svrha da na najbolji mogući način daju moralno opravdanje društvenoj praksi u celini, najbolju interpretaciju pozitivnog prava, a sve u cilju uspostavljanja integriteta kao političke vrline jednog društva. Princip je merilo, kako ističe

<sup>13</sup> *Ibid.*, 219.

<sup>14</sup> Dvorkin navodi slučaj diskriminacije žena u nekom društvu, odnosno pitanje da li kćer ima obavezu da se ne složi sa željama svog oca u kulturama koje daju pravo roditeljima da kćerima biraju mladoženje, ali ne i sinovima supruge? Odgovor na ovo pitanje povlači rešavanje mnoštva interpretativnih pitanja koja su uslovljena prihvaćenim konceptom pravde, poput da li kultura zaista prihvata stav da su žene podjednako važne kao i muškarci, da li posebna vlast roditelja nad kćerima zaista odgovara interesima njihovih kćeri, jer ako to nije slučaj, kaže Dvorkin, ako diskriminatorski odnos počiva na šire zasnovanom uverenju da su one manje vredne nego sinovi, onda takva obaveza nestaje, jer nema ni istinske zajednice. S druge strane, ako kultura prihvata ravnopravnost polova, diskriminacija prema kćerima unutar jedne porodice može biti nesaglasna sa postupcima ostatka društvene strukture, pa tako smatrana greškom usled čega nema ni obaveze. *Ibid.*, 219-220.

<sup>15</sup> Gordana Vukadinović, Radivoje Stepanov, *Teorija prava I*, Futura, Petrovaradin, 2001, 505.

<sup>16</sup> R. Dvorkin, 2003, 191.



Dvorkin, kojeg se treba pridržavati ne zato što unapređuje ili osigurava ekonomsku, političku ili društvenu situaciju koja se smatra poželjnom, nego zato što je to zahtev pravde, nerpistrasnosti ili neke druge dimenzije moralnosti.<sup>17</sup> Principi, otuda, imaju moralnu dimenziju i njihovom primenom u sudskim interpretacijama konkretnih sporova (posebno tzv. teškim slučajevima) omogućava se, na neposredan način, očuvanje integriteta kao političkog ideala i vrline, čime se i sâmo pravo manifestuje kao integritet i, samim tim, kao moralna vrednost. Konačno, na tom temelju se zasniva i politički legitimitet državne vlasti koji istinski postoji samo ukoliko postoji opšta obaveza građana da poštuju političke odluke, uključujući i obavezu pokoravanja pravu.<sup>18</sup> A takva obaveza, da zaključimo, postoji ukoliko je cela društvena struktura, uključujući i pravo, usmerena ka istinskom ostvarivanju integriteta zajednice kao vrhovnog političkog ideala.

Jedinstven pristup u objašnjenju postojanja obaveze pokoravanja pravu ponudili su Herbert Hart i Džon Rols. Osnovna Hartova ideja, koju je ubrzo preuzeo i detaljno razradio Rols, jeste da je obaveza pokoravanja pravu specifičan vid obaveze fer pleja (fair play). U svom članku *Are There Any Natural Rights?*, Hart naglašava da je tu reč, zapravo, o posebnoj vrsti prava i obaveza (poput onih koje nastaju na osnovu obećanja ili pristanka) koja postoje u mnogim sferama života a koje on naziva „uzajamnim ograničenjima“ (mutuality of restrictions), a zatim precizno definiše šta smatra pod tim: „kada se određen broj osoba rukovode shodno pravilima nekog zajedničkog udruženja, i time ograniče jednim delom svoju slobodu, oni koji su prihvatili takva ograničenja imaju pravo na to da i drugi prihvate ista takva ograničenja ukoliko ti drugi imaju koristi od prihvaćenih ograničenja ostalih članova zajednice“.<sup>19</sup> Hart kaže da vlast svakako ima pravo na tom osnovu da zahteva poslušnost svih i da tako u sistemu novih pravila stvori pravne dužnosti i ovlašćenja, ali da je ovde, pre svega, reč o moralnoj obavezi da se pravila poštuju.<sup>20</sup> Osim toga, za Harta, kao i za Rolsa kasnije, ovu obavezu pojedinci duguju ne zajednici kao entitetu, već jedni drugima, odnosno svima onima čija pokornost zakonima omogućava benefite svakom članu zajednice.

---

<sup>17</sup> R. Dvorkin, *Suština individualnih prava*, CID, Podgorica, 2001, 45.

<sup>18</sup> R. Dvorkin, 2003, 207.

<sup>19</sup> Herbert Hart, *Are There Any Natural Rights*, *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 2, 1955, 185.

<sup>20</sup> Pokušajmo da Hartovu ideju što jednostavnije objasnimo na sledeći način – primera radi, ako osoba A sledi pravila koja su prihvaćena u nekoj zajednici i svojim pokoravanjem čini korist osobi B, osoba B ima moralnu obavezu da postupa na isti način, tj. da takođe sledi ista ta pravila, jer nije fer da neko ubira benefite od tuđe pokornosti pravilima, a da sam to ne čini. Bitno je naglasiti i to da korist kao termin koji se ovde upotrebljava ne treba tumačiti u utilitarističkom maniru koji počiva na kalkulaciji da li nekim pojedinačnim postupkom doprinosimo maksimizaciji sreće što većeg broja ljudi. Ovde je reč o moralnom tipu obaveze da se odbaci, u suštini, etički neispravan stav da možemo da ubiramo benefite od tuđih obaveza i ograničavanja, a da sami ne participiramo u zajednici kojoj pripadamo na isti način.

Nadahnut Hartovim idejama, Džon Rols je svoj stav povodom pitanja obaveze pokoravanja pravu izneo najpre u članku *Justice as Fairness*,<sup>21</sup> a posebno u članku *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*,<sup>22</sup> da bi ga, uz izvesne modifikacije, teorijski u potpunosti zaokružio u svom kapitalnom delu *Teorija pravde*. Obaveza pokoravanja pravu je, i prema Rolsovom mišljenju, specifičan vid obaveze fer pleja. Kao osnovne pretpostavke ovog principa Rols izdvaja tri: aktivna shema društvene saradnje koja počiva na skoro univerzalnoj spremnosti za saradnjom članova; saradnja mora da podrazumeva spremnost na određenu žrtvu svake osobe, u najmanju ruku izvesna ograničenja njihove slobode; i treće, korist od saradnje unutar date sheme se dobija i onda kada neko od članova na koga je red da pruži svoj doprinos to ne učini. Pod ovim uslovima, kako ističe Rols, osoba koja je prihvatila koristi iz udruženja i saradnje ostalih članova je obavezna principom fer pleja da pruži svoj doprinos datoj shemi, a ne da prihvata prednosti a da sama ne sarađuje.<sup>23</sup> Apsolutno neophodan preduslov nastanka ove obaveze tiče se pravednosti samog sistema, odnosno sheme u okviru kojeg se pojedinci mogu smatrati obaveznim na osnovu principa fer pleja. Sumirajući ovaj princip, Rols konstatuje da princip fer pleja i obaveza pokoravanja pravu koja nastaje na osnovu njega znači da je pravni poredak konstruisan kao sistem društvene saradnje prema kojem smo obavezni zato što: prvo, shema je pravadna (to znači da ispunjava dva osnovna principa pravde), pri čemu sama pravednost nije i ne može da bude garant toga da ponekad nećemo biti u manjini prilikom glasanja; drugo, zato što smo prihvatili i nastavljamo dalje da prihvatamo koristi takvog sistema.<sup>24</sup> Kako ističe Simons, Rols je učinio korak napred u odnosu na Hartovu tezu fer pleja upravo u ovoj poslednjoj tvrdnji (odnosno drugom uslovu postojanja obaveze fer pleja), da korist takvog sistema prihvatamo i nastavljamo da prihvatamo i u budućnosti, što je razlika od velikog moralnog značaja.<sup>25</sup>

Ove svoje teze Rols je detaljno razradio u *Teoriji pravde* posebno u delu koji se odnosi na analizu osnovnih principa pravičnog postupanja pojedinaca. On više ne koristi termin *fer plej*, već termin *pravičnost* (*fairness*), ali u osnovi Rolsova ideja ostaje ista, a to je – da ukoliko se jedan broj osoba uključi u kooperativni poduhvat (dobrovoljnu zajednicu kao sistem društvenih odnosa i saradnje – R. Z.<sup>26</sup>) čiji je cilj uzajamna dobit u skladu sa pravilima, i stoga ograniče svoju slobodu

<sup>21</sup> Videti, John Rawls, *Justice as Fairness*, *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 2, 1958, 164-194.

<sup>22</sup> J. Rawls, *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, in: J. Rawls: *Collected Papers*, ed. S. Freeman, Harvard University Press, Massachusetts, 1999, 117-130.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 122.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 128.

<sup>25</sup> Videti, John Simmons, *The Principle of Fair Play*, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 8, No. 4, 1979, 311-312.

<sup>26</sup> Neadekvatnost prevoda pojedinih termina Rolsovog dela na srpski jezik i samog čitaoca stavlja često u situaciju da sam traži adekvatniji prevod od ponuđenog.

du na način na koji je nužan da donese korist svima, oni koji su se podvrgli ovim ograničenjima imaju pravo na sličan pristanak od onih koji su imali koristi iz njihovog pokoravanja. Ova ideja počiva na dvema ključnim pretpostavkama. Prva je da su ustanove (kao delovi osnovne društvene strukture koju Rolsovi principi pravde treba da učine pravednom) pravedne i, druga, da je pojedinac dobrovoljno prihvatio dobrobit uređenja ili iskoristio prednosti koje pravedno uređenje nudi za ostvarivanje sopstevnih interesa.<sup>27</sup> Ono što ustanove čini pravednim jesu dva poznata i prepoznatljiva principa Rolsove teorije pravde – prvi je, da svaka osoba treba da ima jednako pravo na najširu shemu jednakih osnovnih sloboda koja je spojiva sa sličnom shemom sloboda za druge; i drugi, društvene i ekonomske nejednakosti treba da budu uređene tako da je istovremeno razumno očekivati da budu svakome od koristi i da su povezane sa položajima i službama koji su otvoreni za sve.<sup>28</sup> Iako obaveze, prema Rolsu, proizlaze iz principa pravičnosti, one posredno proizlaze i iz principa prirodnih dužnosti pojedinaca. Rols tu, pre svega, misli na prirodnu dužnost svakog od nas da podržavamo pravedne ustanove koje se odnose na nas i da se ponašamo u skladu sa njima, kao i da unapređujemo pravedna uređenja koja još nisu ustanovljena, bar kada se to može učiniti bez suviše velikih troškova za nas.<sup>29</sup> Šta više, Rols kaže da pozivanje na ovu prirodnu dužnost može da bude dovoljno za opravdanje postojanja obaveza, ali ipak naglašava značaj razlikovanja onih ustanova koje nastaju kao izraz naših prirodnih dužnosti i onih koje nastaju kao izraz naših obaveza, jer prve nisu zavisne od naše volje dok druge jesu. Tako, prirodna dužnost postoji da poštujemo ustav ili zakone koji regulišu svojinu, dok imamo obavezu da izvršimo dužnosti službenog položaja koji smo zauzeli ili da sledimo pravila udruženja kojem smo se pridružili.<sup>30</sup> Prema mišljenju Smita, u ovoj tezi je moguće videti ključnu razliku u odnosu na Rolsovu raniju ideju *prima facie* obaveze pokoravanja pravu, jer Rols sada ovu obavezu vezuje samo za one pojedince koji su nosioci određenih položaja u društvu i one koji ostvaruju svoje interese zahvaljujući vladi. Svi ostali građani su obavezani prirodnom dužnošću pravde, tj. pomenutom dužnošću podržavanja pravednih ustanova.<sup>31</sup>

Kao što se može uočiti, za Rolsa ne postoji nikakva dilema oko pitanja postojanja moralne obaveze pokoravanja pravu u sistemu pravednih ustanova. Međutim, poput Dvorkina, i Rols postavlja pitanje obaveze poštovanja nepravednih zakona. I u vezi ovog pitanja izgleda da nema puno dilema kod Rolsa. Naime, on na više mesta, sasvim eksplicitno, naglašava da nikakva obaveza ne može da nastane iz nepravednog uređenja. Međutim, za Rolsa je od presudne važnosti stepen i obim nepravednosti osnovne društvene strukture, jer nepravedni zakoni, sami po sebi,

---

<sup>27</sup> Dž. Rols, *Teorija pravde*, CID, Podgorica, 1998, 113.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 70.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 116.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 314.

<sup>31</sup> M.B.E. Smith, 959.

nisu dovoljan razlog da ih ne poštujemo, kao što ni pravednost zakona nije dovoljan razlog da se oni poštuju. Kada je osnovna struktura društva, kaže Rols, razumno pravedna, treba da priznamo nepravedne zakone kao obavezujuće pod uslovom da ne prelaze izvesne granice nepravde.<sup>32</sup> Kao što se jasno vidi iz Rolsovih reči, ova nepravda ne sme da se odnosi na osnovu društvenog uređenja, odnosno osnovne principe pravde koji, kako i sam Rols tvrdi, pripadaju idealnoj teoriji. Nepravednost kao pojava je fenomen svojstven primeni idealnog shvatanja, a ne samom shvatanju pravednih principa društvenog uređenja, jer bi u tom slučaju nepravda bila toliko velika da nikakva obaveza ne bi proizlazila iz takvog tipa uređenja. Ovde je od koristi napomenuti da je Rolsova struktura pravednog društva, odnosno primena načela pravednosti, višestepena, te da polazi od najapstraktnijeg i idealnog nivoa koji se ogleda u prihvatanju osnovnih principa pravde u izvornom položaju (pod velom neznanja), preko usvajanja i prihvatanja pravednog ustava u ustavnoj konvenciji, pa do stvaranja zakona koji bliže uređuju društveno-ekonomsku strukturu društva i konačno samu primenu zakona (sudstva). Dakle, ono što prema Rolsovom shvatanju daje osnov za prestanak bilo kakve obaveze pokoravanja jeste „korupcija“ bazičnog nivoa pravedne strukture, odnosno nepostojanje konsenzusa oko osnovnih principa pravde (ona onda i ne može biti čak ni minimalno pravedna). Operativni nivoi primene ovih principa, čak i ukoliko imaju u sebi elemente nepravednog postupanja, nisu sami po sebi dovoljni za prestanak obaveze.

U plejadi vrlo uticajnih pisaca koji su se posvetili pitanju obaveze pokoravanja pravu,<sup>33</sup> izdvojicemo argumentaciju onih autora čiji su stavovi najreprezentativniji primer suprotne teze – da ne postoji opšta obaveza pokoravanja pravu niti da je ona poseban vid *prima facie* obaveze.<sup>34</sup> Posebno mesto među njima pripada Džozefu Razu.

Osnovna Razova teza jeste da ne postoji apsolutna, niti *prima facie* obaveza pokoravanja pravu, čak ni u pravednim društvima.<sup>35</sup> Ova teza, koja na prvi pogled može da zvuči radikalno, dobija svoj puni smisao nakon uvida u Razovo shvatanje karaktera obaveze pokoravanja pravu. Naime, obaveza pokoravanja pravu

<sup>32</sup> Dž. Rols, 1998, 320.

<sup>33</sup> Značajan broj njih su o ovoj temi raspravljali u okviru analize političkog autorita vlasti i političke obligacije građana. Vid. Leslie Green, *The Authority of the State*, Clarendon Press, Oxford, 1988; Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, New York, 1987; Rolf Sartorius, Political Authority and Political Obligations, *Virginia Law Review*, 67, 1981, 3-17; John Simmons, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press, Princeton, N. J. 1979; Robert P. Wolff, *In Defense of Anarchism*, Harper and Row, New York, 1970; A. D. Woosley, 1979.

<sup>34</sup> Ključni predstavnici ovakvog shvatanja su osim Raza i Smita, čije argumente iznosimo u radu, još i: R. Wasserstrom, 1962; J. Simmons, 1979; Richard Brandt, Utility and the Obligation to Obey the Law, *UCLA Law Review*, 10/1963; Mark Tunick, The Moral Obligation to Obey the Law, *Journal of Social Philosophy*, Vol. 33, No. 3, 2002.

<sup>35</sup> J. Raz, *Authority of Law*, Oxford University Press, 1979, 233; J. Raz, Authority and Consent, *Virginia Law Review*, Vol. 67, No. 1, 1981, 103.

podrazumeva da razlog zbog kojeg se nešto čini jeste upravo taj što pravo to zahteva. Međutim, mnogi razlozi, kako ističe Raz, zbog kojih radimo ono što pravo zahteva nemaju nikakve veze sa obavezom pokoravanja pravu. Za Raza nije sporno da postoje brojni slučajevi u kojima činimo nešto zato što pravo to zahteva, ali to su pojedinačni slučajevi u kojim neki konkretni razlog motiviše neko lice da ne učini nešto što može da ima negativne posledice po njega (da neko može da izgubi posao ako glasine o tome da on krši zakone dođu do njegovog poslodavca). U takvim slučajevima pravo je razlog za očekivano ponašanje u vezi pojedinačnog slučaja i konkretne osobe i situacije. Obaveza pokoravanja pravu se, međutim, mora tretirati kao opšta obaveza pokoravanja koju imaju svi pravni subjekti prema svim zakonima i u svim slučajevima.<sup>36</sup> To dalje znači da je pravo nezavisni razlog koje nameće takvu obavezu pokoravanja. Upravo ovo uverenje, Raz kategorički osporava, tvrdeći da pravo ne predstavlja takav razlog, već da su takvi razlozi u vezi moralnog ubedenja koji prethodi i koje je nezavisno od prava. Tako recimo, obaveza uzdržavanja od ubistava i silovanja je primarno moralna obaveza savesnih ljudi koju oni imaju nezavisno od toga što pravo to zabranjuje, tako da mi očekujemo da ljudi izbegavaju te radnje nezavisno od toga da li one jesu ili nisu zakonski zabranjene, na osnovu razloga koji nemaju nikakve veze sa pravom.<sup>37</sup> Obavezu pokoravanja zakonima koji zabranjuju ovakve radnje Raz naziva pukom senkom drugih moralnih dužnosti, tj. redundantnom dužnošću čija se težina ili strogost meri shodno težini i strogosti usvojene moralne dužnosti. Postupajući na osnovu tih nezavisnih razloga, čovek se ne pokorava zakonu, ne saglašava se sa njima zato što to zakon zahteva, već on radije postupa prema učenju o pravdi, sa kojim je saglasan i sam zakon.<sup>38</sup> Raz je svestan toga da primere koje navodi (ubistva, silovanja) jesu ekstremni primeri nemoralnih radnji, te da nisu svi zakoni krivičnog karaktera. Međutim, to, kako ističe Raz, ne menja bitno stvar, jer ako zakonske zabrane ubistva, silovanja i tome slično ne nameću nikakvu nezavisnu moralnu obavezu, niti utiču na dužnost da ona bude jača ili slabija nego što bi bila bez zakona, onda je stvar dokazana, tj. onda ne postoji opšta obaveza pokoravanja zakonu. Može postojati samo moralna obaveza da se poštuju neki zakoni, ali to nikada nije bio predmet spora, kaže Raz.<sup>39</sup>

Svojim člankom *Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law* Smit je pružio vrlo detaljnu i uverljivu kritiku ključnih argumenata u prilog teze o postojanju opšte obaveze pokoravanja pravu. Smit ističe kako nije očigledno da opšta obaveza pokoravanja pravu postoji, već da tako nešto mora biti potvrđeno, a ne pretpostavljeno. On osporava gotove sve ključne argumente u prilog tezi o postojanju takve obaveze, počev od onih koji se zasnivaju na ideji o zahvalnosti

---

<sup>36</sup> J. Raz, 1979, 234.

<sup>37</sup> J. Raz, 1985, 141.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 142.

<sup>39</sup> *Ibidem*

(gratitude), fer pleju, prirodnoj dužnosti da se podrže pravedne ustanove, argumentima saglasnosti i obećanja (consent and promise), pa do utilitarističke argumentacije. Tako recimo, razlog zahvalnosti polazi od toga da građani duguju zahvalnost državi zbog benefita koje dobijaju od nje usled čega oni tu zahvalnost mogu, u najmanju ruku, da pokažu poštovanjem prava. Smit ovaj razlog i argumentaciju smatra krajnje neuveljivim s obzirom da takva obaveza ne može da postoji ukoliko pojedinci uopšte ne žele te benefite.<sup>40</sup> Posebnu pažnju, Smit posvećuje Hartovoj i Rolsovoj ideji fer pleja (pravičnosti) kao razloga na osnovu kojeg nastaje opšta obaveza pokoravanja pravu. Smit ističe kako njihov argument zaslužuje veliko poštovanje, ali ga ipak odbacuje. On u osnovi ne osporava u potpunosti ovaj princip, ali ističe značajnu moralnu razliku između onih situacija u kojima akt nepokoravanja pravu (čak i u savršanim i pravednim zajednicama) ne nanosi nikakvu štetu ili korist članovima jedne grupe i onih situacija kada takav postupak to čini. U prvom slučaju princip fer pleja ne može da predstavlja osnov za obavezu pokoravanja. Drugim rečima, princip fer pleja upravlja ljudskim akcijama samo onda kada korist ili šteta nekog postupka zavise od toga da li se pokoravamo pravu ili ne.<sup>41</sup> Svaki pravni sistem, kako ističe Smit, sadrži brojne besmislene i čak potencijalno štetne zakone, prema kojima obaveza pokoravanja ne koristi nikome ili, što je još gore, nanosi štetu (zabrana homoseksualnih aktivnosti ili kontrola rađanja). Usled toga opšta obaveza pokoravanja pravu ne može počivati na principu fer pleja. Istu logiku Smit upotrebljava u osporavanju Rolsove tvrdnje o postojanju opšte obaveze pokoravanja na temelju obaveze svih građana da podrže pravedne ustanove, jer takva obaveza ne može da postoji kada postupci koji nisu u skladu sa pravom ne nanose štetu takvim institucijama.<sup>42</sup>

### 3. ZAVRŠNA RAZMATRANJA – SKICIRANJE HIPOTETIČKOG MODELA I PRETPOSTAVKI ZA POSTOJANJE *PRIMA FACIE* OBAVEZE POKORAVANJA PRAVU

Činjenica da su najznačajniji predstavnici pravne teorije XX veka u velikoj meri podeljeni oko pitanja opšte obaveze pokoravanja pravu jasno govori o tome da opšti konsenzus oko tog pitanja nije moguć te da je, kao i u slučaju brojnih drugih pitanja društvene teorije uopšte, moguća samo manje ili više uverljiva argumentacija u prilog prihvatanja ili neprihvatanja odgovarajućeg stava. S obzirom da je reč o moralnoj obavezi pokoravanja pravu to znači da argumentacija treba da bude usmerena ka utvrđivanju kriterijuma moralnog autoriteta prava usled čega postoji i sama dužnost članova jedne zajednice da izvršavaju ono što taj autoritet

<sup>40</sup> M.B.E. Smith, 1973, 953.

<sup>41</sup> *Ibid*, 957.

<sup>42</sup> *Ibid*, 959.



zahteva od njih. Nastanak moralne obaveze ne možemo posmatrati izolovano od našeg unutrašnjeg stanovišta. Ako se u nekom odnosu osećamo moralno obaveznim da nešto učinimo ili ne učinimo, to onda znači da očekivani postupak ima našu unutrašnju saglasnost usled koje smo spremni da tako postupimo. Primera radi, takav je slučaj sa davanjem obećanja. Dato obećanje je izraz lične spremnosti da se nešto obeća i učini i ono stvara moralnu obavezu da se učini ono što je obećano upravo zbog toga što je obećanje dato.<sup>43</sup>

Ključno pitanje je da li obaveza pokoravanja pravu može biti utemeljena na sličan način, tj. da li se pravo može smatrati nekom vrstom bazičkog principa moralnosti, pa da samim tim što pravo nešto propisuje postoji moralna obaveza da se tako i učini. Jasno je da u tom slučaju pravo mora biti tretirano kao moralni autoritet *per se*, jer jedino tako može da nastane moralna obaveza da mu se pokoravamo.

Kao što smo videli, Raz osporava pravu karakter nezavisnog moralnog razloga usled čega negira postojanje opšte obaveze pokoravanja pravu, čak i u pravednim društvima. S tim u vezi, neosporna je činjenica da mnoge pravne zabrane nemaju uticaj na nas zbog toga što su pravne, već zbog toga što zabranjuju ono što naš lični, moralni sistem vrednosti definiše kao radnju koju ne želimo da činimo. Kada je reč o takvim moralnim obavezama poput obaveze da se ne ubija, ne krade i tome slično, pravo nema efekta jer sa stanovišta razumnog ljudskog bića ova obaveza je potpuno nezavisna od prava, već zavisna od racionalno-humanog stava da je takvo ponašanje neprihvatljivo samo po sebi. Tu je Raz u potpunosti u pravu.

Ovakvim pristupom Raz neminovno ulazi na teren razloga zbog kojih se ljudi pokoravaju pravu, u nameri da vidi da li takav razlog može da bude samo pravo, tj. to što pravo kao autoritet zapoveda neku radnju. Razlozi zbog kojih se ljudi pokoravaju pravu su od velikog značaja u definisanju prava kao autoriteta jer autoritet, po definiciji, podrazumeva dobrovoljnu saglasnost da se neko ili nešto prihvati kao autoritet. Autoritet (posebno moralni) nastaje i opstaje u sferi autonomije, a ne heteronomije volje, pa otuda autoritet prava može da nastane i održi se samo ukoliko proizvodi saglasnost onih koji treba da mu se pokoravaju. Dakle, ukoliko želimo da utvrdimo postojanje opšte obaveze pokoravanja pravu,

---

<sup>43</sup> Iako je ovo u osnovi tačno, ipak treba biti svestan kontraverzi obećanja kao principa moralne obaveznosti. Hart ga označava kao sadržinsko nezavisni princip što podrazumeva da na postojanje moralne obaveze da se učini ono što je obećano ne utiče to da li je obećana radnja moralno prihvatljiva ili ne. Međutim, snaga obećanja jeste pod uticajem onoga što je obećano, kaže Klosko što obećanje kao princip čini vrlo kompleksnim institutom čija moralna snaga može da zavisi od slučaja do slučaja, pa tako vrednost obećanja zavisi od interakcije sadržaja obećanja i posledica eventualnog pridržavanja ili nepridržavanja datom obećanju. U skladu sa tim, Klosko vidi i obavezu pokoravanja pravu. Videti, George Klosko, *The Moral Force of Political Obligation*, *The American Political Science Review*, Vol. 84, No. 4, 1990, 1238-1240.



onda moramo videti da li pravo može da uživa takvu vrstu autoriteta koji ga čini nezavisnim moralnim (ličnim) razlogom obaveze pokoravanja.

U jednoj od najobimnijih empirijskih studija o razlozima zbog kojih se ljudi pokoravaju pravu Tom Tajler ukazuje na četiri grupe takvih razloga. To su: 1) legitimitet autoriteta vlasti, 2) lična moralna uverenja, 3) strah od sankcije i 4) strah od reakcije okruženja.<sup>44</sup> Ni u jednom od ovih slučajeva pravo nije nezavisni moralni razlog obaveze pokoravanja. Drugi je već objašnjen kroz Razovu argumentaciju, ali stvari slično stoje i sa ostala tri slučaja. Tako u prvom slučaju, autoritet prava vodi poreklo iz autoriteta političke vlasti. Ljudi se pokoravaju pravu jer prihvataju političku vlast kao autoritet, pa otuda iskazuju spremnost da slede volju tog autoriteta oličenu u pravnim pravilima. U trećem i četvrtom slučaju, istinski autoritet prava i ne postoji, jer razlog zbog kojeg se pokoravamo pravu je strah (princip heteronomije). U oba ta slučaja strah je pokretač kalkulacije pojedinaca da li svojim postupkom mogu sebi da nanesu štetu (da odu u zatvor, plate novčanu kaznu ili ih pak sredina osudi i odbaci). Dakle, obaveza pokoravanja ni u tim slučajevima nije utemeljena u pravu kao nezavisnom moralnom razlogu pokoravanja, pa je otuda Razova argumentacija i više nego uverljiva. Pitanje je da li postoje slučajevi kada ona to jeste?

Jedini slučajevi u kojima pravo može da bude posmatrano tako jesu oni u kojima bi kao pojedinci trebalo da osećamo moralnu obavezu da poštujemo pravo iz razloga koji je isključivo vezan za pravo. Takvu vrstu moralne obaveze može da stvori savremeno pravo demokratskih država i to na taj način što svojom sadržinom, deklarisanom i u praksi potvrđenom svrhom, pruža onu vrstu zaštite, i samim tim koristi, koju nijedan drugi normativni sistem ne pruža. Pravo nam nije dalo život, ali ono ga direktno štiti, vrlo efikasno, ne samo normativno-sadržinskom zaštitom te vrednosti, već i pravilima koja definišu potrebne proceduralne garancije te zaštite u praksi.<sup>45</sup> Isto tako to važi i za slobodu, imovinska prava, dostojanstvo, čast i mnoge druge vrednosti. Pravo je kroz istoriju kvalitativno evoluiralo tako da danas pruža zaštitu građanima koju ranije nije, bar ne u meri i na način na koji to danas čini.

Shodno tome, moralni autoritet prava i mogućnost da pravo bude nezavisni razlog postojanja opšte obaveze pokoravanja proizlazi iz onoga što možemo nazvati *principom davanja*. Naime, za razliku od obećanja koje stvara moralnu obavezu

<sup>44</sup> Tajler je sproveo istraživanje stavova 1575 građana Čikaga 1984 godine (telefonski intervju), da bi godinu dana kasnije isto istraživanje ponovio na 804 slučajno izabranih ispitanika iste grupe. Cilj istraživanja je bio da se utvrde osnovni razlozi zbog koji se ljudi pokoravaju pravu, ali i način na koji oni reaguju na državne autoritete koji to pravo najčešće sprovedu u odnosu prema njima, kao što su sud i policija. Vid., Tom Tyler, *Why People Obey the Law*, Yale University Press, New Haven, 1990.

<sup>45</sup> Tačno je da i moral zahteva da se ljudi ne ubijaju, ali efikasnu zaštitu od narušavanja prava na život pojedinac dobija zahvaljujući tek pravnim propisima i svim onim garancijama koje ono predviđa (primera radi, negativne i pozitivne obaveze države u zaštiti prava na život).

za onog ko je dao obećanje, davanje stvara moralnu obavezu za onog ko dobija. Ta obaveza jeste da se na nečije davanje uzvrati na isti ili bar sličan način, ili, u najmanju ruku, bar zahvalnošću za ono što se dobija.<sup>46</sup> U ovom slučaju ono što se dobija od prava. A to je efikasna normativno-proceduralna zaštita naših ličnih vrednosti. Princip davanja je očigledno povezan sa principom zahvalnosti (vodi ka njoj), ali to ipak nije ona zahvalnost koja se u dosadašnjoj argumentaciji obaveze pokoravanja pravu često navodila, jer se na nju gledalo kao na zahvalnost koju mi generalno dugujemo državnoj vlasti zbog samog njenog postojanja.<sup>47</sup> Ova zahvalnost je znatno konkretnija i ona se odnosi na pravo, a ne na državnu vlast. Ona je izraz onoga što mi kao pojedinci neposredno ili posredno dobijamo od prava, a to je konkretna korist, tj. zaštita naših individualnih prava i sloboda. Apsolutno je neuverljiv Smitov argument da ovakva zahvalnost ne može da postoji ukoliko nismo uopšte ni tražili od nekoga ili nečega da nam nešto dā i time učini korist. Racionalno ljudsko biće ne može da odbije korist koju ono ili njegovi bližnji mogu da imaju od zaštite njihovih osnovnih vrednosti, jer bi u suprotnom prestalo da bude racionalno (postalo bi destruktivno po sebe i druge). I sama korist je specifična u odnosu na onu koju Hart i Rols pominju u svom konceptu fer pleja, jer, kao što smo videli, ona se, prema njihovom mišljenju, dobija zahvaljujući tome što su ostali članovi zajednice dobrovoljno prihvatili ograničenja (dakle nije pravo razlog, već žrtva, odnosno davanje, ostalih članova zajednice na osnovu čega treba da nastane osećaj moralne dužnosti da i mi tako činimo), a ne neposredno i posredno od samog prava koju takvu korist daje.

Da bi pravo bilo nezavisni moralni razlog pokoravanja ono se mora posmatrati kao autoritet nezavisno od autoriteta političke vlasti, kao i nezavisno od činjenice da pravo donosi ta ista vlast. Na to, ustalom, upućuje i osnovna ideja vladavine prava, a to je ideja vladavine umnih zakona, koji kvalitativno doprinose očuvanju individualnog integriteta i koji kao takvi obavezuju i sâmu državnu vlast (u tom smislu pravo postaje nezavisno od vlasti, a vlast zavisna od prava). Jedino na takav način pravo može da bude nezavisni moralni razlog obaveze pokoravanja koji je utemeljen u principu davanja, na osnovu kojeg onda može da nastane osećaj zahvalnosti i moralne dužnosti da mu se pokoravamo kao takvom.

Obaveza pokoravanja pravu, utemeljena na tom osnovu, nije i ne može biti apsolutnog karaktera. U okolnostima savremenih država o njoj je moguće govoriti isključivo kao o *prima facie* obavezi u značenju u kojem smo naveli. Međutim, i takva obaveza je moguća ukoliko imamo na umu hipotetički model društva i

---

<sup>46</sup> Tipičan primer ovog principa je moralna dužnost dece da na davanje (brigu, negu, staranje) svojih roditelja uzvrate istom merom u njihovoj starosti i to ne samo zbog ljubavi koju mogu da osećaju, već kao rezultat moralne dužnosti da se uzvrati na isti način zbog onoga što su oni kao deca dobijali.

<sup>47</sup> Vid. M.B.E. Smith, 1973, 953.

pravnog sistema, odnosno ukoliko su ispunjene određene pretpostavke i principi na osnovu kojih ova obaveza može da nastane.

Pokušaćemo da skiciramo hipotetički model koji podrazumeva opis onih pretpostavki koje su ključne u stvaranju i održavanju prava kao moralnog autoriteta na osnovu čega je onda moguće braniti postojanje *prima facie* obavezi pokoravanja pravu. Taj model treba da počiva na racionalnim principima konstituisanja društvenih fenomena i na nekoliko ključnih pretpostavki. To su: 1) učešće građana u postupku donošenja pravnih pravila (izražavanje saglasnosti kroz demokratske procedure), 2) ostvarivanje koristi od prava (usled toga, osećaj zahvalnosti i moralne obaveze pokoravanja pravu koje nam tu korist daje), 3) kontinuitet moralnog integriteta prava i 4) mogućnost nezavisne i objektivne sudske interpretacije ispunjenosti uslova za postojanje moralne obaveznosti prava u svakom konkretnom slučaju.

Treba, najpre, krenuti od demokratskog modela političkog poretka u okviru kojeg postojanje demokratskih pravila i procedura omogućava aktivno učešće građana ne samo u izboru predstavnika političke vlasti, već i posredno u stvaranju državne volje putem zakonodavne delatnosti parlamenta kao demokratski izabranog državnog organa. Demokratski karakter političkog modela je ključna pretpostavka postojanja opšte obaveze pokoravanja pravu iz tog razloga što jedino u okviru takvog političkog modela je moguća aktivna participacija građana u stvaranju opštih pravila ponašanja koja onda mogu da obavezuju na osnovu same činjenice da smo kao građani učestvovali u njihovom donošenju. Shodno tome, pokornost tako donetim pravilima znači ujedno i pokornost sopstvenoj volji. To je osnovni uslov moralne autonomije u Kantovom smislu reči i ujedno preduslov političke slobode svakog pojedinca unutar političke zajednice koja podrazumeva primenu prinude prema njenim članovima. Drugim rečima, obavezu pokoravanja pravu je apsolutno nemoguće zamisliti u nedemokratskom režimu vlasti.

Druga pretpostavka opšte obaveze pokoravanja pravu jeste da su pravila takva da članovi zajednice imaju i mogu imati korist od pokoravanja takvim pravilima o čemu je već bilo reči. Načelno, korist je moguće prepoznati polazeći, najpre, od bazičnih funkcija prava poput regulativne i integrativne funkcije (Parsons), pa do onih koje su danas ostvaruju u okviru demokratskih poredaka vlasti, kao što su definisani i univerzalno usvojeni standardi zaštite individualnih i kolektivnih prava i sloboda.<sup>48</sup> Osnovna pretpostavka je da pravo demokratskih društava do-

<sup>48</sup> Pitanje univerzalnosti ljudskih prava i sloboda i mogućnosti izdvajanja jasnih kriterijuma na osnovu kojih se ona mogu ceniti kao takva je i dalje otvoreno, ali ne može biti sporno da pojedina „suštinska“ ljudska prava su stekla karakter univerzalnosti. Takođe, treba uvažavati činjenicu partikularnog, relativnog karaktera vrednosnog sadržaja prava koje varira od društva do društva i različitih kulturoloških sistema vrednosti, zbog čega treba razmisliti o ideji da i obaveza pokoravanja pravu može biti tretirana lokalno, tj u okviru partikularnog pravno-kulturološkog sistema, a ne globalno. O pitanju univerzalnosti i relativnosti ljudskih prava videti: Dragutin Avramović, *Ljudska*

nosi načelnu korist kako samim postojanjem regulativnih pravila društvenog ponašanja i najznačajnijih društvenih institucija, tako i samom sadržinom i ciljevima te regulacije koja savremena društva čine demokratskim.

Obaveza koja nastaje na temelju ovih principa može da opstane samo ukoliko pravo predstavlja i čuva svoj moralni autoritet. Dakle, potreban je kontinuitet moralnog integriteta prava. Svaki autoritet, pa i autoritet prava, nije dat *a priori*, već se on stiče i održava na osnovu ispunjenosti određenih kriterijuma koji ga objektivno čine autoritetom. Ako se zakoni donose bez učešća građana, ili ako pokoravanje zakonima dovodi do koristi samo nekima, a ne svima (posvećenost prava interesima klase i drugih društvenih grupa ili užem krugu političke elite), onda pravo gubi moralni autoritet i, samim tim, prestaje moralna obaveza pokoravanja. Otuda, o obavezi pokoravanja pravu nije moguće govoriti kao o obavezi u apsolutnom smislu reči, već isključivo kao o *prima facie* obavezi pokoravanja, tj. takvoj obavezi koja može biti revidirana u slučaju da postoje drugi, veći moralni razlozi za nepokoravanje.<sup>49</sup>

Zbog toga je od presudne važnosti još jedna pretpostavka opšte obaveze pokoravanja pravu, a to je adekvatna uloga suda u okviru sistema vladavine prava. Ta uloga podrazumeva mogućnost nezavisne i objektivne sudske interpretacije ispunjenosti uslova za postojanje obaveze pokoravanja pravu, pa shodno tome, i mogućnost sudije da pravnim normama, koje ne uživaju moralni integritet, oduzme moć ne samo moralne, već i pravne obaveznosti. Takva uloga sudije (poput Dvorkinovog Herkulesa) daje garanciju da etičko-pravno kontraverzne situacije (u smislu sukoba etike i prava), do kojih puko pridržavanje formalnim izvorima prava može da dovede, budu razrešene u korist većih moralnih principa prava, čime se moralni autoritet prava dodatno potkrepljuje elastičnom primenom pravnih normi koja ima u vidu specifičnosti konkretnog slučaja i njegovo prosuđivanje ne samo na osnovu formalnih pravnih pravila, već i na osnovu pravnih principa, u Dvorkinovom smislu reči (pravo kao integritet).

Ako se navedeni principi poštuju i u praksi sprovode, onda je zaista moguće govoriti o pravu kao moralnom autoritetu koji sa stanovišta racionalnog ljudskog bića treba da bude prihvaćeno kao takvo i kome se treba pokoravati jer ono to zaslužuje. U suprotnom, moralna obaveznost prava bi bila puka normativna prokla-

---

*prava na tankoj crvenoj liniji između univerzalnosti i relativnosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2014, 291-301.

<sup>49</sup> Načelno je moguće da pravni sistem u celini izgubi svoj moralni integritet, recimo usled nasilne promene političkog sistema i urušavanja svih demokratskih principa vladavine. Znatno realnija mogućnost je ona u kojoj pojedini delovi pravnog sistema ili, još konkretnije, pojedini zakoni ili njihove norme nemaju moralni integritet. U takvim okolnostima preostaje samo pravna obaveza pokoravanja, ali ne i moralna. Ovakvih slučajeva, na žalost, ima puno, čak i u praksi savremenih demokratskih država, poput čitavog seta tzv. antiterorističkih zakona koji zarad efikasnosti borbe protiv terorizma dovode do erozije zaštite ljudskih prava i sloboda.

macija čije utemeljene u praksi ne bi bilo uspostavljeno na temelju racionalnih, već iracionalnih razloga.

*Radomir G. Zekavica, Ph.D., Associate Professor*

*Academy of Criminalistic and Police Studies*

*Belgrade*

*radomir.zekavica@kpa.edu.rs*

## **On the Obligation to Obey the Law**

**Abstract:** *The paper considers the question of a general obligation to obey the law. The author presents and analyzes the most significant views and arguments in support of the thesis that there is a general obligation to obey the law, as well as those understandings which are refuse this thesis. In concluding remarks the author presents a critical review of some key issues about general obligation to obey the law. In addition, the author outlines a hypothetical model of society and the legal system under which such an obligation is possible and has also asserted the basic assumptions and principles upon which it can be justified and reasonable.*

**Key words:** *law, the obligation of obedience, responsibility, prima facie obligations, moral.*

Datum prijema rada: 01.03.2016.



*Dr Svetozar M. Čiplič, docent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
S.Ciplic@pf.uns.ac.rs*

*Dr Aleksandar L. Martinović, docent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs*

*Nataša N. Rajić, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
N.Rajic@pf.uns.ac.rs*

## USTAVNI OKVIRI PROCESA DECENTRALIZACIJE I REFORME UPRAVLJANJA DRŽAVOM NA PRIMERIMA SRBIJE I HRVATSKE\*

**Sažetak:** *Proces decentralizacije je opšte evropski proces, koji podjednako zahvata države koje su članice Evropske unije, kao i one koje to nisu ali su u postupku priključivanja. Sama Evropska unija je decentralizaciju i vertikalnu organizaciju vlasti odnosno njihovo preuređenje na određenim načelima, postavila kao zadatak svima.*

*Decentralizacija i horizontalna organizacija vlasti, iako nisu istorijski novi pojmovi i instituti, ipak nisu standardizovani pa se države koje se upuste u nave-*

---

\* Rad je nastao kao rezultat istraživanja za 2016. godinu u okviru projekta *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*, koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

Ovaj rad je prvi u nizu od radova koji će se baviti uporednom analizom istovetnih procesa: decentralizacije i reforme vertikalne organizacije vlasti u Srbiji i Hrvatskoj, a potom i u Sloveniji. Dok u ovom radu analiza obuhvata samo ustavne norme, sledeći rad će se baviti analizom tekstova i normi koji se nalaze u ustavnim zakonima i zakonima, a dotiču se ili regulišu navedene procese i tematiku.



*dene procese reforme suočavaju sa «povelikom slobodom», koju mogu da iskoriste kao prostor fleksibilnosti i prilagođavanja modela decentralizacije svojim potrebama. Međutim uočeno je da se ovaj prostor slobode od strane političkih elita, mahom koristi kao sredstvo za fingiranje i sprečavanje odnosno umanjeње efekata decentralizacije.*

*Ovaj rad posvećen je u svom centralnom delu analizi ustavnih rešenja decentralizacije dveju država koje su zapravo srodne po mnogo čemu, a stim što jedna jeste na putu priključenja Evropskoj uniji – Srbija, dok je druga članica Evropske unije – Hrvatska.*

**Ključne reči:** *Decentralizacija, autonomne pokrajine, regionalna područna samouprava, devolucija, dekocentracija.*

## I

Predmet i problematika ovog rada odnosi se na promene koje su nekadašnje socijalističke države bivše jugoslovenske federacije, kako ih danas nazivamo jednim nedovoljno preciznim terminom: zemljama u tranziciji, preduzele i preduzimaju u reformi vertikalne organizacije vlasti. Nas posebno interesuju dve države bivše Jugoslavije. Najpre, zbog istovetne i zajednične pravne kulture i ustavnopravnog porekla, a potom, pored ostalih razlika, posebno je zanimljiva i za analizu važna činjenica da je Hrvatska članica Evropske unije i da se kao takva suočila sa opštim procesom regionalizacije unutar ove naddržavne zajednice, dok s druge strane, Srbija Evropskoj uniji želi da pristupi. Drugim rečima, ona će morati da ide u susret onim procesima decentralizacije sa kojima se suočila i suočava Republike Hrvatska.

U Evropskoj uniji dakle, postoji snažna politika regionalizacije svih država članica. Time se sa reformom vertikalne organizacije koja ide u pravcu decentralizacije suočavamo i kao sa unutrašnjom pojavom, ali i kao procesom koji je nametnut spolja, podjednako članicama unije kao i državama koje teže da jednog dana steknu članostvo u EU.

Na kraju posebno nas zanima gde je mesto Srbije u ovom procesu, odnosno ima li ona u svojim ustavnim i zakonskim rešenjima išta što bi moglo odgovoriti na pitanja sa kojima se suočavaju druge države u procesu decentralizacije.

## II

U pravnoj ali i politikološkoj doktrini, decentralizacija zauzima mesto jednog od zanimljivijih i aktuelnijih tema i problema. No, istovremeno, često u zavisno-

sti od autora, njegovog pristupa i metodologije kojom pristupa predmetnoj analizi, suočavamo se sa različitim shvatanjem i razumevanjem sadržine pojma decentralizacije, dok na drugoj strani, neretko nailazimo na konfuziju u korišćenju srodnih, sličnih ali nikako istovetnih pojmova odnosno instituta poput: federalizma, devolucije, decentralizacije i dekoncentracije. Ponekad pristup terminima, odnosno pojavama zavisi i od same struke autora<sup>1</sup>, pa se vrlo lako može uočiti da li je autor pristupio analizi sa politikološkog ili pravnčkog gledišta. Ipak, čini se da je potpuno i obuhvatno razumevanje ovih pojava, nemoguće bez obostranog pristupa tj. politikološkog i ustavnopravnog sagledavanja pojava i procesa.

Iz shvatanja navedenih pojmova, bićemo primorani da izostavimo čitav niz zanimljivih i poučnih izuzetaka koji bi mogli doprineti razumevanju ali i većem stepenu konfuzije u razgraničenju termina i instituta. Ovde pre svega imamo u vidu Svetu Goru koja ima obeležja autonomije i državnosti, jedan zanimljiv sui generis status. U slučaju Svete Gore, organizacija vlasti je Ustavom Grčke uređena kao samouprava ona je dvostepena<sup>2</sup>, dok nadzor nad poštovanjem ustavom garantovanog samoupravnog statusa jeste specifičan: duhovni nadzor ima Vaseljen-ski patrijarh, dok upravni nadzor vrši država Grčka, kojoj pripada isključivo pravo na očuvanje javnog reda i bezbednosti<sup>3</sup>.

U pravom delu, analiziraćemo različita pravna i političkološka stanovišta i shvatanja pojma decentralizacije, kao i srodnih instituta koji se sa decentralizacijom često poistovećuju ili pak nedovoljno jasno razgraničavaju, kao što su dekocentracija i devolucija. Drugi deo je posvećen istorijskom osvrtu (pogledu) na srpsko i hrvatsko iskustvo sa navedenim procesima. Glavni, treći deo rada, posvećen je detaljnoj analizi ustavnih odredbi Ustava Srbije i Hrvatske koje regulišu vertikalnu organizaciju.

Verovatno da je najbolji pristup, kao osnovno polazište u razumevanju decentralizacije i ostalih srodnih i sličnih pojava, onaj koji je predložio Veran Stančetić. On naime smatra da se decentralizacija najpreciznije i sa najmanje grešaka može objasniti ukoliko se postave dve krajnje gravitacione tačke (kako sam navodi: idealtipski kontinuum) između kojih ćemo pronalaziti elemente za ocenjivanje i razumevanje sadržine decentralizacije<sup>4</sup>. Na jednom kraju kao početna gra-

<sup>1</sup> Susrećemo se i sa stavovima u pravnoj teoriji uvaženog prof. Smerdela koji odnos centralnih državnih organa i užih teritorijalnih jedinica klasifikuje na: dekoncentraciju, decentralizaciju i lokalnu samoupravu. Branko Smerdel, Smiljko Sokol, *Ustavno pravo – četvrto neizmenjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb 2009. str. 399.

<sup>2</sup> Pravostepenu samoupravu čine manastiri dok je drugostepena samouprava poverena Svetoj opštini koju čini po jedan predstavnik svakog manastira. Doc dr Dragutin Avramović, „Sveta Gora – između autonomnosti i državnosti“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2013, str 440.

<sup>3</sup> Ibid., 441.

<sup>4</sup> Stančetić Veran, *Reforma upravljanja u savremenoj državi – razvojni i demokratski potencijali decentralizovane države*, JP Službeni glasnik, Beograd 2012, str. 82.

vitaciona tačka nalazi se apsolutno centralizovana država. Ona podrazumeva da se političke odluke kao i pravni akti bilo koje vrste u centru donose i iz centra sprovode. Na suprotnom polu nalazila bi se druga gravitaciona tačka koja podrazumeva potpuno decentralizovanu državu, gde su njeni delovi toliko autonomni da zapravo tvore jedan anarhičan kolektivitet, gde pravnog i političkog poretka zapravo i da nema, odnosno, poredak je u haosu. Sagledavajući države, uzimajući u obzir određene elemente, mi možemo izmeriti i oceniti stepen i proces decentralizovanosti države između ova dva oprečna pola.

Decentralizacija podrazumeva da se vlast i moć centra, u svom apsolutu, zapravo disperguje na veći broj subjekata koji su horizontalno ali ne i hijerarhijski povezani, kako definiše Stančetić<sup>5</sup>. Vlast u savremenim državama ne podrazumeva samo donošenje odluka (pri tome se misli na političko odlučivanje ali i na normativnu delatnost koja obuhvata donošenje opštih, pojedinačnih i političkih akata), nego i obavljanje određenih usluga, što bi prema pomenutom autoru u pojmu i proces decentralizacije moglo da uključi i privatni sektor. Stančetić tako, decentralizaciju definiše kao: „Proces kojom se vlast odnosno nadležnosti, poslovi i donošenje odluka prenose sa centralne na niže nivoe vlasti (na neposredno izabrana tela odnosno na tela koja osniva vlada) ili na subjekte iz privatnog sektora, pri čemu preneto ostaje pod nadzorom centralne vlade“<sup>6</sup>.

Navedena definicija je obuhvatno postavljena, verovatno iz razloga kako bi bio obuhvaćen što veći broj specifičnih ili atipičnih slučajeva i značenja decentralizacije. I sam autor je ovakvu definiciju nazvao radnom definicijom.

No sa pravnog aspekta, naročito ustavno- i upravno-pravnog, u ovakvoj definiciji krije se nekoliko propusta ili bolje i preciznije rečeno, ona sadrži određena odviše smela uopštavanja. Najpre, vlast kao takva, po sebi, sui generis u jednoj državi ne znači ništa i označava sve. Postoje organi vlasti koji vrše određene funkcije i u skladu sa njima obavljaju nadležnosti, dakle grupu poslova i zadataka koje su srodne i za čije obavljanje imaju ovlašćenja. Državni organi, po svojoj volji ne mogu započeti proces prenošenja nadležnosti i poslova, odnosno donošenja odluka na niže nivoe ako za to nisu ovlašćeni. Potrebno ovlašćenje može izvirati iz samog ustava, ili može biti utvrđeno, predviđeno i dozvoljeno zakonom. Takođe, mora se biti oprezan i obazriv, jer određene nadležnosti se nikada u procesu decentralizacije ne mogu preneti na niže organe. Ustavotvornu kao i zakonodavnu funkciju može vršiti samo organ koji za to ustavom određen i po proceduri propisanoj ustavom. Decentralizacija svakako ne može podrazumevati prenošenje vlasti donošenja ustava, kao što ni zakonodavna vlast ne može biti preneti nižim organima.

---

<sup>5</sup> Ibid., 61.

<sup>6</sup> Ibid., 62.

Možemo govoriti o tome, da se *zakonodavna materija*, dakle određena oblast društvenog života, koja se uobičajeno, inače, reguliše zakonom, u procesu decentralizacije prepusti ili prenese npr. regionima ili pokrajinama, odnosno lokalnoj samoupravi, sa ovlašćenjem da ih *svojim aktima* urede, prema vlastitim potrebama i specifičnostima, ali vlast donošenja zakona ostaje isključivo u nadležnosti predstavničkog tela države – samo ono može doneti državni zakon. Slična situacija bila bi i sa sudskom vlašću, naročito u državama gde je pravosuđe organizovano kao jedinstvena vlast. U ovakvim slučajevima prenos sudske nadležnosti na necentralne organe ne bi bilo moguće u procesu/postupku decentralizacije.

U navedenoj definiciji uočljiv je i problem što se pod decentralizacijom (ponavljamo još jednom, verovatno zbog razloga sveobuhvatnosti radne definicije), svrstavaju i institucije, pojmovi i pojave koje za pravnika nisu i ne mogu biti decentralizacija. Ova konstatacija odnosi se na deo definicije u kojem se navodi da prenos nadležnosti i odlučivanja može biti izvršen kako na neposredno izabrana tela, tako i na tela koja osniva vlada. U ovom drugom slučaju, mi zapravo imamo elemente dekoncentracije koja se u preovladavajućem delu pravne doktrine isključivo vezuje za upravnu funkciju vlasti i organe uprave.

U pravnoj doktrini, pitanje i proces decentralizacije dovodi se u neposrednu vezu sa pojmom i sadržinom suverenosti. Opšta, narodna volja je suverena i tvori političku vlast na teritoriji države, i na teritoriji jedne države ne mogu postojati druge grupacije ili zajednice koje bi mogle biti nosioci dela suverenosti niti njen konstitutivni deo. Zanimljivo je, da prema Digi<sup>7</sup>, decentralizacija zapravo predstavlja takav sistem koji je ustrojen tako da lokalne zajednice – jedinice decentralizacije, jesu nosioci izvesnih prerogativa suverenosti, koje vrše organi i službenici koji se smatraju predstavnicima jedinice decentralizacije, s tim što njihov rad podleže nadzoru više- državne vlasti. Kako nadalje konstatuje Digi<sup>8</sup>, postoji očigledna nespojivost, odnosno protivrečnost između suverenosti i decentralizacije. Zbog toga se pribegava obrazloženju, da decentralizacija zapravo jeste proces, u kome se država dobrovoljno odriče i ustupa jedan deo svoje suverenosti jedinicama decentralizacije, pri čemu ona sama utvrđuje obim i granice vlastitog odricanja. Ono što je ustupila i prenela iz punoće svoje suverenosti na decentralizovane jedinice, država ih uvek može povući upravo s toga što je ona jedini nosilac izborne suverenosti. S druge strane, jedinice decentralizacije nisu nosioci suverenih ovlašćenja, one samo obavljaju nadležnosti koje jesu deo suverene vlasti, a suverenost u svojoj suštini i dalje pripada jednoj nedeljivoj narodnoj ličnosti – suverenu.

<sup>7</sup> Digi, Leon, *Preobražaji javnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije, Beograd 1998. godine, str. 32.

<sup>8</sup> Ibid., 33.

U savremenoj pravnoj literaturi, postoji određenje decentralizacije koje se zapravo bazira na dva kriterijuma: *vrsta nadzora* nad jedinicom decentralizacije, i *način* na koji je ona izvršena<sup>9</sup>. Prema ovom stavu, decentralizacija predstavlja odnos centralnih i mesnih, područnih državnih organa gde je *zakonom izvršeno prenošenje* određenih državnih poslova u određenom obimu, pri čemu centralni organi zadržavaju pravo nadzora nad radom mesnih državnih organa, pri čemu je nadzor sveden na kontrolu zakonitosti, ali ne i na kontrolu celishodnosti akata i poslova lokalnih organa. Kao što se vidi iz ovog shvatanja decentralizacije, ona je zapravo zakonska kategorija jer je stav da se ovlašćenja, po volji centralne vlasti, prenose na lokalne organe, putem zakona i drugih propisa. Uočavamo da se u ovakvom teorijskom pristupu decentralizaciji, ne pojavljuje ustav i ustavom garantovani položaj jedinica teritorijalne i političke decentralizacije. Pošto se ovlašćenja prema ovoj teoriji prenose zakonom i drugim propisima, onda je teško govoriti o izvornim nadležnostima, a svakako je moguće pri ovakvom shvatanju decentralizacije očekivati da se nivo decentralizacije može smanjivati ili uvećavati na osnovu promene zakona.

Procesu i pojavi decentralizacije može biti slična i srodna devolucija. Na primeru Velike Britanije, prof. Ratko Marković je ocrtao elemente i karakteristike devolucije<sup>10</sup>. Njena konkretna svrha bila je da se u vršenje državne vlasti uključe i tzv. istorijske neengleske pokrajine: Škotska, Vels i Severna Irska. Kako je naveo prof. Marković<sup>11</sup> devolucija podrazumeva da se sa državnog parlamenta zakonodavna nadležnost prenese na pokrajinske parlamente, ali da se pri tome ne dira u staru ustavnu dogmu, koja je izraz britanskog shvatanja ustava u materijalnom smislu: o suverenosti Vestminsterskog parlamenta.

Gledano očima britanskih pravnika (Vernon Bogdanor), prof. Marković uočava da se na samom izvoru, devolucija razume kao prenošenje vlasti s ministra i Parlamenta na izvorna (podvukao S. Č.) subordinirana tela. Kod devolucije, preneti nadležnost sa centralnog nivoa, podrazumeva da ostaje neupitna suprematija državnog zakonodavnog tela. Prva posebnost, odnosno prvi element devolucije jeste da državni parlament, pošto ostaje suveren u odnosu na pokrajinski, devolucijom prenetu zakonodavnu nadležnost može uvek opozvati, a devolucioni zakon ukinuti, pri čemu ako nađe za svrsishodno, državni parlament i pored važenja zakona o devoluciji, može donositi zakone iz devolutivne nadležnosti pokrajinskog parlamenta<sup>12</sup>. Prof. Marković navodi da „kod devolucije nije reč o podeli između države i teritorijalnih devolucionih jedinica, nego je reč o prenošenju nadležnosti s države ... na organe teritorijalnih devolucionih jedinica“<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Ibid., 399.

<sup>10</sup> Marković, Ratko, »Devolucija u ujedinjenom kraljevstvu«, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol.62, br.2/2014 str. 1

<sup>11</sup> Ibid., 2.

<sup>12</sup> Ibid., 3.

<sup>13</sup> Ibid.

Ako bi neko pomislio da postoji sličnost između devolucionih jedinica i federalnih jedinica, morao bi da se suoči sa nespornom činjenicom da one možda jesu na prvi pogled slične, ali su suštinski različite, jer devolucione jedinice za razliku od federalnih, niti učestvuju u formiranju svojih nadležnosti niti imaju potpunu slobodu i samostalnost u realizaciji nadležnosti koja ima je devolucijom prenesena.

Drugi element, druga posebnost devolucije sadržan je u činjenici da ona nije jednoobrazni, monotipski, simetričan model decentralizacije<sup>14</sup>. Devolucione jedinice imaju različit položaj upravo zbog činjenice da vrsta i obim nadležnosti nisu jednaki za sve pokrajine, kao što ni organizacija nije ista, koja je propisana od strane države, zbog čega ne možemo govoriti o pravu na samoorganizovanje kada je devolucija u pitanju.

Prof. Marković podvlači da se devolucija nikako ne sme dovoditi u vezu s teritorijalnom autonomijom<sup>15</sup>. Naime, devolucija ne podrazumeva dobijanje vlastite izvorne zakonodavne nadležnosti, što je pak suštinski element pojma teritorijalne autonomije (auto nomos – samozakonodavstvo). Napokon, asimetričnost devolucije ogleda se i u tome što ona može biti „legislativna“, što podrazumeva pravo na donošenje zakona i „egzekutivna“ devolucija koja označava prenošenje izvršnih i upravnih ovlašćenja, ali ne i ovlašćenja donošenja zakona<sup>16</sup>. Kao i decentralizacija i devolucija se može činiti važnim činiocem demokratizacije države. Njome se vrši disperzija vlasti, a jedna od manje vidljivih posledica disperzije moći može biti efikasnija kontrola rada državnih organa.

Decentralizacija kao princip organizovanja podrazumeva pre svega vertikalno prostiranje i međusobne odnose između najšire političke zajednice – države i manjih odnosno užih političkih zajednica regiona/pokrajina i jedinica lokalne samouprave. No, decentralizacija može biti i metod uređenja odnosa u okviru organizovanja jedne vrste organa, npr. organa uprave. Tako, prema profesoru Milkovu<sup>17</sup>, kada su organi uprave decentralizovano organizovani razlikujemo centralne i lokalne organe uprave. Između ovih organa nema hijerarhijski postavljenih odnosa nadređenosti i podređenosti. Za lokalne organe uprave u ovom slučaju karakteristično je da imaju dve vrste nadležnosti, odnosno da obavljaju dve vrste poslova i zadataka. Jedna vrsta nadležnosti je izvorna, koje izviru i pripadaju im po slovu Ustava, gde je ustav istovremeno i garant za samostalno obavljanje poslova i zadataka koje izviru iz ustava. Istovremeno, lokalnim organima uprave, centralni organi mogu *poveriti* obavljanje poslova državne uprave koje im centralna vlast zakonom prenosi. U ovom drugom slučaju, u ovom drugom odnosu, postoje odnosi nadređenosti (centralni

<sup>14</sup> Ibid., 4.

<sup>15</sup> Ibid., 5.

<sup>16</sup> Ibid., 10.

<sup>17</sup> Prof. dr Dragan Milkov, *Upravno pravo – uvodna i organizaciona pitanja*, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 2011. godine, str. 76.

organi uprave, oni koji poveravaju određene nadležnosti) i podređenosti (lokalni organi uprave kojima su povereni određeni poslovi i zadaci koji im *izvorno ne pripadaju*).

Od svih pomenutih i analiziranih pojmova (decentralizacija i devolucija), treba izdvojiti i strogo razlikovati načelo dekoncentracije. Najpre ono se odnosi isključivo na organe uprave, njihovu organizaciju i nadležnosti. Primenom ovog principa organizovanja, razlikujemo centralne i područne organe uprave. Prema navodima prof. Milkova<sup>18</sup>, princip dekokcentracije se s jedne strane odnosi na teritoriju, ima teritorijalni element, a s druge strane odnosi se na međusobne odnose ove dve vrste organa. Naime, centralni organi uprave svoje nadležnosti obavljaju na teritoriji čitave države i nadređeni su područnim organima. Područni organi na drugoj strani u ime centralnih organa obavljaju određene zadatke i poslove na određenom delu teritorije. U *organizacionom smislu*, područni organi su u potpunosti podređeni centralnim organima, kao što su im podređeni i u *funkcionalnom smislu*. Zapravo oni su deo centralnog organa, njegova organizaciona jedinica, pa prema tome nemaju ni izvorne nadležnosti. Iz ovakvog odnosa proizlazi pravo centralnih organa da vrše nadzor nad zakonitošću i celishodnošću rada područnih organa, kao i pravo da ponište ili ukinu njihove akte<sup>19</sup>. Čini se da je ovo najjezgrovitije, a istovremeno i najpreciznije određenje i objašnjenje principa dekoncentracije.

No, pravna teorija poznaje i stanovišta<sup>20</sup> prema koji je dekoncentracija zapravo odnos centralnih i lokalnih organa, koji se zasniva na prenosu određenih ovlašćenja, pri čemu onaj koji ovlašćenje prenosi daje i uputstva kako ih obavljati i posledično tome zadržava potpuni nadzor nad radom lokalnih organa u domenu prenetih ovlašćenja. Kako navodi profesor Smerdel: „...Pri tome tipu odnosa, središnjim državnim tijelima pridržan je nadzor nad odlukama lokalnih tijela, kao i cijeli niz sredstava kojima mogu osigurati svoju nadređenost nad nositeljima lokalnih funkcija, od postavljanja i smenjivanja lokalnih dužnosnika, odlučivanja o finansijskim sredstvima, prava nadzora i preuzimanja predmeta .... do ukidanja i poništavanja akata lokalnih tijela zbog nepravilnosti i nesvrishodnosti...”. Na ovaj način definisana, dekoncentracija je zapravo mnogo šire postavljena nego što ona u pravnoj doktrini jeste. Najpre, iz navedenog citata može se uočiti da se ona može obuhvatati odnose između svih organa centralne i lokalne vlasti, a ne samo pojedinog tipa (organa uprave), a posebno, što se uopšte ne uzima u obzir da dekokcentracija zapravo podrazumeva hijerarhijski odnos između centralnog i necentralnog organa uprave koji je *sastavni organizacioni deo centralnog organa*. Napokon, ovakva formulacija dekokcentracije mnogo više „liči” na devoluciju, jer ima podosta devolutivnih elemenata.

---

<sup>18</sup> Ibid., 75.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> B. Smerdel, S. Sokol, 399.



Smatramo da bez prethodno iznetih analiza i prikazanih stavova nije moguće razumeti i izdvojiti decentralizaciju niti kao poseban pojam niti kao pravnu i političku pojavu. Decentralizacija u najširem smislu može obuhvatati sve pomenute institute, pa čak i federalni princip, ali takav pristup bio bi preširok i daleko od mogućnosti da se utvrde esencijalni elementi koji bi ustavopiscima, kao i zakonopiscima, omogućili da u poslu stvaranja normi o decentralizaciji, a potom i procesu njihovog sprovođenja, dođu do funkcionalnih, životnih i sprovedivih rešenja.

### III

Oba ustavotvorca su u uvodnom delu ustava postupila gotovo na identičan način<sup>21</sup>. Normirajući podelu vlasti na zakonodavnu izvršnu i sudsku, srpski ustavotvorac je naglasio da je vlast jedinstvena (iako se njena organizacija temelji na tripartitnoj podeli), i obrise ove jedinstvenosti u pravnom poretku je odredio definišući odnos tri navedene grane vlasti, čime je ublažio i precizirao načelo podela vlasti, odredbom da se njihovi međusobni odnosi zasnivaju na ravnoteži i međusobnoj kontroli<sup>22</sup>.

Na sličan način postupljeno je i u Ustavu Hrvatske. Vlast se takođe uređuje na načelu tripartitne deobe vlasti, ali slično kao i u Ustavu Srbije, nije normirana stroga nego uravnotežena podela vlasti koja podrazumeva međusobnu saradnju, odnosno deoba vlasti uključuje i oblike međusobne saradnje i uzajamne provere nosioca pomenutih vlasti<sup>23</sup>. Obe države, nedvosmisleno, propisuju tripartitnu podelu vlasti koja se zasniva na uzajamnoj kontroli i uravnoteženosti.

Vlast je, međutim, dodatno ograničena<sup>24</sup> Ustavom garantovanim pravom građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu, pravom građana na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu. Tako su oba ustavotvorca u ustavna načela uveli decentralizaciju koja je pre svega ustavom garantovano pravo građana, a potom ustavom definisani, dodatni mehanizam ograničavanja i kontrole vlasti. Zbog različite terminologije (Ustav Srbije govori o pravu na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu, dok Ustav Hrvatske pominje pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu) za potrebe ovog rada pomenute terminološke razlike premostićemo uvođenjem posebnog generičkog pojma: pravo građana na decentralizaciju,

---

<sup>21</sup> Jedina razlika koja se javlja je u nomotehničkom delu. U ustavu Hrvatske je jednim članom objedinjeno načelo podela vlasti i pravo građana na decentralizaciju, a Ustavom Republike Srbije su podela vlasti i pravo građana na decentralizaciju normirani posebnim normama u uvodnom, Prvom delu ustava koji definiše načela.

<sup>22</sup> Član 4 Ustava Republike Srbije.

<sup>23</sup> Član 4 Ustava Republike Hrvatske.

<sup>24</sup> Član 12 Ustava Republike Srbije i član 4 Ustava Republike Hrvatske.

koji će u sebi sadržavati i podrazumevati termine i pojmove sadržane u oba analizirana ustava.

Pre nego što se upustimo u detaljniju analizu ustavnih tekstova i normi koje se odnose na vrste i oblike decentralizacije, osvrnućemo se na istorijske reminiscencije, koje pomalo opterećuje podjednako i pravnu doktrinu i političku elitu obe države, a koje ipak moraju da pristupe decentralizaciji i sprovedu je polazeći naravno, svaka od vlastitog iskustva i pravno-političkih dilema. Kako je primetio I. Koprić<sup>25</sup>, rasprava o decentralizaciji i teritorijalnoj reorganizaciji, iako se u Hrvatskoj već poduže vodi, više od jedne decenije, raspeta je između želje za racionalnom odlukom i s druge strane, inhibirajućih emocija. Istorijsko iskustvo je svakako jedno od uzroka ove neodlučnosti.

U Hrvatskoj, prisećajući se, verovatno, ustavno-pravne istorije i potreba sadašnjice, koje nameće članstvo u Evropskoj uniji, pojavila se neodlučnost u procesu decentralizacije. Na jednoj strani sasvim je prirodna i očevidna želja da se bude i u državnom i u narodnom smislu slobodan, dok s druge strane mnogobrojni razlozi, a među njima je verovatno najsnažniji nagon za sigurnošću male države, koja obezbeđenje svoje egzistencije vidi u pristupanju savezu<sup>26</sup> sa jačim, sa onima sa kojima će brigu o vlastitom opstanku podeliti, dovodi do nametanja određenih standarda i procesa kakav savez nameće: u ovom slučaju proces decentralizacije.

Srbija i Hrvatska, svaka u svom političkom i istorijskom razvoju, susretale su se sa idejom federalizma i decentralizacije, kao sredstvom za kojim su posezali ne bi li u okvirima država u čijem su se sastavu nalazili, osvojili što veći prostor političke i teritorijalne slobode. Hrvatska je pokušavala da u okvirima Dvojne monarhije postane stožer oko koje će se okupiti svi južnoslovenski narodi koji su živeli u okviru granica Austro-Ugarske. Takva ideja je dobila na intezitetu nakon aneksije Bosne i Hercegovine 1908. Nedugo nakon toga, na tragu ove ideje, ali sada već u vreme kada je Prvi svetski rat otpočeo, koncepcija o trećoj južnoslovenskoj jedinici, u carevini koja je bila na samrtničkoj postelji, dobila je zakasnelo odobrenje. Naime, spremnost da se dualistička monarhija preuredi prema načelu trijalizma, kao jedan od pokušaja vlastitog očuvanja i opstanka, dobila je 1. oktobra 1918. afirmativnu odluku kada je tadašnji predsednik vlade izjavio da se Austrija ne protivi, niti može protiviti želji južnoslovenskih naroda za samoopredeljenjem i ujedinjenjem. Dok je Austrija na ovakvu ideju pristala, Ugarska, međutim nije. No, napokon, niti jedan od tada iznetih stavova više nije bio važan, pošto je uskoro usledio ratni poraz Austro-Ugarske, pa je tako Srbija, svojim ratnim uspesima i žrtvama doprinela rešavanju i presuđivanju pitanja ujedinjenja južnoslovenskih naroda i njihovog okupljanja, ali ne u okviru Austro-Ugarske.

---

<sup>25</sup> Ivan Koprić, Je li moguća reorganizacija Hrvatske? Institucionalna i politička ograničenja, *Političke analize*, Zagreb, br. 17/ 2014, str. 14

<sup>26</sup> Arsen Bačić, „Konstitucionalizam i konfederalizam (reminiscencije uz obetnicu hrvatskoga konfederalnog predloga iz 1991),“ *ADRIAS*, Zagreb, svezak 20/ 2014., str. 42

Stvorena je nova država, Kraljevina Srba Hrvata i Slovenaca u kojoj je jedno od centralnih pitanja, od samog njenog nastanka, bilo da li će ona biti uređena na principima centralizma i unitarizma, ili će pak biti federalna država. Ideja federalizma je proisticala iz ranije iznetih ideja u okviru hrvatske političke elite, da se najpre, doduše u tadašnjoj Austro-Ugarskoj, svi Hrvati okupe unutar jedne države u zasebnu, treću državnu jedinicu dualističke monarhije<sup>27</sup>, uz političku nadu da bi tako i politički, a ne samo geografski ujedinjeni Hrvati bili centar oko koga bi se okupili ostali južnoslovenski narodi<sup>28</sup>.

Nasuprot navedenim političkim idejama, nalazile su se političke snage koje su zastupale ideju centralizma i unitarizma, koji bi bili metod za prevazilaženje nacionalnih različitosti. Zanimljivo je da su i srpski političari imali istu ideju – okupljanje svih južnoslovenskih naroda, ali su teritorijalno uređenje i vertikalnu organizaciju vlasti videli i doživljavali na potpuno suprotan način. Smatrali su da se nacionalne razlike, koje bi mogle snažno da dele novonastalu državu, mogle lako biti pukotina u temelju države slobodnih južnoslovenskih naroda. Takve razlike i takva „temeljna pukotina“ mogle bi se najefikasnije prevazići načelom koje je i zapisano u Vidovdanskom ustavu o jednom, troimenom i troplemenom narodu. To je zapravo bila ideološka potka koja je trebalo da porodi i razvije integralno jugoslovenstvo u kome bi se konstitutivni narodi odrekli, makar na političkom i državnom planu, svojih posebnosti (Srbi podjednako kao Hrvati i Slovenci) što bi trebalo da učvrsti državu, njenu stabilnost i dugovečnost u novom i neizvesnom geopolitičkom uređenju Evrope. Neki autori smataju da je integralno jugoslovenstvo, centralizovana i unitarna država zapravo bila zamena pojmu i ideji Velike Srbije<sup>29</sup>. Nakon osamostaljivanja i donošenja ustava samostalnih i nezavisnih država, Srbija podjednako kao i Hrvatska suočavale su se, sada kao unitarne države, sa idejom i problemom decentralizacije.

#### IV

Današnji ustavi ovih dveju država u određenoj meri decentralizaciju poimaju na sličan način, ali kada je reč o suštinskim elementima, uočavaju se znatne razlike. Zbog toga ćemo detaljnije krenuti najpre u analizu ustavnih normi. Ustavom Republike Hrvatske, pored toga što je lokalna i područna samouprava definisana kao pravo građana, ima i ustavom određenu svrhu: ograničenje vlasti, a u posebnom

<sup>27</sup> Aneksijom Bosne i Hercegovine, praktično su svi Hrvati bili teritorijalno obuhvaćeni u okviru Austro-Ugarske, i zbog toga je aneksija dala poseban zamajac ovoj ideji.

<sup>28</sup> Dr sc Davorin Rudolf, „Jugoslavija: unitarna država ili federacija – povijesne težnje srpskoga i hrvatskog naroda – jedan od uzroka raspada Jugoslavije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, 2/2009., str. 294.

<sup>29</sup> Ibid., 300.

ustavnom odeljku su preciznije uređeni sadržina ovog prava i oblici njenog ostvarivanja. Ustavotvorac je u tom posebnom odeljku uređio na koji način i kojim sredstvima se realizuju i ostvaruju pravo na lokalnu i područnu samoupravu, potom je postavio temelje definisanja i razlikovanja jedinica lokalne i područne samouprave, odredio je koji su to poslovi izvorni i garantovni ustavom, a prirodno, definisao je i vrstu nadzora nad njihovim radom, potom metodologiju organizovanja i napokon prihode jedinica lokalne i područne samouprave.

Najpre članom 133 Ustav Hrvatske uređuje kako se ovo pravo ostvaruje: preko predstavničkih tela, bilo lokalnih, bilo područnih, pri čemu se članovi predstavničkih tela biraju na slobodnim i tajnim<sup>30</sup> izborima, na osnovu neposrednog, jednakog i opšteg prava glasa. Međutim, građani, ovo ustavom utvrđeno i garantovano pravo, mogu ostvarivati i neposredno. Oni putem zborova, referendumu ili nekog drugog oblika neposrednog odlučivanja, mogu neposredno učestvovati u upravljanju lokalnim poslovima i to, kako nalaže ustavotvorac, u skladu sa zakonom i statutom. No, imajući u vidu da je Hrvatska i članica Evropske unije, pravo na lokalnu i područnu samoupravu mogu ostvarivati i građani Evropske unije i skladu sa zakonom i kako kaže slovo Ustava sa „pravnom stečevinom Evropske unije“.

Jedinice lokalne samouprave su (član 134 Ustava Hrvatske): opštine i gradovi, ali pored ovog ustavnog određenja, druge jedinice lokalne samouprave se takođe mogu ustanoviti zakonom. Županija je predviđena kao jedinstvena i isključiva jedinica područne (regionalne) samouprave. Pojedine jedinice lokalne samouprave, navodi ustav, mogu zakonom dobiti status, odnosno ovlašćenja županije. Tako se navodi da položaj županije može zakonom biti utvrđen za grad Zagreb, dok se, takođe zakonom, većim gradovima u Hrvatskoj mogu dati ovlašćenja županije.

Kada je reč o utvrđivanju nadležnosti (član 135 Ustava Hrvatske), ustavotvorac je najpre metodološki odredio, da što se jedinica lokalne samouprave tiče, izvornim poslovima se smatraju oni iz lokalnog delokruga, kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana. Potom je odredio i oblasti koje se imaju smatrati lokalnim delokrugom koji je neposredno vezan za interese građana<sup>31</sup>. I kod županije, odnosno jedinice područne (regionalne) samouprave ustavotvorac je najpre metodološki odredio da su njihove nadležnosti oni poslovi koji su od područnog (regionalnog) značaja, a potom je nabrojao oblasti koje se pod tim podrazumeva-

---

<sup>30</sup> Svakako moramo uočiti propust kada je reč o formulaciji „tajni izbori“, jer logički, njihova tajnost ne bi omogućila da nosioci ovog prava, saznaju da su u toku izbori za predstavnička tela. Očigledno da je previd u pitanju i da se želelo kazati da su izbori slobodni i neposredni, da je glasanje tajno, a pravo glasa jednako i opšte.

<sup>31</sup> To su poslovi koji se odnose na uređenje naselja i stanovanja, prostorno i urbanističko planiranje, komunalne delatnosti, brigu o deci, socijalna pomoć i staranje (skrb), primarna zdravstvena zaštita, vaspitanje (odgoj) i osnovno obrazovanje, kultura, telesna kultura i sport, tehnička kultura, zaštita potrošača, zaštita i unapređenje prirodne sredine, protivpožarna i civilna zaštita.

ju<sup>32</sup>. Iako je uredio oblasti u kojima lokalna i područna samouprava imaju izvorne nadležnosti, ustavotvorac je prepustio zakonodavcu da detaljnije propiše o kojim konkretno poslovima je reč, obavezujući ga da prilikom dodeljivanja tih poslova prednost imaju ona tela koja su najbliža građanima. Zakonodavac takođe mora voditi računa i o širini i prirodi poslovima kao i o zahtevima efikasnosti (učinkovitosti) i ekonomičnosti. Iako bi se iz dikcije navedenih formulacija mogao izvesti i zaključak da ustavotvorac uvodi u priču zakonodavca kako bi normirao slučaj poverenih poslova, ipak se radi o preciziranju izvornih nadležnosti, odnosno poslova iz delokruga izvornih ovlašćenja.

Što se tiče nadzora, ustavotvorac je bio jezgrovit (član 137 Ustava Hrvatske) određujući da su jedinice lokalne i područne samouprave samostalne u obavljanju poslova iz svog delokruga i da podležu samo nadzoru ustavnosti i zakonitosti *ovlašćenih državnih organa*. Upravo u završnici norme, ustavotvorac je proširio krug subjekata koji mogu vršiti definisanu vrstu nadzora, jer se za nadzor ustavnosti i zakonitosti, očigledno ne podrazumeva samo Ustavni sud, nego i drugi državni organi, izvršne, upravne i sudske vlasti.

Organizacija jedinica lokalne i područne samouprave (član 136) prepuštena je zapravo zakonodavcu. Naime određeno je da one imaju pravo, ali u okviru zakona, da svojim statutima samostalno urede unutrašnje ustrojstvo i delokrug svojih organa, kao i da ih prilagode lokalnim potrebama i mogućnostima. No, kada se pogleda Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi<sup>33</sup>, uverićemo se da je zakonodavac zapravo u velikoj meri preuzeo na sebe uređivanje ovih pitanja i da je nemoguće govoriti o bilo kakvom elementu prava na samoorganizovanje bar kada je područna samouprava u pitanju, a po detaljnosti i preciznosti zakonskih odredbi koje se odnose na organizaciju, čini se da je ustavna odredba o tom da jedinice lokalne i područne samouprave svojim statutima mogu samostalno urediti vlastitu organizaciju čak je i prilagoditi lokalnim potrebama, zapravo „mrtvo slovo na stranicama ustava“, ili *ius nudum*.

Napokon, kada je reč o prihodima (član 138 Ustava Hrvatske), jedinice lokalne i područne samouprave poseduju ustavom garantovano pravo na vlastite prihode, kojima slobodno raspolažu kada vrše izvorne nadležnosti. Pri tome, njihovi prihodi moraju biti u srazmeri sa njihovim ovlašćenjima koja predviđaju Ustav i zakon. Za finansijski slabije jedinice lokalne (ali ne i područne) samouprave predviđena je obaveza države da ih finansijski pomaže na način na koji to odredi zakon.

Srbiju i Hrvatsku po pitanju decentralizacije povezuje višedecenijsko pripadanje istoj državi, ali i frustracije i strahovi, koji su kod svake od njih uslovlili da se

<sup>32</sup> Poslovi područnog delokruga obuhvataju: školstvo, zdravstvo, prostorno i urbanističko planiranje, privredni (gospodarski) razvoj, saobraćaj i saobraćajnu infrastrukturu, kao i planiranje i razvoj mreže obrazovnih zdravstvenih socijalnih i kulturnih ustanova.

<sup>33</sup> Komparativna i obuhvatna analiza zakonske regulative decentralizacije u Srbiji i Hrvatskoj biće, kako je navedeno na početku teksta, predmet narednog rada.

decentralizaciji pristupa pre svega sa nepoverenjem, znatnom dozom opreza i u velikoj meri sa političkom fobijom. Svaka iz svog ugla, i svaka iz ugla svog istorijskog i političkog iskustva suočavajući se sa decentralizacijom, kao da rešavaju „kvadraturu kruga“.

Ustav Republike Srbije, odredio je kao i hrvatski ustav pravo na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu kao pravo građana koje je ustavom garantovano, a potom je odredio svrhu ovog prava: ograničenje državne vlasti. U ovome su oba ustavitvirci identična bez ostatka. Ali onda nastaju razlike, suštinske, metodološke i organizacione. Teritorijalnom uređenju, odnosno teritorijalnoj i političkoj decentralizaciji posvećen je sedmi deo Ustava Republike Srbije. Jasno su razdvojena dva nivoa decentralizacije i funkcionalno i suštinski (članovi 176 – 193 Ustava Srbije): pokrajinska autonomija i lokalna samouprava. Ustav jasno razgraničava izvornu i poverenu nadležnost autonomnim pokrajinama, određuje, odnosno osniva, dve autonomne pokrajine, kao što i predviđa mogućnost da se decentralizacija kada je pokrajinski nivo u pitanju izmeni zakonom na određeni način, utvrđuje pravo na samoorganizovanje kroz pravo na samostalno uređenje organa, uređuje metodološki i enumeracijom nadležnosti autonomnih pokrajina, njihovo finansiranje, pravne akte, nadzor nad radom pokrajinskih organa ali i njihovu konkretnu zaštitu.

Ustav je definisao pojam autonomne pokrajine, njeno osnivanje i teritoriju (član 182 Ustava Srbije) i odredio je da su one autonomne teritorijalne zajednice osnovane Ustavom, u kojima građani ostvaruju pravo na pokrajinsku autonomiju. Istovremeno, istim članom, Ustav je i naveo koje to pokrajine osniva i kakav im je status. Naime Republika Srbija sastavljena je (ima) od autonomne pokrajine Vojvodine i autonomne pokrajine Kosovo i Metohija. Među njima pak postoji statusna razlika, jer ovoj potonjoj pokrajini pripada suštinska autonomija koja treba da se uredi posebnim zakonom koji se donosi po postupku predviđenom za promenu Ustava. Kao i u nekim prethodnim radovima, navodimo da ustavotvorac nije ni jednim elementom odredio šta je mislio pod suštinskom autonomijom, kao što ni ustavotvorac/zakonodavac nikada nije doneo pomenuti posebni zakon kojim bi se suštinska autonomija uredila. Sasvim namerno smo naveli ustavotvorca odnosno zakonodavca kao donosioca, pošto iz dikcije ovog člana jasno sledi, da iako je reč o zakonu kojim se suštinska autonomija ima urediti, on se donosi po proceduri za promenu ustava, a takav postupak već predstavlja vršenje ustavotvorne vlasti iako se u tekst Ustava ne dira! Ovde je ustavopisac, odnosno ustavotvorac, kao i na mnogim mestima u ovom Ustavu, izmislio niz „novina“ u ustavnoj praksi i teoriji, pa je sada zapravo izmislio jednog ustavotvornog zakonodavca, verovatno sasvim slučajno, bez svesti šta je i kako je definisao pomenuti član i koje su njegove posledice.

Pored postojećih autonomija, mogu se osnivati nove, a već osnovane ukidati ili spajati po postupku predviđenom za promenu ustava. I ovde imamo, na prvi



pogled sličnu situaciju kao malo pre pomenutu, ali se suštinski ne može uputiti zamerka kakva je izrečena prethodnoj normi, pošto je jasno da se autonomne pokrajine osnivaju i menjaju odnosno spajaju po ustavotvornoj proceduri, dakle vršenjem ustavotvorne vlasti. Samo je ostalo otvoreno „tehničko“ pitanje, da li bi takva promena u broju pokrajinskih autonomija ušla i u tekst Ustava?! Predlog za promenu na ovom drugom nivou vlasti, podnose, odnosno kako navodi ustavotvorac utvrđuju građani na referendumu, a u skladu sa zakonom. Ovde je očigledno reč o zakonu kojim bi se regulisali razni oblici i vrste referenduma. No, ni ovakav zakon nije donet, odnosno pitanja vezana za referendume, sve one koje pominje Ustav, nisu regulisana ni drugim zakonima. Samo je jasno kako se i pod kojim uslovima održavaju ustavni referendumi koji su deo procedure revizije Ustava. Pošto se promena u organizaciji drugog nivoa vlasti ne može izvesti bez promena unutrašnjih teritorijalnih granica kao pokrajina tako i opština, u zavisnosti da li se osnivaju spajaju ili ukidaju pokrajinske autonomije, onda se ove promene ne mogu izvršiti bez saglasnosti građana, koja se izražava ili uskraćuje, takođe na referendumu.

Kao i u slučaju Ustava Republike Hrvatske, tako je i Srpski ustav odredio i uredio da se ovo, ustavom garantovano pravo građana ostvaruje neposredno ili posredno: preko slobodno izabраних predstavnika (član 173. Ustava Srbije). Utvrđena je potom metodologija kojom se vrši razgraničenje nadležnosti između centralne državne vlasti, pokrajinskih autonomija i lokalnih samouprava (član 177 Ustava Srbije). Naime, izvorna nadležnost autonomnih pokrajina podrazumeva ona pitanja koja se, kako ustavotvorac navodi, *na svrsishodan način mogu ostvarivati unutar autonomne pokrajine*, a u kojima nije nadležna Republika Srbija. Na isti način, metodološki je određena i nadležnost jedinica lokalne samouprave<sup>34</sup>. Pored izvornih nadležnosti koje su određene i metodološki i po oblastima<sup>35</sup>, predviđena je i mogućnost poveravanja pojedinih pitanja iz nadležnosti države putem zakona (član 178 Ustava Srbije). Kao što Republika Srbija može poveriti poslove iz svoje nadležnosti autonomnim pokrajinama, tako ovo poveravanje po vertikali može da bude spuštено i na niži nivo, pa da i autonomne pokrajine, jedinicama lokalne samouprave povere odlukom pojedina pitanja iz vlastite nadležnosti. Uvaženo je pravilo da onaj koji poverava nadležnosti obezbeđuje i sredstva za realizaciju tih poslova.

<sup>34</sup> Jedinice lokalne samouprave nadležne su u pitanjima koja se, na svrsishodan način, mogu ostvarivati unutar jedinica lokalne samouprave .... u kojima nije nadležna Republika Srbija- član 177 Ustava Srbije.

<sup>35</sup> Članom 183, stav 2 utvrđeno je da autonomne pokrajine u skladu sa zakonom, uređuju pitanja od pokrajinskog značaja u oblasti: prostornog planiranja i razvoja; poljoprivrede, vodoprivrede, turizma, ugostiteljstva, banja i lečilišta, zaštite životne sredine, industrije i zanatstva, drumskog, rečnog i železničkog saobraćajka i uređenja puteva, priređivanje sajmovi i drugih privrednih manifestacija; prosvete, sporta, kulture, zdravstvene i socijalne zaštite i javnog informisanja na pokrajinskom nivou. Takođe je utvrđeno da u skladu sa zakonom, se autonomne pokrajine staraju o ostvarivanju ljudskih i manjinskih prava.



Jedno od najznačajnijih dostignuća ovog tzv. Mitrovdanskog ustava je u tome što je dodao kvalitet decentralizaciji i njenom uređenju, uz mane koje je istim povodom i na istu temu iskazao. Radi se naime, o pravu na samo organizovanje koje se garantuje autonomnim pokrajinama (članovi 179 i 180 Ustava Srbije). Naime, autonomne pokrajine u skladu sa Ustavom i svojim Statutom koje donose, ali uz saglasnost Narodne skupštine Republike Srbije, samostalno propisuju uređenje izbor i nadležnost svojih organa i javnih službi. Ustavotvorac je postavio i određene obaveze pa pravo na samoorganizovanje nije potpuno, ali i pored toga je znatno. Naime, predviđeno je Ustavom da je Skupština najviši organ vlasti autonomne pokrajine. Time je ustavotvorac odredio jedan organ kao obavezan i pri tome ga smestio na sam vrh organizacije koji pokrajina samostalno može da uredi. Određena je još jedna obaveza/ograničenje: u autonomnim pokrajinama u kojima živi stanovništvo mešovitog nacionalnog sastava, mora biti omogućena srazmerna zastupljenost nacionalnih manjina u skupštinama u skladu sa zakonom. Nije suviše pomenuti da ni zakon koji bi bliže uredio ovo pitanje nije do sada donet.

Normirano je i garantovano da autonomne pokrajine imaju izvorne prihode koji služe za finansiranje njihovih nadležnosti (član 184 Ustava Srbije), pri čemu je zakonodavcu prepušteno da odredi vrstu i visinu izvornih prihoda autonomnih pokrajina. Međutim, autonomnoj pokrajini Vojvodini data je ustavna garancija da kada je njen budžet u pitanju: on mora iznositi najmanje 7% u odnosu na republički budžet. Pri tome tri sedmine pokrajinskog budžeta moraju biti korišćeni za finansiranje kapitalnih rashoda.

Kada je reč o nadzoru nad radom organa pokrajine i zaštitom pokrajinske autonomije, ustavotvorac je pokazao još jedno od kvalitetnijih rešenja. Naime, pored toga što je striktno odredio organe koji mogu učestvovati u oba postupka<sup>36</sup>, uredio je procedure i posledice ovih procedura. Tako u slučaju nadzora, samo Vlada može pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom za ocenu ustavnosti i zakonitosti pokrajinske odluke pre stupanja na snagu, dok s druge strane Ustavni sud do donošenja svoje konačne odluke, takvu pokrajinsku odluku može „staviti na čekanje“, odnosno odložiti njeno stupanje na snagu. Drugim rečima, jedini nadzor koji se može obavljati je nadzor na ustavnošću i zakonitošću pokrajinskih opštih akata, a Vlada kao izvršni organ centralne vlasti može samo pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom, ali ne može sama izvršiti ovu vrstu nadzora.

Što se zaštite autonomne pokrajine tiče odnosno njenog položaja, takođe je Ustavni sud predviđen kao taj koji će sada u ovom slučaju biti zaštitnik. Ustavni sud će autonomnoj pokrajini pružiti zaštitu ako se pojedinačnim aktom ili radnjom državnog (dakle republičkog organa) ili pak organa jedinice lokalne samouprave onemogućava vršenje nadležnosti autonomne pokrajine. Pored ovog vida zaštite, postoji i opšta zaštita u vidu prava autonomne pokrajine, da preko organa koji sama odredi,

---

<sup>36</sup> Članovi 186 i 187 Ustava Republike Srbije.

pred Ustavnim sudom pokrene postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti zakona i drugog opšteg akta Republike ili jedinice lokalne samouprave kojim se povređuje pravo na pokrajinsku autonomiju. Možemo konstatovati da je ustavotvorac predvidio *poseban* vid zaštite kada je pokrajine onemogućena da obavlja svoje nadležnosti i to pojedinačnim aktima ili radnjama državnih organa ili organa lokalne samouprave, kao i *opšti* način zaštite ukoliko je povređeno pravo na pokrajinsku autonomiju nekim zakonom ili opštim aktom.

Za razliku od autonomne pokrajine, jedinice lokalne samouprave (opština, grad i grad Beograd) određuju se zakonom a ne Ustavom. Ustavotvorac je definisao položaj, nadležnosti, pravne akte i organe opštine (članovi 189-191 Ustava Srbije), ali je detaljnije uređenje organizacije jedinica lokalne samouprave prepustio zakonodavcu i jedinicama lokalne samouprave pružio mogućnost da tom prilikom, svojim statutima „asistiraju“ zakonodavcu. Dakle, za razliku od pokrajinskih autonomija, jedinice lokalne samouprave nemaju pravo na samoorganizovanje, što je očekivano, jer se razlikuju politički i pravno priroda i svrha autonomije na jednoj strani i lokalne samouprave na drugoj.

Nadzor nad jedinicama lokalne samouprave je takođe saglasan njihovoj prirodi i položaju (član 192 Ustava Srbije). Vlada je taj državni organ koji vrši nadzor. Ovlaštena je i zadužena da opšti akt opštine obustavi od izvršenja ako smatra da nije saglasan Ustavu ili zakonu i da u strogo određenom roku (5 dana) pokrene pred Ustavnim sudom postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti. Pored ovoga, Vlada ima i zakonsko ovlašćenje da raspusti skupštinu opštine i istovremeno imenuje privremeni organ koji će obavljati poslove skupštine. Kada imenuje privremeni organ ona mora voditi računa o političkom i nacionalnom sastavu skupštine koju je raspustila.

Sa druge strane, organ opštine (član 193 Ustava Srbije) ima pravo žalbe Ustavnom sudu kao *poseban oblik* zaštite, ako je opština onemogućena da obavlja svoje nadležnosti radnjama ili pojedinačnim aktima državnog organa ili druge lokalne samouprave. Zanimljivo je da jedinica lokalne samouprave ne uživa zaštitu ako pokrajinski organi svojim pojedinačnim aktom ili radnjom vrše ometanje obavljanja nadležnosti opštine! Kao *opšti oblik zaštite* predviđeno je pravo jedinica lokalne samouprave, odnosno njihovih organa, da se obrate Ustavnom sudu, ako im je povređeno pravo na lokalnu samoupravu i to putem zakona ili drugog opšteg akta kako Republike tako i autonomne pokrajine.

## V

Zaključujući raspravu o do sada učinjenim analizama, navedenim ustavnim rešenjima i istorijskim okvirima iskustva sa decentralizacijom (i centralizacijom), svakako deo ne možemo sagledati i razumeti bez celine u ovom slučaju ustavne

celine. Pošto ustav u svojoj punoći obuhvata horizontalnu i vertikalnu organizaciju vlasti, onda se mora konstatovati da u idealno ali i u realnom stanju ustavno-pravni sistem i poredak počiva na nekoliko načela. Najpre je načelo koherentnosti normi i normativnih rešenja, odnosno zakonitosti, zatim načelo određenosti, potom načela potpunosti i određenosti i napokon načelo samoproizvodnje prava (autopoieza)<sup>37</sup>. Decentralizacija može napraviti problem kada je reč o načelima koherentnosti, a najviše kada je u pitanju načelo potpunosti, prema kome glavni deo stvaranja prava pripada državi, pa bi ovo načelo bilo povređeno ukoliko bi se uvelo drugo «konkurentno pravo», te ukoliko se opštim aktima, koje država donosi, ne bi određivala delatnost drugih subjekata<sup>38</sup>. Upravo se decentralizacija, a naročito politička i teritorijalna autonomija kose sa ovim principom, jer prava, koja na primer u Srbiji pripadaju autonomnim pokrajinama – pravo na samostalno regulisanje organizacije, kao i potpuno pravo na propisivanje načina izbora pokrajinskih organa, isključuje načelo potpunosti onako kako se ono u pravnoj doktrini većinski razume. Zato je decentralizacija izuzetak, jedna disperzija centralne vlasti njene jedinstvene moži. S toga se politička elita veoma teško i retko odlučuje da napravi funkcionalan i efikasan sistem decentralizacije, jer bi to istovremeno značilo da centralna vlast horizontalnom organizacijom, poseduje i vlašću sa funkcionalno manjim ovlašćenjima i da je efikasnije ograničena i kontrolisana.

Hrvatska pravna i politička doktrina je bila snažno uključena u sve faze reforme vertikalne organizacije. Uglavnom je preovladavala ideja, iznesena u različitim varijacijama o policentričnoj decentralizaciji države, a smatra se da su regionu oblici decentralizacije koji mogu u procesu rekonstrukcije odigrati važnu ulogu<sup>39</sup>. Razlozi koji Hrvatku navode na izvođenje reforme decentralizacije, već duži vremenski period, svakako je politika supsidijarnosti i decentralizacije koje snažno promovišu i Evropska unija i Savet Evrope. S druge strane javlja se i unutrašnji faktor, a to je pre svega jako razvijena svest stanovništva o regionalnoj pripadnosti, jak uticaj civilnog društva kao i ostalih aktera koji imaju pozitivan stav o važnosti regionalnih interesa i identiteta<sup>40</sup>.

Hrvatska je imala nekoliko reformi decentralizacije, odnosno preoblikovanja drugog nivoa horizontalne organizacije vlasti. To se najbolje može posmatrati kroz promenu položaja i uloge županija. Ona je najpre bila „produžena ruka“ države na određenom području. Njihova svrha je bila da se osiguraju hijerarhijski i i pseudo-decentralizovani model upravljanja Hrvatskom. Time je volja centralne vlasti bila obezbedila sredstvo da bude efikasno sprovedena na čitavoj državnoj teritoriji<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Prof. dr Gordana Vukadinović, „Načela pravnog sistema“, *Zbornih radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2013, str. 26.

<sup>38</sup> Ibid., 29.

<sup>39</sup> Ivan Koprić, nav. delo, str. 9.

<sup>40</sup> Ibid., 10.

<sup>41</sup> Ibid.

Pozicija župana je jasno oslikavala ulogu i svrhu županija – župan je bio predstavnik državne vlasti u županiji, a imenovao ga je predsednik Republike potvrđivanjem predloga Vlade.

Promena u položaju županija i župana nastaje 2000. kada su izvedene ustavne promene u organizacionom i institucionalnom smislu. Sada je župan biran lokalno. Istina došlo je do samo delimičnog pomaka u položaju županija jer su one suštinski i dalje ostala tela državne uprave, ali su ustavnim izmenama, istovremeno definisane kao jedinice područne (regionalne) samouprave<sup>42</sup>. Tako su županije dobile dvostruku prirodu, koja se u nekim poslovima izrađavala kroz obavljanje ovlašćenja državne uprave, a u drugim, izvornim poslovima, one su ispoljavale svoju prirodu područne (regionalne) samouprave. Najslikovitije i možda najpribližnije poređenje sa srpskim ustavnim rešenjem bilo bi kada bi se ovlašćenja okruga u Srbiji dodala izvornim ovlašćenjima koje imaju autonomne pokrajine.

Za novom reorganizacijom vertikalne organizacije vlasti posegnulo se 2013. i 2014. kada je u februaru mesecu vlada Republike Hrvatske, uputila u proceduru pred Sabor predlog o reorganizaciji državne uprave, koja je podrazumevala pet centara i pet nadregija. Postoje autori koji su žestoko kritikovali ovaj predlog označavajući ga primerom pojmovnog i političkog nepoznavanja i zbrke u Hrvatskoj (koja traje od početka 1990-ih) kada je reč o decentralizaciji i regionalizaciji, kao i o samoupravi i državnoj upravi<sup>43</sup>. Šta više kritike su išle do konstatacije da su pitanja koja se odnose na uređenje regionalne samouprave svojevrsna noćna mora savremene hrvatske politike<sup>44</sup>.

Sve u svemu, iz navedenih ali i ostalih pročitanih kritika, možemo konstatovati da je te 2000. godine već pomenuta dvostruka priroda županija, zapravo označavala i potvrđivala da je izvedena jedna nepotpuna i nedovršena regionalizacija zemlje. Prema stanovištu Nevena Šantića<sup>45</sup> iako je o regionalizmu i regionalnom razvoju i preobražaju, u hrvatskoj političkoj i stručnoj javnosti toliko raspravljalo, sa velikim očekivanjima ali bez smislene i provedene rezultante u javnoj politici, očigledno je da je glavni krivac ovakvog stanja centralistička sklonost hrvatskih vladajućih elita! Ova konstatacija je tim više neobična jer je tačna, posebno ako se u obzir uzme iskustvo Hrvatske sa centralizmom u okviru Austro Ugraske i Jugoslavije čije je ona deo bila.

Naravno da, kao i kod svih političkih elita, što važi posebno i podjednako za srpsku i hrvatsku političku strukturu, postoji latentan i onespokojavajući strah od decentralizacije koja se javno, politički pravda staranjem i brigom da se spreči pojava separatizma, a zapravo suština i temelj ovakvog straha, političke fobije je strah od gubitka političke moći, vlasti i finansijskih izvora pri donošenju političkih

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Neven Šantić, „Dileme regionalnog preustroja“, *Političke analize*, Zagreb, br. 17/ 12106, str. 3.

<sup>44</sup> Ibid., 4.

<sup>45</sup> Ibid., 5.

odluka. Ustavi Srbije i Hrvatske su podjednako primer svega navedenog i zaključnog. Opšta ocena oba ustavna sistema, sa svim njihovim sličnostima i razlikama, je da je decentralizacija zaustavljena na pola puta i da je ustavotvorac svojim rešenjima, konfuznim i protivrečnim, valjano blokirao funkcionisanje jedinica decentralizacije. U slučaju Srpskog ustava, to je najviše učinjeno asimetričnošću u pogledu teritorijalnog principa što podrazumeva da srednjeg nivoa decentralizacije nema na većini teritorije Republike Srbije, zbog čega se kao posledica javlja deficit u teritorijalnoj organizaciji.

U slučaju Ustava Republike Hrvatske, decentralizacija je dvostruko blokirana: činjenicom da županije iako su jedinice područne samouprave obavljaju i poslove državnih (centralnih) organa uprave, dok na drugoj strani kada se analizira njihovo ustrojstvo, jasno je da ovde nije reč ni o kakvoj regionalnoj, nego dvostepenoj samoupravi, koja je koja je zapravo prepuštena zakonodavcu da je uređuje i preuređuje bez obzira što je sam ustav garantuje i definiše. Veoma je malo ustavnih elemenata koje smo u ranijim radovima nazvali racionalizovanom, a zapravo dovršenom i obezbeđenom decentralizacijom<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Doc. dr Svetozar Čiplić, „Ustav Republike Srbije i racionalizovana decentralizacija“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad*, 4/2015, str. 1790.

*Svetozar M. Čiplič, Ph.D., Assistant Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
S.Ciplic@pf.uns.ac.rs*

*Aleksandar L. Martinović, Ph.D., Assistant Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs*

*Nataša N. Rajić, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
N.Rajic@pf.uns.ac.rs*

## **Constitutional Framework of the Process of Decentralization and Public Administration Reform in Serbia and Croatia**

**Abstract:** *The work is devoted to the comparative analyze of the processes of the decentralization reorganization and reform of the public administration at the level of the horizontal governance organization in Serbia and Croatia. At the first part of the work the authors analyze the decentralization and devolution as well as their demarcation in the sense of their related but not similar meanings.*

*The second part is devoted to the historical experiences and genesis foundations of the common state where Serbia and Croatia were joined. The particular historical developments of Serbia and Croatia influenced the present attitude of their political elites toward decentralization. The third, final part/conclusion, is dedicated to a comparative analyses of the constitutional solutions in Serbia and Croatia which are related to the vertical organization.*

**Key words:** *decentralization, governance reform, governance dispersion, limitation of the governance, devolution.*

Datum prijema rada: 20.06.2016.





*Veljko M. Turanjanin, Ph.D., Assistant  
University of Kragujevac  
Faculty of Law Kragujevac  
vturanjanin@jura.kg.ac.rs*

*Dragana S. Čvorović, Ph.D., Assistant  
Academy of Criminalistic and Police Studies  
Belgrade  
dragana.cvorovic@kpa.edu.rs*

## SARAJEVO 1914: TRIAL PROCESS AGAINST YOUNG BOSNIA – ILLUSION OF THE FAIR PROCESS

**Abstract:** *The authors in the work deal with the trial process against members of the Young Bosnia for the assassination of the Austro-Hungarian heir Archduke Franz Ferdinand and his wife Sophie Chotek in Sarajevo 1914. That issue attends scientific and lay public attention over the hundred years. Authors divided their article into few parts. After the introductory remarks they explain conditions in the country before the assassination, especially problem of the Bosnia and Herzegovina's annexation and its ratification within the Austro-Hungarian legislation. After that, they remind on the ultimatum that the Dual Monarchy referred to Serbia, which was not accepted, but which "caused" the First World War. The main part of the work is dedicated to the criminal proceeding against the Youngbosnians. They analyze criminal procedure in that time, behavior of the participants, especially president of the judicial council, and defense attorneys, which was shameful, except the defense of the Dr. Rudolf Cistler. Consequently, he had borne numerous negative consequences after the judgment.*

**Key words:** *Young Bosnia, Sarajevo assassination, criminal procedure, murder, Rudolf Cistler.*

### INTRODUCTION REMARKS

"Whenever Europe is sick, it is looking for a cure for the Balkans."  
Milorad Pavic, *Writing Box*

Marking the centenary of the assassination in Sarajevo raised the issue of the trial against the members of the Young Bosnia, accused for the crime. There is no doubt about the persons who carried out an assassination on the Austro-Hungarian heir Franz Ferdinand and his wife Sophie Chotek, but, we could find many questions about the judicial proceedings against the members of the Young Bosnia, both in Serbia and in the foreign literature. In addition, the onset of the centenary of the Sarajevo assassination reopens the old questions of both the responsibility for the war.<sup>1</sup> As we know, Austro-Hungarian government used an assassination as an excuse for the long-planned war against Serbia, which has been declared as responsible for the sad events in Sarajevo, in the Jun 1914. However, initial conflict between two countries grown into the largest starvation in that time, into the World War I. After it, we can find many papers and works that explain events that led to the war, and some of them describe at margins trial process against Gavril Princip and others. Of course, in certain works there are attempts for justification of the role of the particular participants on the trial. Due to the volume of this work, instead long introduction, on the first place we will briefly describe annexation of the Bosnia and Herzegovina and ratification process in the Dual Monarchy, and, an ultimatum given to the Serbia, whose government did not have any connection with the assassination. Bosnian authorities conducted proceeding against twenty five defendants for the felony of the high treason, which was then, and it is now, very doubtful. This fact was emphasized by one of the attorneys in this proceeding, which was legally justified. Later in the text we will try to clear the reasons for this attitude.

#### ANNEXATION AND THE PROBLEM OF ITS RATIFICATION (PRELIMINARY ISSUE FOR THE SARAJEVO PROCESS)

In order for us to be able to process the trial against Gavril Princip and his comrades, we have to go back 36 years in the past, to the period when the Berlin Congress was held, and during the occupation of Bosnia and Herzegovina. Bosnia and Herzegovina, as a country “in which wars of others have fueled internal conflicts of Bosnian society and have fed them”, was located on the northern borders of the Ottoman Empire, and therefore, was directly affected by the wars with the Austro-Hungarian Empire<sup>2</sup>, which for years, being on the torment of Tantalus, had been trying to extend its sovereignty.<sup>3</sup> Its aspirations had become

---

<sup>1</sup> See, for example, the collection of works: Günter Bischof, Ferdinand Karlhofer, Samuel R. Williamson, Jr., *1914: Austria-Hungary, the Origins, and the First Year of World War I*, University of New Orleans Press, New Orleans 2014.

<sup>2</sup> Ksavije Bugarel, *Bosnia: Anatomy of the War*, Fabrika knjiga, Belgrade 2004, 46.

<sup>3</sup> Srdjan Djordjevic, Srdjan Vladetic, „Rudolf Cistler – viva vox Serbiae! The trial and the defense of the participants of the Sarajevo assassination”, *Srpska politicka misao* 2/2014, 98. In

more prominent in 1878, during the Berlin Congress. The very same Congress brought about some fluctuations regarding the occupation and annexation of Bosnia and Herzegovina, as the Count Andrassy once thought that the act of occupation, under the current circumstances, was equated with the annexation.<sup>4</sup>

Shortly before the conclusion of the congress, he concluded a secret treaty with Turkey, by which he had acknowledged the sovereignty of the Sultan in the Bosnia and the temporary character of the its occupation,<sup>5</sup> which made the Austro-Hungarian Emperor Franz Joseph extremely dissatisfied, because he wanted annexation, and often grasped at this issue.<sup>6</sup> However, he realized the advantages of the position of his country and he believed that he had implicitly been given the authority to carry out the annexation in the impending time.<sup>7</sup> Thus, the Austro – Hungarians, on the one side, achieved great success at the Berlin Congress,<sup>8</sup> while on the other hand, Serbia was, disappointed in the behavior of Russia, suffering failure.<sup>9</sup> Soon the Berlin treaty is ratified by the parliaments of both monarchies.

Having successfully completed the occupation, the monarchy was gradually getting ready to perform the final act of annexation. Preparing the ground for it, it was sending a delegation to Bosnia, in order for the people to plead for the annexation, where it had, in fact, the Russian help. The final annexation plan was adopted at a meeting held on 10<sup>th</sup> September 1908,<sup>10</sup> a mere act of annexation was carried out by the imperial proclamation a month later, on 5<sup>th</sup> October the same year, in order for this act, among other things, to thwart plans of Serbia to

---

the process of colonizing the Dual Monarchy was intended to gain access to the Aegean Sea through Thessaloniki by irritating the Slovenian Balkan countries. Mitar Djuricic et al., *World War II – General History*, Izdavacko-stamparsko preduzece „Obod“, Cetinje 1976, 7.

<sup>4</sup> Shortly before the Berlin Congress Andrassy (Count Gyula Andrassy de Csikszentkiraly et Krasznahorka) met Jovan Ristic, who renounced the extension of Serbia to Sandzak of Novi Pazar (which was the aim of the dual monarchy, which would, along with Bosnia and Herzegovina, would limit Serbia in all aspects) and Kosovska Mitrovica, in exchange for obtaining Nis, Pirot and Vranje, See: Branko Beslin, *European influences on Serbian Liberalism*, Izdavacka knjizernica Zorana Stojanovica, Novi Sad 2005, 706.

<sup>5</sup> Vladimir Corovic, *History of the Serbs*, Edicija, Belgrade 2010, 684. Turkey insisted for the Convention to be inserted a sentence on the temporary nature of the occupation. For more about all of the above: Grgur Jaksic, *Bosnia and Herzegovina at the Berlin Congress (discussion of diplomatic history)*, Srpska akademija nauka, Belgrade 1955, 62-64.

<sup>6</sup> Joseph M. Baernreither, *Fragments of a Political Diary*, Macmillan and Co., Limited, London 1930, 41.

<sup>7</sup> Alex Dragnich, „Bosnia-Herzegovina: A Case Study of Anarchy in the Third World“, *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol. 3, 1995, 164.

<sup>8</sup> Dual Monarchy was entrusted the double task: to restore order and peace in the country, and to provide legal security and administration offices on the one hand, and to solve the agrarian question, on the other hand. Veselin Masleša, *Young Bosnia*, Kultura, Belgrade 1945, 44, 183-185.

<sup>9</sup> V. Corovic, 644.

<sup>10</sup> J. M. Baernreither, 47.

expand the territory<sup>11</sup> and extinguish the aspirations for liberation of South Slavonic nation.<sup>12,13</sup>

This had affected both the interests of the Serbs in Bosnia and Herzegovina (which experienced the annexation as an oppression and economic exploitation)<sup>14</sup> and Serbia, as well as Turkey, and the act had brought negative reactions from Europe. Despite efforts to hold a world conference because of the enforced annexation, for Turkey it was clear that they had lost Bosnia and Herzegovina<sup>15</sup>, while for Serbia, this act had made the Dual Monarchy economically closed.<sup>16</sup> However, Turkey had not lost all its influence in this area, because the very act of annexation did not mean to automatically set up the whole system to lose its legal force. Due to many accumulated problems, Bosnia and Herzegovina had started to implement shari'a combined Austro-Hungarian legal system, which functioned extremely badly.<sup>17</sup> The fact is that the Dual Monarchy annexed Bosnia and Herzegovina. However, while most researchers explain the annexation, the minority of them have been explaining the legal side of the annexation. Or, more precisely, its rightlessness. The annexation of Bosnia had deeply shaken the foundations of international law, i.e., it can be said, only the beginning. It had become obvious that, both then and now, this does not apply to large forces. While, in fact, this act was carried out, it did not get legal confirmation.

In fact, this move of the state should have gone through the process of ratification in the Parliament, which was not done. As a result, the annexation had not been confirmed by the state, which brought it into effect at the first place! If we take just one segment of the consequences of non-ratification, and that is the inability to trial members of the Young Bosnia for committing the offense of

---

<sup>11</sup> Richard Frucht, *Encyclopedia of Eastern Europe: from the Congress of Vienna to the Fall of Communism*, Garland Publishing, Inc., New York-London 2000, 66.

<sup>12</sup> M. Djurisić et al, 13.

<sup>13</sup> It is interesting to mention that the monarchy, despite the annexation of Bosnia and Herzegovina, had tried to highlight their individual rights in Serbia. For example, when the Serbian Catholic Church solved its position by the concordat with the Vatican, Austro-Hungary realized that it was losing its protectorate right, and handed a note to Rome and Belgrade, demanding rights for themselves in the Catholic Church in Serbia. However, it received a negative answer from Serbia, while Vatican thanked them for their merits in the appropriate manner. Vjekoslav Wagner, "The history of the Catholic Church in Serbia in the XIX century [from 1800. to concordat 1914.]", *Bogoslovna smotra* 21/1934, 133-134.

<sup>14</sup> Annette Monika Fath-Lihić, *Nationswerdung zwischen innerer Zerrissenheit und äußerem Druck. Die bosnischen Muslime auf dem Weg vom ethnischen Bewusstsein zur nationalen Identität*, Universität Mannheim, Worms 2006, 96; Robin Okey, *Taming Bosnian Nationalism: The Habsburg 'Civilizing Mission' in Bosnia 1878-1914*, OUP, Oxford 2007, 31.

<sup>15</sup> V. Corovic, 685.

<sup>16</sup> Jovan Cvijic, The annexation of Bosnia and Herzegovina and the Serbian Question, <http://www.rastko.rs/antropologija/cvijic/govori-clanci/jcvijic-aneksija.html>, Jun 12 2016.

<sup>17</sup> Tomislav Jonjic, „Dr. Ivo Pilar – Attorney in Tuzla“, *Casopis za drustvene i humanisticke studije*, 3/2007, 13; S. Djordjevic, S. Vladetic, 98-99.

treason, the whole process, of which will be analyzed later in the work, is illegal. But before that, we will chronologically go back to the beginning of the War in a few sentences.

## ULTIMATUM

- ... But no one is going to war over some little Balkan country.
  - ...Do you think there's going be a war?
- Over some minor archduke being assassinated? No.  
Sidney Sheldon, Master of Game

The war had happened. The largest up to that time. And just because of a small Balkans country.

The monarchy, at the time ruled by Franz Ferdinand, who was followed by a reputation to be pro-war oriented, and additionally being the enemy to Serbia<sup>18</sup> was preparing for war in advance, knowing that it was inevitable and waiting for an immediate reason for it.<sup>19</sup> In particular, the question here is what Dual Monarchy truly wanted to achieve by the war. Not even those who created the ultimatum were sure about this, and as possible targets they stated vision of punitive expedition against Serbia, annexing part thereof or joining Serbia and making triple the country.<sup>20</sup>

One piece of evidence for the aforementioned can be found in the meeting of the two emperors in the spring of 1914, when the German Kaiser Ferdinand asked if he could count on the help of Germany in the war with Serbia.<sup>21</sup> However, no decisions regarding the entries of individual countries on the side of the monarchy were based on contractual obligations. Germany had taken its side, whereas Italy had declared its neutrality, at least at the beginning of the war.<sup>22</sup> But

<sup>18</sup> V. Corovic, 709; Ivan Kranjcevic, *The Memories of One of the Participants in the Sarajevo Assassination*, Svjetlost, Sarajevo 1964, 48.

<sup>19</sup> This is also reflected in the fact that General Konrad von Hecendorf suggested for twenty-five time an armed showdown with Serbia between 01 January 1913 and 01 June 1914. Petar Tomac, *First World War 1914-1918*, Vojnoizdavački zavod, Beograd 1973, 12. The Monarchy believed to be supported by Germany (reasonably) and Italy (groundlessly – since all the moves for years before the war, carried out without consultation with it, as a member of the Triple Alliance, which included military alliance in all defensive wars (which could not count war with Serbia). See: Miodrag Lekic, *History of the Italy*, Daily Press, Podgorica 2011, 167.

<sup>20</sup> Alan John Percivale Taylor, *The Habsburg Monarchy 1809-1918: A History of the Austrian Empire and Austria-Hungary*, Hamish Hamilton, London 1947, 231; S. Djordjevic, S. Vladetić, 101; Bernadotte E. Schmitt, "Serbia, Yugoslavia, and the Habsburg Empire", *Yugoslavia*, (ed. Robert Joseph Kerner) University of California Press, Berkeley 1949, 55.

<sup>21</sup> B. E. Schmitt, 50.

<sup>22</sup> Holger Herwig, „Military Doomsday Machine”? The Decisions for War 1914“, *Journal of Military and Strategic Studies* 13(4)/2011, 3.

all this was preceded by the famous ultimatum sent to Serbia. Its inadmissibility was more than evident, and its expected refusal should stand as a formal reason for the beginning of the war. Although the amended text of diplomatic notes between Austro-Hungary and Serbia varies in different translations (which leads to erroneous interpretations)<sup>23</sup>, it was the cause of the crisis between the two countries and served as a cause of war. However, the essence lies in the fact that Serbia humiliated itself in accepting all the points except one. With huge diplomatic efforts and resourceful, the Serbian government had decided to accept almost all the requirements of the Monarchy. The only issue that was absolutely unacceptable was the sixth, which proclaimed the Austro-Hungarian authorities to be involved in the investigation against the participants in the conspiracy and assassination, who were located on the territory of Serbia.<sup>24</sup> However, this was the sufficient reason to provoke a World War. Baron Giesl (Wladimir Rudolf Karl Freiherr Giesl von Gieslingen) glanced at the response of Serbia, which he had received a few minutes before 18:00, and half an hour later he left Belgrade, breaking off diplomatic relations with Serbia. At 21:23 of the Austro-Hungarian emperor ordered the mobilization of the eight corps for the impending war against Serbia.<sup>25</sup>

## SARAJEVO PROCESS

The members of the Young Bosnia were on trial for the crime of high treason in Sarajevo. Among other things, the *actus reus* of this crime consisted of the attack on the country in its internal existence,<sup>26</sup> and as forms crucial for the proceedings were the murder or an attempted murder of a ruler, an attack aimed at changing the system of government or avulsion of territory (Article 111<sup>th</sup> of the

---

<sup>23</sup> Note to document: The Original Texts of the Austrian Note of July 23, 1914, and the Serbian Reply of July 25, 1914, With Annotations. For example, you can find a multitude of documents related to the war at: <http://www.gwpda.org/1914.html>, Jun 05 2016.

<sup>24</sup> In addition, Serbia was asked to: ban all publications written against the monarchy, compromising its integrity; to dissolve the “National Defense” and all similar associations; to change the curriculum by deleting all the negative propaganda against the Austro – Hungarian Empire; to remove from office all the magistrates and officers who are against the Austro – Hungarian Empire; to accept the cooperation of the monarchy in the suppression of the subversive movement directed against the territorial integrity of the Monarchy; to arrest Tankosic and Ciganovic; to prevent illicit trafficking in arms and ammunition across the border and to strictly punish persons who had helped the three assassins to cross the border; to explain statements by senior officials against the Austro -Hungarian given after the assassination, and to report to monarchic government on the measures taken. See more in: Silvia Curic, *Golgotha and the Resurrection of Serbia from 1914 to 1915*, Zrinski – IPO “Beograd”, Belgrade 1985, 9-13.

<sup>25</sup> B. E. Schmitt, 62.

<sup>26</sup> Franz von List, *The German Criminal Law*, State Printing House of the Kingdom of Serbia, Belgrade 1902, 637.



Criminal Code of Bosnia and Herzegovina). The assassination of the heir to the throne, which was taken as the key determinant of the offense, happened on 28 June 1914.<sup>27</sup> However, both during the trial a hundred years ago, and today, the legal qualification of the offense is a controversial issues. This issue was already initiated by Rudolf Cistler defending his defendant, but we will analyze it in greater detail during the analysis of the criminal procedure. Bosnia and Herzegovina had applied the Austrian criminal procedure, under the influence of which countries in the region had fallen.<sup>28</sup> It consisted of an investigation (which was divided into preliminary investigation and inquiry, but without significant accruals) and the trial before the court.

The aim of the preliminary investigation was to investigate whether the deed which the national authorities found out about was really a criminal offense, whether it was committed intentionally or negligently (with evil intent or negligence), to investigate the aggravating and mitigating circumstances in order to determine damage and find witnesses, all this being led by an investigating judge (Art. 66-67 of the Law). Once the degree of suspicion was raised against a person suspected of having committed an offense, he or she receives the status of the defendant, and the investigation starts.<sup>29</sup> After investigating, judge had collected all the evidence in the investigation and after he had questioned suspects, he was to forward the case file to the prosecutor, who filed charges or to ask for additional investigation. In the indictment, there was a right to complain, after which the main trial was determined.

One of the goals supposed to be achieved in the investigation, emphasized by the Leo Pfeffer, investigating judge in the Sarajevo assassination, is to discover the motive which led the perpetrator to a crime, but when it comes to assassin, one should determine both internal motives and external circumstances affecting the motive.<sup>30</sup> Multiplicity of motives for the Sarajevo assassination in conjunction with the political situation had brought to the idea of the assassination of Ferdinand to be born, and for several attempts to happen, a few years before it actually occurred

---

<sup>27</sup> The choice of the date for the visit had only aggravated the outcry of the people, but the literature had made imaginary comparison with the visit of a British monarch Dublin on St. Patrik. Bosko Bajovic, «L' attentat de Sarajevo 1914 – La Jeune au et la «Main noire»», Guerre & Historie, septembre – octobre – novembre 2002, 3. However, there were pressures (unsuccessful) to the Principle to postpone the idea of assassination. Vladimir Dedijer, “Sarajevo Fifty Years After”, *Foreign Affairs* 42/1963-1964, 583.

<sup>28</sup> Even despite the pronounced antagonism between the states, the Code of judicial procedure in criminal offenses of Serbia represented abbreviated translation of the Austrian Code. Marko Pavlovic, *Legal Europeanization of Serbia 1804-1914*, Faculty of Law, University of Kragujevac, 2008, 232.

<sup>29</sup> The status of the accused could be easily acquired when it comes to the crime of treason, which expressly enumerated the reasons which reinforce the suspicion of this crime.

<sup>30</sup> Leo Pfeffer, *Investigation into the Assassination in Sarajevo*, Nova Evropa, Zagreb 1938, 4.



in Sarajevo.<sup>31</sup> It was felt that such a move Young Bosnia<sup>32</sup> would eliminate the threat of war against Austria-Hungary.<sup>33</sup> Then, one of the immediate reasons for the assassination, was the unresolved agrarian problem, which was also mentioned by Cabrinovic during trial, and which at that time caused discord between Serbs and Muslims,<sup>34</sup> but he stated that he was personally encouraged for the assassination by revenge for the injustice suffered by the Serbian people.<sup>35</sup> Finally, the third, and the one that the prosecution found the most suitable, was found in the desire of a part of the Bosnian population for annexation to Serbia and creating a unified state of all Slavs with King Peter as their sovereign.<sup>36</sup> Only in this way could the monarchy justify a trial for the crime of high treason for which the prosecution had charged the assassins, and for the execution of which the death penalty or life imprisonment were possible punishments.<sup>37</sup>

Even through Pfeffer's book, which is not devoid of subjectivity in high degree,<sup>38</sup> the fact that the suspects were in custody under torture by the police authorities appears.<sup>39</sup> During the interrogation, at the very beginning, Nedeljko Cabrinovic and Gavrilo Princip were arrested, and based on the hearing, Danilo

---

<sup>31</sup> Ivan Muzic, *Freemasonry in Croatia*, Laus, Split 2000, 58, 62; S. Djordjevic, S. Vladetić, 101.

<sup>32</sup> The members of the Young Bosnia were inspired by the Russian revolutionary movement, which was reflected in the literature that was found with them after their arrest. Latinka Perovic, *People, Events and Books – Young Bosnia and Russian Thought*, The Helsinki Committee for Human Rights in Serbia, Belgrade 2000, 87.

<sup>33</sup> Franz Ferdinand was not popular in his own country; we can even say that his removal of his suited the Monarchy. Just pay attention to the fact that after Cabrinovic had set the bomb, the visit of the heir continued. Potjorek did not, during the preparation of the visit, take special precaution measures, as was the case a couple of years ago during the visit of the emperor. Some justifications for this move were found in the fact that very provision to invalidate the effect of the visit, but they think that Potjorek still had to be aware of the consequences of their decisions. Pfeffer also notes that the legal officer had not asked (because you forgot or did not dare) Potjorek, why Cabrinovic after the bomb had not even alerted a police car or a chauffeur who was driving the heir. L. Pfeffer, 24, 39; B. E. Schmitt, 59. The assassination of Ferdinand served the political goals of the Dual Monarchy, but did not cause greater sorrow in this country. Gerald Meyer, *A World Undone: the Story of the Great War, 1914-1918*, Bantam Dell, New York 2006, 39; I. Muzic, 67-68; S. Djordjevic, S. Vladetic, 101.

<sup>34</sup> Djordje Beatovic, Dragoljub Milanovic, *High-Treason Processes against Serbs in Austro-Hungary*, NIRO "Literary Gazette", Belgrade 1989, 57-58. The monarchy had taken some steps in the implementation of agrarian reform only in 1911, which was a bit late in the development of agriculture. Priscilla T. Gonsalves, "A Study of the Habsburg Agricultural Programmes in Bosanska Krajina, 1878-1914", *The Slavonic and East European Review* 63(3)/1985, 352.

<sup>35</sup> Vojislav Bogicevic, *Sarajevo Assassination, Letters and Statements*, Svjetlost, Sarajevo 1965, 41.

<sup>36</sup> S. Djordjevic, S. Vladetic, 102.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Regarding the fact that the book was written maliciously, and about what has not entered into it, see: Vladimir Dedijer, *Sarajevo 1914*, Prosveta, Belgrade 1966, 554.

<sup>39</sup> L. Pfeffer, 50.

Ilic and Trifko Grabez were arrested, as well as the other participants in the assassination. The only person who was not caught was Muhamed Mehmedbasic, who escaped from Montenegro. It may be noted that the investigation had begun even before Princip fired the shots at the heir, because at the time Pfeffer was already designated as the investigating judge who was supposed to examine Cabrinovic.<sup>40</sup> Having completed the investigation, which lasted for a relatively short period of time and was superficial,<sup>41</sup> on September 19<sup>th</sup>, Pfeffer gave away the files to the prosecutor for indictment. The indictment was handed out to the accused only six days later, and they had waived their right to lodge a complaint. Although the investigation was led for the crime of murder,<sup>42</sup> the indictment charged the accused of a crime of high treason, whereby the majority of the Young Bosnia's members were accused to be the perpetrators, while three had been charged to be accomplices. Criminal prosecution for this offense shows a political element in this "impartial justice system".

The main trial was set for 12<sup>th</sup> October, under the chairmanship of Alois Kurinaldi (Luigi von Curinaldi), and the jury consisting of Bogdan Naumovic and Mayer Hoffman. Twenty five defendants were found in the indictment, although only seven persons participated in the very assassination: Gavrilo Princip, Nedeljko Cabrinovic, Trifko Grabez, Veljko and Vaso Cubrilovic, Mitar, Jovo, Blagoje, and Nedjo Kerovic, Ivan Kranjcevic, Nikola Forkapic, Danilo Ilic, Lazar Djukic, Dragan Kalember, Obren Milosevic, Jakov Milovic, Marko Perin, Mico Micic, Cvetko Popović, Cvijan Stjepanovic, Ivan Momcinovic, Angela and Francis Sadilo, Branko Zagorac and Mihajlo Jovanovic.<sup>43</sup> The prosecutor was Franjo Svara, while the accused were represented by six defense attorneys: Dr. Rudolf Cistler, Dr. Max Feldbauer, Dr. Konstantin Premuzic, Dr. Srecko Perisic, Franc Strupl, Malek Vencel, appointed by the court *ex officio*.

According to the former Austrian legislation, the whole process was in the hands of the chairman, who had a duty to establish the truth, examine the defendant and witnesses, and determine whose turn it is to speak. Likewise, his jurisdiction was to estimated which questions might have led to the delay of the criminal procedure, which stood as the option he used on several occasions, interrupting Cistler in defense of Cubrilovic, Kranjcevic and Nedjo Kerovic. In this way he steered the discussion in the direction that suited him and the monarchy, but not the truth. As it is said: "...Murder would imply a personal crime directed against

<sup>40</sup> Joachim Remak, *The Story of a Political Murder Sarajevo*, Criterion books, inc. New York 1959, 182.

<sup>41</sup> Luciano Canfora, *1914*, Sellerio, Palermo 2006, 32.

<sup>42</sup> L. Pfeffer, 75.

<sup>43</sup> Almost all the accused were under twenty years of age, so conducting such proceedings and later pronounced sentence, caused an unpleasant surprise in the foreign literature, Robert W. Seton-Watson, „The Sarajevo Murder Trial“, *The Slavonic Review* 4(12)/1926, 646.

two individuals while high treason meant that the crime was directed against the Austro-Hungarian Government, against Austria-Hungary. The assassination was a crime committed against a state, and if Serbian Government complicity could be established, it could be shown that it was a crime committed by one state against another.”<sup>44</sup>

Criminal proceedings of that time, like today, were characterized by the principle of publicity. However, only limited part of public was allowed to participate in this process, so only the persons with special passes were allowed to attend,<sup>45</sup> but we have to emphasize the Cabrinovic’s remark addressed to Kurinaldi that the public does not really exist in this process because there were no opposition journalists.<sup>46</sup> The very trial was in some arid phases without sensational cross-examination, except in some moments (which belonged to Rudolf Cistler).<sup>47</sup> The process started following legal rules, polling accused and examining them about the general info: the name of their father, their residence, occupation, marital status, assets acquired and their value, with the fact that some of the accused were asked how they had acquired their property. Kurinaldi complied with the Law. Having called the witnesses, he informed the accused about their rights, and went on reading of the indictment, after which he checked whether the defense attorneys were present and determined the schedule of interrogating the accused.

In the next stage of the procedure, the accused were interrogated, starting with Nedeljko Cabrinovic. The chairman’s task was to hear the accused about everything he was indicted for, whereby the accused had given a statement if he finds himself guilty for what he was indicted for at the beginning of the trial. Statements of the members of Young Bosnia had differed in particular details. In that manner, Cabrinovic pleaded guilty for the murder of Archduke Franz Ferdinand, while Princip pleaded not guilty, because he “*killed the one who had done evil*”.<sup>48</sup> By the way, the procedure happened in the way that the Chairman was the one

---

<sup>44</sup> Carl Savich, “Serbia, Pan-Slavic Nationalism, and the Origins of World War I: The Assassination of Archduke Franz Ferdinand”, <http://www.serbianna.com/columns/savich/009.shtml>, Jun 13 2016.

<sup>45</sup> V. Dedijer (1966), 561.

<sup>46</sup> V. Bogicevic, 276-277.

<sup>47</sup> J. Remak, 213.

<sup>48</sup> Plea hearing of the rest of the accused is something that drew attention. In that respect, Grabez and Popovic, pleaded guilty for the assassination, whereas Ilic considered he *as guilty as he worked for it*. Vaso Cubrilovic pleaded himself guilty for wanting to kill Ferdinand, whereas Veljko Cubrilovic and Andjela Sadilo did not feel guilty for what they were charged for, with the fact that Veljko pleaded guilty for the contribution to the assassination. Jovanovic, Momcinovic, Milosevic and Franjo Sadilo pleaded innocent, whereas Lazar Djukic and Jovo Kerovic said they did not know if they were guilty or not. Kranjcevic pleaded guilty for not saying he had known that the assassination would take place, whereas Milovic said he was guilty for helping them cross the border. Eventually, Blagoje Kerovic said he considered himself guilty on the one hand, and not guilty on the other, whereas Nedjo Kerovic found himself maybe guilty. V. Bogićević, 28-254.

who asked the questions to the accused first, then the jury, the public prosecutor and the defense attorneys. In the case the defendant changed his testimony at the main trial, the presiding judge would have pointed to it and asked him why his statements differ (Grabez, for example, repeatedly few times changed the statement), and if there was a contradiction and ambiguity in the statements of the accused, there were up to their confrontations (for example, Princip and Cabrinovic). The hearing was largely correct, but there were also different examples. For example, Kurinaldi showed cunningness during hearing of Mitar Kerovic, by trying to make him confess that he was glad because of the assassination, making fun of his desire to remain silent because of the threat that he would burn down the house, knowing that they would get hurt from this or that.<sup>49</sup> Also, he had lost calmness in certain moments. For example, at one point Cabrinovic wanted to change a statement, and Kurinaldi replied: "Now shut up!"<sup>50</sup>

They treated the witnesses in a fair manner, though it was noticeable that a lot of minutes supposedly made by the absent witnesses were only read. Kurinaldi gave the opportunity to witnesses who were legally entitled to that to be acquitted of the testimony. The majority of witnesses were clearly in favor of the prosecution, but their statements did not provide a lot of new information, although it was noticeable that some of their statements differed to a certain extent with what really happened. It even reached the point at which the minutes of the witness were read, and the very minutes asked for the confrontation with Grabez if their statements differed, although the witness himself had not even been present at the main hearing, and he had had a residence in Arad.

The conduct of the majority of defense attorneys in this process was disgraceful. The defense of the attorney Strupl consisted only 56 words.<sup>51</sup> For instance, Premuzic tried to present the textbook *History of the Serbian People* as evidence, in order to prove that the members of the Young Bosnia were supporters of the idea of Great Serbia. This suggestion was denied by Kurinaldi on the grounds that this had already been established!<sup>52</sup> The same outcome happened when Premuzic suggested the law as evidence! The same thing happened when the very same defense attorney asked Cubrinovic for evidence that no one but six people knew about the assassination. However, we should also mention the reaction of Cistler and somewhat Premuzic related to the proposal of the prosecution to get the minutes from the hearing of Dr. Ivo Pilar, which would supposedly prove that the initiations for high treason came from Serbia, from the Association "Soko" from Kragujevac. This caused harsh reaction by both attorneys since this would not lead to any evidence. On that occasion, Cistler pointed out that, although it

<sup>49</sup> *Ibid.*, 229.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 314.

<sup>51</sup> V. Dedijer (1966), 574.

<sup>52</sup> See: V. Bogićević, 256.

stood as the explanation of the indictment, these were not the facts covered by the indictment, which by any means cannot be attributed to the responsibilities of the accused. Kurinaldi accepted the opinion of the defense attorneys and rejected the proposal of the prosecutor. Also, it is useful to mention that Kurinaldi rejected the prosecutor's request to read the record of the search of an apartment. The Prosecutor had repeatedly insisted for it to be read, explaining that it was compiled by the police, who were on the spot and that is why this should be treated as a police investigation. However, Pfeffer declared the report null and void in the investigation, which was something Kurinaldi drew prosecutor's attention to, but the latter kept insisting that it should be read although it was illegal! The defense lawyers had sought such pieces of evidence to be rejected (among others Premuzic – which was perhaps his only bright spot in the interest of defense in the process), and the Chairman had done so.

Having completed the evidentiary procedure, closing arguments were to be given. The prosecutor Franjo Svava had given a speech instead of the closing argument by which he meant to humiliate the accused in every possible manner. Instead of sticking to the legal facts and evidence, his final word was to a large degree related to the grief of the entire Austro-Hungarian Empire, its military successes in war and the very politics, whereby he made a mistake by qualifying Cabrinovic's bomb assassination attempt with indirect (*dolus indirectus*), instead of direct intent (*dolus directus*). Throughout the entire final word, the political element was omnipresent. He emphasized the fact that Francis Ferdinand was a friend of the Slavs, and that the very idea of Great Serbia was high treason, presenting it as evidence *per se*! He emphasized the fact that not all the perpetrators were caught, but that they would be caught and punished, and he demanded that all twenty five accused should be punished by the Law.

By defending Princip, Blagoje Kerovic, Milovic and Forkapic, Feldbauer presented weak defense, arguing that Princip is the victim of the nationalist ideas from Serbia, but it is notable that the emphasis in his closing statement was placed on the fact that his main client at the time of the assassination was not up to twenty years of age, which would eventually lead to avoiding the death penalty. Then, he provided the correct final word for Blagoje Kerovic, noting that he could never have committed the crime of high treason, which was the term which he did not know the meaning of. But when it comes to Milovic, he qualified him as an ordinary smuggler, without going deeper into his case. He specifically stood for Forkapic, considering that the prosecutor failed to prove his guilt, because he did not belong to any organization, asking the court to acquit him.

Closing arguments of Premuzic and Perisic did not come as any surprise.<sup>53</sup> Premuzic's final word would be more suitable to the prosecutor than to the defense.

---

<sup>53</sup> J. Remak, 234.

Having said his famous statement, by which he started his speech, that it is difficult for him as a Croat to defend Serbian people for the assassination of the heir to the throne for whom Croats had high hopes, he continued his political speech of the existence of the Great Serbia ideas, exaggerated to the extent that Kurinaldi had to remind him that he would stop him if he did not stick to the case. Having said that, he provided a very weak defence, in not more than a few sentences, for Cabrinovic, Jovanovic, Zagorec and Mitar Kerovic. Perisic started his speech in a similar manner, by defending Popovic, Stjepanovic and Momcinovic and the Sadilos. However, it must be admitted that he had initiated the topic of the impossibility of trial to the members of the Young Bosnia for high treason only because Bosnia and Herzegovina was annexed. Rudolf Cistler further elaborated on this in his closing statement. Strupl's defense of Grabez, Micic, Perin and Jovo Kerovic did nothing to provoke attention, except that it did not tell almost anything. When it comes to the final word of Malek Vencela, it is enough for us only to quote one of his introductory sentences, in which he quoted Cicero: "If I heard that someone had taken over the defense of a man who was convicted of high treason to the homeland, I would consider that man the accomplice to the crime",<sup>54</sup> but then he admitted he would prefer to be a judge in such a process instead of a defense attorney.

Cistler's brilliant closing argument had attracted great attention.<sup>55</sup> During the hearing Cistler was the only one who behaved in a manner that befits a lawyer, which, among other things, can be noted by the way in which he interrogated his defendants. For example, during the interrogation of Veljko Cubrilovic, he constantly called attention to extenuating circumstances, such as the fact that he married out of love and earned for living by writing for the Serbian Academy, was helping his brother financially, that he feared for his family and only participated in the assassination in the attempt to protect his family. However, at the same time, he warned the court that they have to be impartial both when it comes to politics and pressures, pointing out the fact that the defense attorneys must be up to the task in a process as this one. Then he turned his attention to the essence of the problem – the accused could not be held responsible for the crime of high treason, but only for the crime of murder, because the heir himself did not have any special legal protection according to the former Law. Then he went on to explain the inability of the trial for the crime of high treason in a country that did not belong to the Dual Monarchy. Since parliaments of the monarchy had ratified the act of annexation, Bosnia and Herzegovina did not become a part of it, both legally and territorially. When it came to drafting the Berlin Treaty, by which the right to occupy Bosnia and Herzegovina was granted, only then was it ratified by both Parliaments. This did not happen when Bosnia was annexed. The fact that the

---

<sup>54</sup> V. Bogičević, 385.

<sup>55</sup> J. Remak, 235.



criminal act of high treason presupposes the intention to take away a part of a state, it is more than clear that this is not the case here. Cistler also questioned the conclusion of the prosecutor regarding the statements of some of the accused about their honest desire to unite with Serbia to be the act of high treason. By presenting stronger and stronger points about the attitudes he stood for, Kurinaldi started interrupting him more commonly and he constantly threatened to seize his speech. Having concluded that the former legislation was neglected, the chairman reprimanded him. Since he was too good a lawyer to base his defense on a single card,<sup>56</sup> he went on presenting his defense for each and every of his defendant separately (his client were Vasa and Veljko Cubrilovic, Ivo Kranjcevic and Nedjo Kerovic). For each of the defendants, he presented great arguments regarding why they could not commit the crime which they were charged for, whereby he again pointed to another illogical indictment, from a part of which it is clearly stated that the accused are charged for the criminal offence of murder, the point which was later rashly changed by qualifying it to their desire for the secession from the Monarchy! Then he continued by trying to prove that not even the act of high treason was committed, since there was no objective act by which secession was intended. The assassination was unable to represent that fact. He finished the final word by criticizing the indictment, by which the prosecutor sought for the same sentence for all the defendants, which is legally and logically impossible. It is assumed that Cistler found his strength to persevere in his intent and in his brave defense in the fact that he was aware that he participated in a historical process, so he continued to point out to the court that their decision will have historical significance.<sup>57</sup>

The procedure was completed on the 23<sup>rd</sup> October, whereas the verdict was passed on 28<sup>th</sup> October. Princip, Cabrinovic and Grabez were sentenced to twenty years in prison; Vaso Cubrilovic was sentenced to 16 years of imprisonment, Popovic to thirteen years; Djukic to 10 years; Veljko Cubrilovic, Ilic, Milovic, Nedjo Kerovic, Jovanovic were sentenced to the death penalty by hanging; Mitar Kerovic to life hard labor, Kranjcevic was sentenced to 10 years in a dungeon, Stjepanovic to 7 years and Zagorac and Perin to three years in prison. Jovo and Blagoje Kerovic, Forkapic, Kalember, Micic, Milosevic and Franjo Momcinovic and Angela Sadilo were released from the indictment. Upon request, the death penalties for Milovic and Nedjo Kerovic were changed by the Emperor's decision, in a way that Milovic got 20 years of imprisonment in a dungeon, and Milovic got life imprisonment in a heavy dungeon.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> J. Remak, 238.

<sup>57</sup> S. Djordjevic, S. Vladetic, 106.

<sup>58</sup> There is a dominant view in foreign literature that all seven direct participants in the assassination were in fact innocent, which is the fact that particularly implies the innocence of the rest of the accused. Joachim Remak, „1914 – The Third Balkan War: Origins Reconsidered,” *The Journal of Modern History* 43(3)/1971, 363.



Since the process was led for the felony for which the members of the Young Bosnia were unable to be held responsible for, justice was shipwrecked, as Igo would say. The entire process gave away the illusion that the fair trial was taking place, but it was basically clear that the accused would be sentenced to high punishments. What is more, the very pronounced sentences do not reflect the real situation neither in the procedure, nor in their participation in preparing the assassination. Austro-Hungary did not manage to prove the involvement of Serbia in the assassination<sup>59</sup>, but it had come up with the idea of continuing with the court processes for high treason in this region.<sup>60</sup> For example, the majority of the indictment in Banja Luka process referred to the attempt of proving that Serbian organizations in cooperation with the Government of the Republic of Serbia, prepared violent secession of the part of Austro-Hungary and its annexation to the territory of Serbia, which implies their responsibility for the assassination of the heir to the throne Franz Ferdinand and the outbreak of the war.<sup>61</sup>

## CONCLUSION

Events in 1914 in Sarajevo launched the World War I. As responsible for the assassination, Austro-Hungarian found Serbia, and thus received a pretext for the armed conflict. Extremely fast investigation after the assassination and trial process have shown political situation in Bosnia, which authorities tried to demonstrate Bosnia's loyalty to the Dual Monarchy and alleged great love for their monarch. Trial procedure, in which just on the first sight authorities followed the law, was

<sup>59</sup> It is established even by Leo Pfeffer during the trial. P. Tomac, 14. It is clearly emphasized that the assassination had occurred due to the internal turmoil in the country, which is something Serbia cannot be held responsible for. Robert W. Seton-Watson, "The Murder at Sarajevo", *Foreign Affairs* April 1925, 492, 504.

<sup>60</sup> Dj. Beatovic, D. Milanovic, 18-19. It should be noted that the monarchy persevered certain "treacherous" processes on a regular basis, and in order to emphasize its power. One of such processes is the so-called Zagreb Process in 1908 when they arrest 52 persons and charged them with the act of high treason, eventually convicting 31 people. Foreign literature states that the process itself was unfairly led to a great extent, so the verdict were not accepted abroad. See: B. E. Schmitt, 43. Or, as Cistler had pointed out: "there is a comeback of high-treason processes in a constant cycle which had become as periodic as a chronic disease which becomes recurrent in constant intervals". V. Bogićević, 368. Perhaps it would be good for us to draw attention to the fact that the accused Serbian people in Zagreb process had a defense attorney who also gave his very best to defend them. In the same process, the defense attorney had said the same statement Cistler had said in the Sarajevo assassination, and that is the fact that Croatia and Slavonia did not become the part of the Monarchy. The defense attorney Hinkovic had been penalized for several times by the court and because of his defense. *Austro-Hungary Judicial Crimes: Persecutions of the Yugoslavs Political Trials, 1908-1916*, The Yugoslav Committee in North America, Chicago 1916, 21.

<sup>61</sup> Dj. Beatovic, D. Milanovic, 20-21; Pierre Renouvin, *La Srise Européenne (1904-1914) at la Grande Guerre*, Librairie Félix Alcan, Paris 1939, 166.

everything except fair. Some could find this procedure as effective, which is aim in the present legislations, but it was not fulfilled minimal requirements of the fair trial. It is special issue was it possible to achieve anyway. However, the conduct of the judges and prosecutor had to be based on the law and moral, not revengeful. As we could see, trial council did not want to give a word to the defense every time when they had a defense line confronted to the court's interests. Thanks to it, among the other reasons, through the world is extended an image of the Princip as terrorist, although the true is far away from that. One bright spot in this process was defense council Dr. Rudolf Cistler, who showed that, despite the state apparatus, in every time we can find individuals who have the courage to tell the truth regardless to all negative consequences that may follow, and in this case, that followed this brave man through many years.

*Dr Veljko M. Turanjanin, asistent  
Univerzitet u Kragujevcu  
Pravni fakultet u Kragujevcu  
vturanjanin@jura.kg.ac.rs*

*Dr Dragana S. Čvorović, asistent  
Kriminalističko-policijska akademija  
Beograd  
dragana.cvorovic@kpa.edu.rs*

### **Sarajevo 1914: krivični postupak protiv Mlade Bosne – iluzija pravičnog postupka**

**Sažetak:** *Autori u radu razmatraju suđenje pripadnicima Mlade Bosne za ubistvo austro-ugarskog prestolonaslednika Franca Ferdinanda i njegove supruge Sofije Hotek u Sarajevu 1914. godine, budući da to pitanje i nakon više od sto godina zaokuplja pažnju stručne i laičke javnosti. Autori su rad podelili u više celina, jer je nakon uvodnih razmatranja bilo nužno prikazati uslove u državi pre atentata, a prevashodno problem aneksije Bosne i Hercegovine i njene ratifikacije u okviru austro-ugarske legislative. Nakon toga su u kratkim crtama podsetili na ultimatum koji je Dvojna monarhija uputila Srbiji, koji nije prihvaćen, posle čega je došlo do izbijanja Prvog svetskog rata. Centralni deo rada autori su posvetili krivičnom postupku protiv Mladobosanaca, analizirajući tadašnji postupak, ponašanje učesnika, a pogotovo predsednika sudećeg veća i branilaca okrivljenih, gde je jedina hvale vredna odbrana pripadala dr Rudolfu Cistleru, usled čega je snosio mnogobrojne negativne posledice nakon okončanja postupka.*

**Ključne reči:** *Mlada Bosna, Sarajevski atentat, krivični postupak, ubistvo, Rudolf Cistler.*

Datum prijema rada: 20.06.2016.



Milana M. Pisarić, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

## NEZAKONITI DOKAZI U SUDSKOJ PRAKSI

**Sažetak:** *U krivičnom postupku se pojedini dokazi u određenim slučajevima ne mogu koristiti za utvrđivanje činjenica u smislu da sud zasniva presudu na njima, jer su takvi dokazi sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa određenim pravilima. Budući da je Zakonik o krivičnom postupku u pogledu nezakonitih dokaza ostao donekle nedorečen, a da je upotreba takvih dokaza određena kao relativno bitna povreda odredaba krivičnog postupka, sud ima odlučujuću ulogu u pogledu prihvatljivosti dokaznog materijala, i stoga je, itetako, vredno pažnju posvetiti analizi sudske prakse po ovom pitanju.*

**Gljučne reči:** *krivični postupak, dokaz, nezakonit dokaz, sudska praksa.*

Pojedini dokazi, iako se načelno mogu koristiti za utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku, u određenim slučajevima mogu se isključiti od upotrebe, u smislu da se ne vrednuju i da se na njima ne može zasnivati presuda, ukoliko su posredno ili neposredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa određenim pravilima. Takvi dokazi nazivaju se nedozvoljeni, pravno nevaljani, odnosno nezakoniti dokazi.

### 1. ZAKONSKE ODREDBE O NEZAKONITIM DOKAZIMA

Sud u krivičnom postupku može zasnivati presudu samo na zakonitim dokazima, odnosno dokazima koji su prikupljeni i izvedeni u skladu sa zakonom (član 15. stav 1 ZKP<sup>1</sup>). Osim što predviđa pravila o prikupljanju i izvođenju pojedinih dokaza, Zakonik sadrži i odredbe o nezakonitim dokazima.

Najpre je, u odredbi koja *načelno* uređuje ocenu dokaza i utvrđivanje činjenica (član 16. stav 1) propisano da se *sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima* koji su, neposredno ili posredno, *sami po sebi ili prema načinu pribavljanja*

---

<sup>1</sup> „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

u suprotnosti sa Ustavom, ovim zakonikom, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim u postupku koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza. Član 84. stav 1. predviđa da se dokazi koji su pribavljeni protivno članu 16. stav 1. Zakonika (nezakoniti dokazi) ne mogu biti korišćeni u krivičnom postupku. *Ratio legis* ovakvog zakonskog rešenja nalazi se u potrebi da se sud spreči da koristi dokazna sredstva koja se protive osnovama društveno-političkog uređenja zemlje i ustavnom položaju građana, iracionalna dokazna sredstva ili dokazna sredstva koja po svom sadržaju ne mogu predstavljati dokaz<sup>2</sup>.

Osim toga, Zakonik u odredbama kojima se reguliše *pribavljanje i izvođenje pojedinih dokaza sankcioniše određene povrede tih formi postupanja*, taksativno propisujući na kojim dokazima se ne može zasnivati presuda. Zakonik je krug izričito određenih nedozvoljenih dokaznih sredstava na kojima se ne može zasnivati sudska odluka predvideo sledećim odredbama: članom 85. stav 5. (u vezi sa iskazom okrivljenog<sup>3</sup>), članom 95. stav 4. (u vezi sa iskazom svedoka<sup>4</sup>), članom 116. stav 1. (u vezi sa nalazom i mišljenjem veštaka<sup>5</sup>), te članom 163. stav 3. (u vezi sa posebnim dokaznim radnjama<sup>6</sup>). Iz ovoga proizilazi da zakonodavac u pogledu ostalih dokaza ostao, na prvi pogled, nedorečen, te, primera radi, nije predvideo izričitim odredbama u kojim slučajevima pretresanje stana i lica, te privremeno oduzimanje predmeta predstavlja nezakonit dokaz, pa se može zaključiti da je intencija bila da se ostali slučajevi mogu određivati primenom načelne odredbe iz člana 16. ZKP.

Predviđena je kao svojevrsna preventivna mera dužnost suda da po uočavanju nezakonitog dokaza, donese rešenje kojim se nalaže izdvajanje dokaza iz spisa (a po čijoj pravnosnažnosti se zapisnici o izvođenju dokaza i fizički izdvajaju, stavljaju u poseban omot, zapečate se i čuvaju na posebnom mestu, nakon čega se

---

<sup>2</sup> T. Vasiljević, M. Grubač, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd 2003, 51.

<sup>3</sup> Na iskazu okrivljenog ne može se zasnivati sudska odluka ukoliko 1) okrivljeni nije poučen ili mu nije omogućeno da koristi prava koja mu po zakonu pripadaju (član 68. stav 1.) ili 2) izjava okrivljenog o prisustvu branioca nije uneta u zapisnik, ili 3) ako je postupljeno protivno odredbi koja uređuje saslušanje okrivljenog bez prisustva branioca, ili 4) ako je iskaz okrivljenog dobijen primenom mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i prinude.

<sup>4</sup> Na iskazu svedoka ne može se zasnivati sudska odluka u sledećim slučajevima: 1) ako je kao svedok ispitano lice koje je isključeno od dužnosti svedočenja (protivno članu 93. stav 1), ili 2) ako lice koje je oslobođeno od dužnosti svedočenja (član 94.) nije na to upozoreno ili se nije izričito odreklo tog prava ili ako upozorenje i odricanje nije ubeleženo u zapisnik, ili 3) ako je iskaz svedoka dobijen primenom mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i prinude.

<sup>5</sup> Na nalazu i mišljenju veštaka ne može se zasnivati sudska odluka ukoliko je za veštaka određeno lice koje je isključeno (član 93.) ili oslobođeno (član 94.) od dužnosti svedočenja.

<sup>6</sup> Na podacima prikupljenim posebnim dokaznim radnjama ne može se zasnivati sudska odluka, ukoliko je prilikom preduzimanju posebnih dokaznih radnji postupljeno suprotno odredbama Zakonika ili naredbi organa postupka.

ne mogu razgledati niti koristiti u daljem toku postupka), što ima za cilj da se onemogući da se sudeći sud upozna sa sadržinom nezakonitog dokaza. Pored toga što propisuje zabranu određenih načina pribavljanja i izvođenja dokaza i predviđa dužnost izdvajanja nezakonitih dokaza, ukoliko do primene te preventivne mere ne dođe, pa se desi da je nezakonit dokaz sud upotrebio na taj način što je presudu zasnovao na njemu, zakonodavac ovo predviđa kao osnov za ulaganje dva pravna leka. Tako među osnovama za izjavljivanje žalbe na presudu, Zakonik u članu koji taksativno nabroja bitne povrede određuje krivičnog postupka predviđa slučaj u kom se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama Zakonika ne može zasnivati, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda (član 438. stav 2. tačka 1). Osim toga, u članu 485. koji utvrđuje razloge za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, u stavu 4. među povredama Zakonika navedena je i povreda iz člana 438. stav 2. tačka 1. Okrivljeni može podneti zahtev ukoliko je ova povreda učinjena u prvo-stepenom i postupku pred apelacionim sudom, pod uslovom da je protiv te odluke koristio redovni pravni lek.

Važno je napomenuti da odredba iz člana 16. ZKP ne predstavlja samo opšte pravilo konkretizovano u zakonskim odredbama koje izričito propisuju na kojim dokazima se ne može zasnivati sudska odluka, odnosno nema samo načelni i deklarativni karakter, nego, pak, omogućava širenje kruga nezakonitih dokaza. Na ovaj način prihvaćena je teorija „plodova otrovnog drveta“ što „()...ponovo otvara staru dilemu o tome da li bilo koja suprotnost nekog dokaza sa odredbama ZKP-a čini taj dokaz nezakonitim i dovodi do procesne sankcije – nemogućnosti zasnivanja sudske odluke na njima.“<sup>7</sup> Ipak, nije nedozvoljen svaki dokaz koji je u suprotnosti sa bilo kojom odredbom Zakonika, jer bi se činilo „besmislenim da se svako, pa i najmanje ogrešenje o neku odredbu ZKP prilikom pribavljanja dokaza sankcioniše kao apsolutno bitna povreda određuje krivičnog postupka“<sup>8</sup>. Stoga je rešenje Zakonika po kom je primena nezakonitog dokaza uvršćena među relativno bitne povrede, za koje ne postoji pretpostavka da su uticale na zakonitost i pravilnost odluke, već je potrebno da se u svakom konkretnom slučaju kada se utvrdi da postoji ta povreda, dokaže i uzročno-posledična veza sa posledicom koju je povreda proizvela<sup>9</sup>.

Imajući u vidu da se problematika nezakonitih dokaza ne može sa potpunom preciznošću definisati u zakonu, naš zakonodavac je, dakle, pored izričitih odredaba koje se odnose na nezakonite oblike pojedinih dokaza predvideo i načelnu odredbu kojom je ocena o dozvoljenosti upotrebe dokaza prepuštena sudu. Usled takve namerne nedorečenosti zakona, sud ima odlučujuću ulogu u pogledu pri-

<sup>7</sup> S. Brkić, „Upotreba nezakonitih dokaza u krivičnom postupku“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu broj 1/2011, 187.

<sup>8</sup> Brkić, *op.cit.*, 188.

<sup>9</sup> M. Škulić, T. Bugarski, *Krivično procesno pravo*, Novi Sad 2015, 499.



hvatljivosti dokaznog materijala. Sudovi jesu i biće u poziciji da zauzimaju stavove o dozvoljenosti, odnosno nedozvoljenosti dokaza, stoga je, itetako, vredno pažnju posvetiti analizi sudske prakse po ovom pitanju.

## 2. SUDSKA PRAKSA O OPŠTIMA PITANJIMA U VEZI SA NEZAKONITIM DOKAZIMA

Kao sporno u vezi sa vremenskim važenjem propisa postavilo se pitanje prema kom procesnom zakonu se ceni zakonitost pribavljenog dokaza. Stav sudske prakse po navedenom pitanju je da se ta procena vrši prema propisu koji je bio na snazi u vremenu preduzimanja procesne radnje, pa se „prvostepena presuda zasniva na dokazima koji su pribavljeni na način koji je u skladu sa odredbama ZKP-a,... imajući u vidu da su mere u konkretnom predmetu, u vreme kada su preduzete, bile potpuno zakonite“<sup>10</sup>.

Dokazi koji nisu pribavljeni u skladu sa zakonom ne mogu biti korišćeni u krivičnom postupku, međutim, iako se radi o dokazu koji je u formalno-pravnom smislu pribavljen na nezakonit način, veštačenje materijala sumnjivog na opojnu drogu bez naredbe suda nije nezakonit dokaz, jer se radi o postupanju policije sa ciljem obezbeđenja dokaza, koje ne predstavlja zloupotrebu datih ovlašćenja prema odredbama ZKP koja bi bila na štetu okrivljenog ili krivičnopravnih načela (pa ni načelne odredbe o nedozvoljenim dokazima). Ova radnja je preuzeta radi efikasnog i blagovremenog prikupljanja dokaza u krivičnom postupku, što nesumnjivo predstavlja prikupljanje dokaza koji ne trpe odlaganja. Stoga po oceni Vrhovnog suda postupak ovlašćenih službenih lica nije suprotan ni jednoj načelnoj odredbi Zakonika o krivičnom postupku, i može predstavljati samo relativno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 368. stav 2. ZKP, koja ne dovodi bezuslovno do ukidanja prvostepene presude, već se u svakom pojedinačnom slučaju ispituje da li je takva povreda bila od uticaja na zakonitost i pravilnost prvostepene presude<sup>11</sup>.

Nezakonite dokaze na kojima se po odredbama Zakonika o krivičnom postupku presuda ne može zasnivati, sudska praksa razlikuje od dokaza koji nisu nezakonito pribavljeni, ali se iz njih ne mogu na pravno valjan način utvrditi bitne činjenice. Tako je Vrhovni kasacioni sud u konkretnom slučaju utvrdio da navedeni zapisnici o lomu robe nisu nezakoniti dokazi na kojima se po odredbama ZKP presuda ne može zasnivati. Naime, radi se o dokumentaciju preduzeća koja

---

<sup>10</sup> Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž.I PoI br. 21/10 od 18.11.2011. i presuda Okružnog suda u Beogradu – Posebno odeljenje K.PoI br. 66/10 – K.P.br. 14/06 od 11.11.2009. godine.

<sup>11</sup> Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1601/05 od 31. 10.2005. i presuda Okružnog suda u Beogradu K. 227/05 od 30.03.2005. godine.

se prema normativnim aktima i sačinjava prilikom loma primljene robe i pravdanja iste, čiju validnost odbrana osporava. Prvostepeni sud je na glavnom pretresu izvršio uvid u kopije ovih zapisnika i na osnovu grafoskopsko-grafološko veštačenja i ekonomsko-finansijsko veštačenja originalnih zapisnika utvrdio činjenično stanje, što znači da ovi dokazi nisu, kako odbrana tvrdi, pribavljeni protivno članu 16. stav 1. ZKP, te mogu biti korišćeni u krivičnom postupku<sup>12</sup>.

Stav sudske prakse o posredno (izzvedenim) nezakonitim dokazima je jasan, pa su *nezakoniti i dokazi koji su posredno zasnovani na dokazima pribavljenim na nezakonit način*. U konkretnom predmetu prvostepeni sud nije uzeo u obzir zapisnik o pretresanju prostorija okrivljenog i potvrdio o privremeno oduzetim predmetima, jer su bili izdvojeni iz spisa predmeta kao dokazi na kojima se presuda ne može zasnivati, ali je njihovu sadržinu utvrdio na posredan način, odnosno preko iskaza policijskih službenika koji su ispitani na okolnosti gde je pretres izvršen, ko je prisustvovao pretresanju, koje stvari su pronađene, njihov opis i lokaciju gde su se nalazile. Drugim rečima prvostepeni sud je preduzimanjem radnje ispitivanjem policijskih službenika kao svedoka, što je izvršeno u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku, utvrdio činjenice koje se tiču sadržine nezakonitih dokaza (zapisnika o pretresu stana i drugih prostorija i potvrde o privremeno oduzetim predmetima) koji su iz spisa predmeta izdvojeni kao nedozvoljeni dokazi. Međutim, drugostepeni sud je povodom žalbe branioca zauzeo stav da su iskazi policijskih službenika, takođe, nezakoniti dokazi, s obzirom na to da pojam nezakonitog dokaza obuhvata ne samo dokaze koji su pribavljeni protivno zakonu, već i zakonite dokaze do kojih se došlo posredno, preko drugog nezakonitog dokaza. Iako je sud slobodan u oceni dokaza, „...ne može se koristiti svaki izvor njihovog pribavljanja, jer je bitan način na koji se dolazi do istinitog utvrđivanja činjenice, a u konkretnom slučaju iskazi policijskih službenika se zasnivaju na nezakonitom pretresu stana i drugih prostorija, pa su i sami nezakoniti“<sup>13</sup>.

U sudskoj praksi zauzet je stav i o pitanju izdvajanja nezakonitih dokaza, tako da su prvostepenim rešenjem izdvojeni iz spisa predmeta pojedini delovi transkripta prisluškivanog razgovora nastali nezakonitom primenom posebne dokazne radnje, ali je propustio da odluči o zahtevu u pogledu transkripta telefonskih razgovora koji nisu nezakonito pribavljeni. Stoga je drugostepeni sud pravilno zaključio da ukoliko se samo delimično uvaži predlog branioca da se izdvoje određeni dokazi, rešenje mora da sadrži o odluku o preostalom delu zahteva za izdvajanje uz spisa, jer se o tom zahtevu mora odlučiti u celini<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 324/2014 od 15.4.2014. godine.

<sup>13</sup> Presuda Apelacionog suda u Nišu Kž br. 557/14 od 05.02.2015. godine.

<sup>14</sup> Rešenje Višeg suda u Beogradu K 185/10 od 21.02.2013. godine i rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž 1417/13 od 04.04.2013. godine.

### 3. SUDSKA PRAKSA O POJEDINIM NEZAKONITIM DOKAZIMA

1. U pogledu zakonitosti iskaza okrivljenog, drugostepeni sud je stanovišta da prvostepena presuda ne sadrži bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, u situaciji da se okrivljeni tokom prva 92 dana pritvora nalazio u posebnoj prostoriji OUP-a, a ne u Okružnom zatvoru ili pak u nekoj drugoj zatvorskoj ustanovi. U žalbama okrivljenih i njihovih branilaca se neosnovano na koju se ukazuje da iskaz okrivljenog dat u prethodnom postupku predstavlja dokaz na kome se presuda prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku ne bi mogla zasnivati, jer sud smatra da navedene činjenice nemaju uticaja na validnost odbrane okrivljenog, imajući u vidu da je i prilikom više saslušanja pred istražnim sudijom, a i kasnije na glavnom pretresu dao svoju odbranu u skladu sa odredbama ZKP. Takođe, nije učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka, kada okrivljeni prilikom saslušanja od strane istražnog sudije nije istakao da je njegov iskaz dat u prethodnom postupku iznuđen od strane ovlašćenih službenih lica radnika OUP-a upotrebom sile, niti je pak protiv radnika SUP-a podneo bilo kakvu krivičnu prijavu zbog upotrebe nedozvoljenih sredstava prema njemu, a sve u cilju iznuđivanja priznanja predmetnog krivičnog dela, pa se iskaz okrivljenog može koristiti kao dokaz u krivičnom postupku<sup>15</sup>.

U vezi sa povredom prava na odbranu, pravilno je postupio sudija za prethodni postupak kada je, nakon što je utvrdio da se u spisu predmeta nalazi zapisnik o saslušanju osumnjičenog sačinjen pred Višim javnim tužiocem kome nije prisustvovao ni izabrani branilac osumnjičenog ni njegov branilac po službenoj dužnosti zbog štrajka advokata, zapisnik izdvojio iz spisa. Kako je u konkretnom slučaju odbrana bila obavezna, iskaz osumnjičenog, bez obzira na to što je zapisnik sačinjen na izričit zahtev osumnjičenog, predstavlja dokaz koji ne može biti korišćen u krivičnom postupku, niti se na njemu može zasnovati sudska odluka. Ovo iz razloga što štrajk advokata ne može predstavljati izuzetak od pravila da okrivljeni u slučaju obavezne odbrane ne može biti saslušan u odsustvu branioca, zbog čega zapisnik o saslušanju okrivljenog sačinjen u odsustvu branioca predstavlja nezakonit dokaz, budući da se u slučaju obavezne odbrane okrivljeni, čak i ukoliko se izričito odrekne prava da saslušanju prisustvuje branilac, ne može saslušati bez njegovog prisustva<sup>16</sup>.

Interesantan je predmet u kom je povodom zahteva za zaštitu zakonitosti branilac tvrdio da se prvostepena i drugostepena presuda zasnivaju na dokazima na kojima se presuda ne može zasnivati, iz razloga što je prvostepeni sud u dokaznom postupku izveo kao dokaz potvrdu o privremeno oduzetim predmetima od okri-

---

<sup>15</sup> Presuda Okružnog suda u Kraljevu K. br. 44/05 od 16.11.2006. godine i Presuda Vrhovnog suda Srbije u Beogradu K.ž.1431/07 od 11.4.2007. godine.

<sup>16</sup> Rešenje Višeg suda u Nišu Kv. 571/14 od 14.10.2014. godine.

vljenih koje su okrivljeni potpisali bez prisustva branioca. Vrhovni kasacioni sud je našao da su izneti navodi u zahtevu za zaštitu zakonitosti neosnovani. Naime, propisano je da će se pre pretresanja lice, na koje se odnosi naredba o pretresanju, poučiti da ima pravo da uzme advokata, odnosno branioca koji može prisustvovati pretresu, a o svakom pretresanju stana ili lica sastavlja se zapisnik, koji potpisuje lice kod koga se ili na kome se sprovodi pretresanje i lice čije je prisustvo obavezno, kao i da će se prilikom pretresanja oduzeti privremeno samo oni predmeti i isprave koje su u vezi sa svrhom pretresanja, a da će se u zapisnik uneti i tačno naznačiti predmeti i isprave koji se oduzimaju što će se uneti i u potvrdu koja će se odmah izdati licu kome su predmeti, odnosno isprave oduzete. Međutim, u konkretnom slučaju nakon pouke o ovom pravu, lice se izjasnilo da neće angažovati branioca, pa samim tim prisustvo branioca nije bilo neophodno ni prilikom potpisivanja potvrde o privremeno oduzetim predmetima koji su pri tom pretresanju pronađeni i oduzeti, pa se ta potvrda može koristiti kao zakonit dokaz u krivičnom postupku<sup>17</sup>. Osim toga, nedostatak potpisa osumnjičenog na svakoj stranici zapisnika o njegovom saslušanju ne predstavlja takav nedostatak u sastavljanju zapisnika koji nužno vodi ka njegovom obaveznom izdvajanju iz spisa predmeta. Naime, u obrazloženju pobijanog rešenja prvostepeni sud zaključuje da zapisnik o saslušanju osumnjičene sadrži njen potpis samo na prvoj strani gde se evidentiraju prisutni, ali ne i na svakoj strani zapisnika, iz čega proizlazi da osumnjičena svojim potpisom nije potvrdila autentičnost i tačnost zapisnika, što ga čini nezakonitim dokazom. Drugostepeni sud, pak, smatra da nije svaka nepravilnost u sastavljanju zapisnika dovoljna da bi izdvajanje tih zapisnika bilo obavezno u smislu ZKP, već je neophodno razmotriti da li se u svakom konkretnom slučaju radi o suštinskoj nepravilnosti koja dovodi do toga da određeni dokaz ne može biti korišćen u krivičnom postupku ili da se na njemu ne može zasnivati sudska odluka<sup>18</sup>.

Sud je u obrazloženju prvostepene presude kojom je okrivljenog kome se sudilo u odsustvu oglasio krivim naveo da je izvršio uvid u službeni belešku MUP-a u kojoj je sadržana izjava okrivljenog. Pogrešno je sud tu izjavu cenio kao odbranu okrivljenog, iako nije bila izneta u prethodnom postupku, kao ni na glavnom pretresu, a svakako nije data pred organom unutrašnjih poslova u svojstvu osumnjičenog, nego u svojstvu građanina. Kako izjava koju je okrivljeni dao u svojstvu građanina ovlašćenim službenim licima organa unutrašnjih poslova ne može biti cenjena kao odbrana okrivljenog, apelacioni sud je zaključio da je ovakvim postupanje osnovni sud zasnovao presudu na nedozvoljenom dokazu<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 302/2014 od 29.4.2014. godine

<sup>18</sup> Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž2 654/14 od 14. 05.2014. godine.

<sup>19</sup> Presuda Osnovnog suda u Čačku K 3017/10 od 04.02.2010. godine i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž 1-3858/10 od 22.07.2010. godine.

U prvostepenom postupku koji se vodio protiv dva okrivljena sud je lice saslušao na jednom glavnom pretresu u svojstvu okrivljenog, a na sledećem ročištu ispitao kao svedoka, iako okrivljeni ne može biti svedok u postupku u kome se javlja kao okrivljen niti na sopstveno traženje niti na inicijativu tužilaštva ili suda, ni pod zakletvom niti bez zakletve. Drugostepeni sud je stoga zauzeo stav da okrivljeni ne može biti ispitivan kao svedok u krivičnoj stvari drugih saokrivljenih koji su optuženi kao saizvršioци ili saučesnici u istom delu, nego se u tom slučaju saoptuženi saslušavaju kao okrivljeni i njihova odbrana se ceni ka iskaz okrivljenog, dok se iskaz dat u svojstvu svedoka ne može koristiti, shodno čemu se zapisnik o salušanju svedoka, koji je u istoj stvari saokrivljeni, izdvaja iz spisa. Kako se pobijana prvostepena presuda zasniva na odbrani lica saslušanog u svojstvu okrivljenog, tako i na njegovom iskazu dobijenom ispitivanjem u svojstvu svedoka, drugostepeni sud je, nalazeći da se presuda zasniva na dokazu na kom se prema odredbama krivičnog postupka ne može zasnivati, ukinuo presudu osnovnog suda. Kao svedok ne može biti saslušan ni saoptuženi u jedinstvenom postupku o krivičnom delu koje nije zajedničko, nego se iskaz jednog saokrivljenog koristi kao dokaz u odnosu na drugog saokrivljenog u istom postupku<sup>20</sup>. Isto tako, ukoliko je postupak protiv jednog okrivljenog razdvojen, njegov iskaz kao okrivljenog u tom postupku, ne može biti pročitán na glavnom pretresu protiv drugog okrivljenog, bez obzira što se radi o istom događaju<sup>21</sup>. Međutim, odluka suda se može zasnivati na iskazu saizvršioca ispitánog u svojstvu svedoka u slučaju da je prema njemu postupak pravnosnažno okončan u odvojenom krivičnom postupku. Naime, drugostepeni sud je zauzeo stav da time što je prvostepeni sud zasnovao osuđujuću presudu na iskazu maloletnog saizvršioca, prema kome je postupak vođen i pravnosnažno okončan prema odredbama Zakona o maloletnim učionicima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika<sup>22</sup>, nije učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka, jer saizvršilac prema kome je postupak razdvojen ne spada u krug lica koja se ne mogu ispitiati kao svedok, te iskaz takvog lica nije dokaz na kom se presuda ne može zasnivati<sup>23</sup>. Drugi apelacioni sud postupajući po sličnom pitanju, pak, konstatuje da je tačno da se iskaz osumnjičenog koji se pojavljuje kao svedok u krivičnom postupku protiv drugog lica u vezi sa istim događajem ne može koristiti kao dokaz, jer bi to bilo u suprotnosti sa odredbama krivičnog postupka, ali naglašava da sud može, tek nakon što ispita neko lice u svojstvu svedoka, doneti odluku o tome da li će odlučiti o izdvajanju

---

<sup>20</sup> Presuda Osnovnog suda u Kragujevcu 4K 132/10 od 28.01.2011. godine i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž 1-3547/11 od 20.09.2011. godine.

<sup>21</sup> Presuda Višeg suda u Kragujevcu K 43/11 od 21.09.2011. godine i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž 4597/11 od 17.11.2011. godine.

<sup>22</sup> „Sl. glasnik RS“, br. 85/20015.

<sup>23</sup> Presuda Osnovnog suda u Vranju K 614/10 od 21.02.2012. godine i presuda Apelacionog suda u Nišu Kž 1-2206/12 od 16.05.2013. godine.

njegovog iskaza datog u svojstvu osumnjičenog, što je moguće po završenom dokaznom postupku. Naime, prema odredbi člana 337. stav 3. ZKP rešenje o izdavanju zapisnika se donosi po završenom dokaznom postupku, ukoliko ta odluka nije doneta u nekom ranijem procesnom momentu (pri odlučivanju u smislu člana 273. stav 4. i u smislu člana 283. stav 3. ZKP), jer bi se tek tada to lice pojavilo u dvostrukoj ulozi. To znači da sud prvo ispituje okrivljenog kao svedoka, pa tek kada izvede sve ostale dokaze, odlučuje o izdavanju zapisnika o ispitivanju iz spisa<sup>24</sup>.

Ipak, kada je optuženi u jednom predmetu dao iskaz prema odredbama zakona validan dokaz, time što se postupak nakon ukidanja dela presude ponavlja i što se on ispituje u svojstvu svedoka, ne dovodi se u pitanje validnost njegovih ranije datih iskaza u svojstvu okrivljenog. Naime, propisano je da sudeće veće po okončanom dokaznom postupku izdvoji izdvoji iz spisa zapisnike i obaveštenja, odnosno one iskaze okrivljenog za koje je izričito određeno da se na njima ne može zasnivati sudska odluka. Kako su iskazi okrivljenog u konkretnom slučaju validni dokaz, činjenica da je on u ponovljenom postupku u odnosu na saoptuženog ispitan kao svedok ne dovodi u pitanje validnost ranijih iskaza u svojstvu okrivljenog u postupku koji je u odnosu na njega pravosnažno okončan, odnosno ne radi se o dokazu na kom se presuda ne može zasnivati, pa shodno tome nema mesta primeni pravila o izdavanju spisa<sup>25</sup>.

2. U pogledu sposobnosti lica da bude svedok u krivičnom postupku, ukoliko se pojavi sumnja da maloletno lice koje treba ispitati kao svedoka, a koje s obzirom na uzrast i duševnu razvijenost, nije sposobno da shvati značaj prava da ne mora da svedoči, stav je da sud dužan da tu činjenicu utvrdi na adekvatan način, odnosno putem veštačenja od strane pedagoga i/ili psihologa<sup>26</sup>. Pobijajući prvostepenu presudu, branilac optuženog ističe da se presuda zasniva na dokazima na kojima se po odredbama Zakona o krivičnom postupku ne može zasnivati, jer je činjenično stanje prvostepeni sud utvrdio na osnovu iskaza maloletnog oštećenog koji je mentalno nedovoljno razvijen i smanjenog stepena razvijenosti, a mišljenje o tome da li je to lice sposobno da shvati značaj svedočenja dato od strane nekompetentne komisije veštaka sastavljene samo od psihologa i pedagoga. Po oceni Vrhovnog suda, iskaz maloletnog oštećenog može predstavljati dokaz u postupku, jer prvostepeni sud na osnovu stručnog i argumentovanog nalaza i mišljenja veštaka i to psihologa i pedagoga, pravilno utvrdio da je maloletni oštećeni sposoban da svedoči u sudskom postupku, i koji je na glavnom pretresu saslušan

<sup>24</sup> Rešenje Osnovnog suda u Novom Sadu K 258/12 od 25.02.2013. godine i rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž 2-802/13 od 11.04.2013. godine.

<sup>25</sup> Rešenje Višeg suda u Novom Sadu K 125/11 od 29.08.2011. godine i rešenje Apelacionog suda u Nišu Kž 2-2161/11 od 09.09.2011. godine.

<sup>26</sup> Rešenje Višeg suda u Beogradu K 1283/10 od 09.09.2011. godine i Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž 4020/11 od 08.12.2011. godine.



u svojstvu svedoka u prisustvu psihologa i zakonskog zastupnika<sup>27</sup>. Osim toga, sudska odluka ne može se zasnivati na iskazu maloletnog lica oštećenog krivičnim delom ukoliko je ono ispitano bez prisustva punomoćnika (što proizlazi iz člana 154. Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela) koji mora biti iz reda advokata koji je stekao psebna znanja iz oblasti prava deteta i krivičnopravne zaštite maloletnika<sup>28</sup>.

Što se tiče zakonske mogućnosti *oslobođenja od dužnosti svedočenja* određenog kruga lica, koji sami odlučuju da li će u krivičnom postupku dati iskaz, s obzirom na stepen odnosa srodstva u kom su sa okrivljenim, imajući u vidu da su u konkretnom predmetu svedoci u tazbinskom srodstvu sa oštećenim, a ne sa okrivljenim, ova lica nisu oslobođena dužnosti svedočenja, pa neosnovano branilac okrivljenog označava iskaze navedenih svedoka kao nezakonite dokaze, s obzirom na to da navedena lica ne spadaju u krug privilegovanih svedoka<sup>29</sup>. Vrhovni kasacioni sud je ocenio kao neosnovane navode iz zahteva za zaštitu zakonitosti kojima se ukazuje da je pravnosnažna presuda zasnovana na dokazu na kom se ne može zasnivati, iz razloga što bivša supruga i njen brat od tetke ne spadaju u krug lica koja su na osnovu zakona oslobođena od svedočenja<sup>30</sup>. Odgovorajući na pitanje da li su roditelji vanbračnih partnera lica koja mogu biti oslobođena od dužnosti svedočenja, odnosno da li se zasnivanjem vanbračne zajednice zasniva tazbinsko srodstvo, apelacioni sud je zauzeo stav da roditelji vanbračnih partnera ne mogu biti privilegovani svedoci, jer osnov za oslobađanje od dužnosti svedočenja može biti bračno i vanbračno srodstvo, ali ne i vanbračno srodstvo po tazbini<sup>31</sup>.

Ukoliko lice koje je oslobođeno od dužnosti svedočenja svedoči, takav iskaz sam po sebi ne predstavlja nezakonit dokaz, već se iskaz takvog svedoka smatra nezakonitim dokazom samo u slučaju da lice nije upozorena da ne mora svedočiti ili da se nije izričito odrekao tog prava ili ako upozorenje nije ubeleženo u zapisniku. Stoga iskaz lica koje je po zakonu oslobođeno dužnosti svedočenja, a koje se, nakon što je upozoreno na svoje pravo da ne svedoči, odreklo tog prava, ali to nije ubeleženo u zapisnik, predstavlja zakonit dokaz na kome se može zasnivati sudska odluka. U konkretnom slučaju sud je na osnovu iskaza svedoka, koji je iz navedenog razloga nezakonit dokaz, utvrdio „način povređivanja oštećenog”. Ipak, postupajući po zahtevu za zaštitu zakonitosti, sud je utvrdio da prvostepeni sud, što potvrđuje i drugostepeni, ne prihvata iskaz svedoka u pogledu načina povređiva-

---

<sup>27</sup> Presuda Vrhovnog suda Srbije u Beogradu Kž I 285/06 od 27.2.2006. godine.

<sup>28</sup> Rešenje Višeg suda u Negotinu Km 28/11 od 29.12.2011. godine i Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kžm 8/12 od 29.02.2012. godine.

<sup>29</sup> Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 1142/2014 od 3.12.2014. godine.

<sup>30</sup> Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kz 1088/2014 od 13.11.2014. godine.

<sup>31</sup> Odgovor Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Kragujevcu na sporno pravno pitanje Krivičnog odeljenja Osnovnog suda u Jagodini, usvojen na sednici od 16.12.2015. godine.



nja oštećenog, nalazeći da ista nije mogla videti način povređivanja oštećenog, već je mehanizam povređivanja oštećenog utvrđen drugim dokazima, a iz dokaza na kome se sudske odluke ne mogu zasnivati. Propisano je da bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama Zakonika ne može zasnivati, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda. U konkretnom slučaju ovim nezakonitim dokazom utvrđene su činjenice koje su u svemu saglasne sa drugim dokazima, iz čega proizlazi da bi i bez iskaza ovog svedoka, koji predstavlja nezakonit dokaz, s obzirom na druge dokaze, očigledno bila doneta ista presuda, zbog čega je Vrhovni kasacioni sud navode zahteva za zaštitu zakonitosti ocenio neosnovanim<sup>32</sup>.

Presuda se zasniva na dokazu na kome se po odredbama Zakonika ne može zasnivati iz razloga što je na glavnom pretresu u toku dokaznog postupka izvršeno upoznavanje sa sadržinom iskaza oštećenog čitanjem zapisnika. Naime, prvo-stepeni sud je utvrdio da je oštećeni umro, a kao otac okrivljenog oslobođen je dužnosti svedočenja. Naime, na glavnom pretresu se mogu čitati zapisnici o ispitivanju svedoka oslobođenih dužnosti svedočenja samo ako su uredno pozvani na glavni pretres, a pozivu se nisu odazvali i nisu ranije izjavili da neće da svedoče, dok se zapisnici o ranijem ispitivanju lica koja su oslobođena dužnosti svedočenja ne smeju izvesti na ovaj način ako ta lica nisu uopšte pozvana na glavni pretres ili su na glavnom pretresu izjavila da neće da svedoče. To znači da ako privilegovani svedok, nakon što je svedočio u krivičnom postupku, umre, zapisnik o njegovom ranijem ispitivanju ne može se pročitati, već ga treba izdvojiti iz spisa u smislu odredbe člana 407. stav 1. tačka 1. ZKP<sup>33</sup>. Sledstvena tome, čitanje zapisnika koji sadrži iskaz privilegovanog svedoka koji nije uredno pozvan na glavni pretres nije dozvoljeno i predstavlja doka na kom se presuda ne sme zasnivati, bez obzira na to što je to učinjeno na saglasan predlog stranaka u postupku<sup>34</sup>. Tako je, odlučujući o žalbenom navodu da je presuda zasnovana na dokazu na kom se ne može zasnivat, drugostepeni sud zauzeo stav da se skaz vanbračne supruge okrivljenog, kao privilegovanog svedoka, ne može pročitati ni uz saglasnost stranaka na glavnom pretresu koji je usled promene predsednika veća počeo iznova, ukoliko to lice nije ni pozvano na ročište, nego je zapisnik koji sadrži taj iskaz morao biti u skladu sa članom 178. ZKP izdvojen iz spisa<sup>35</sup>.

Postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 368. stav 10. ZKP ukoliko je svedok – ovlašćeno službeno lice organa unutrašnjih policije is-

<sup>32</sup> Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 405/2014 od 7.5.2014. godine.

<sup>33</sup> Rešenje Višeg suda u Beogradu Kžl 588/2014 od 11.9.2014. godine.

<sup>34</sup> Presuda Višeg suda u Kragujevcu K 293/10 od 26.01.2011. godine i Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž 1-1268/11 od 15.06.2011. godine.

<sup>35</sup> Presuda Višeg suda u Novom Sadu K 2152/10 od 09.09.2011. godine i rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž 2-802/13 od 11.04.2013. godine

pitan o sadržaju obaveštenja koje je dobio od građana<sup>36</sup>. S tim u vezi, presudom osnovnog suda okrivljeni je oglašen krivim pri čemu je kao dokaz u krivičnom postupku korišćen iskaz policijskog službenika ispitano kao svedoka, a u kome se izjasnio na okolnosti šta su mu, kao ovlašćenom službenom licu osumnjičeni izjavili u vezi radnjama koje su mu optužnim aktom stavljene na teret. Apelacioni sud je našao da je prvostepeni sud ispitivanjem ovlašćenog službenog lica o sadržini obaveštenja koje je dobilo od građan bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, jer se deo iskaza koji se odnosi na sadržinu obaveštenja ne može koristiti kao dokaz u krivičnom postupku<sup>37</sup>. Isto tako, drugostepeni sud je našao da je osnovano pobijana presuda u postupku u kom je prvostepeni sud ispitao policijskog službenika u svojstvu svedoka na okolnosti sačinjavanja službene beleške u fazi prikupljanja obaveštenja. Naime, svedok je ispitao na okolnosti razgovora sa građaninom, a ne o onome što je lično zapazio, o čemu je sačinio službenu belešku koja je rešenjem prvostepenog suda bila izdvojena iz spisa. Prihvatajući i ocenjujući taj deo iskaza svedoka, sud je učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka<sup>38</sup>. Međutim, u krivičnom postupku zbog krivičnog dela ometanje ovlašćenog službenog lica u obavljanju poslova bezbednosti ili održavanja javnog reda i mira odbrana je u žalbi navela da prvostepeni sud nije mogao saslušati svedoka, jer je nedozvoljeno da policijski službenik svedoči o onome što je saznao prilikom vršenja službene radnje, s obzirom da je ovaj oštećeni obavljao radnju saslušanja i ispitivanja okrivljenog u svojstvu osumnjičenog. Međutim, drugostepeni sud je ocenio navedene žalbene navode kao neosnovane, našavši da je policijski službenik ispitao u svojstvu svedoka, pri čemu se izjašnjavao ne kao službeno lice, već kao lice oštećeno krivičnim delom, pa njegov iskaz ne predstavlja nedozvoljen dokaz<sup>39</sup>.

3. Odgovarajući na pitanje da li nalaz i mišljenje sudskog veštaka, koji je rešenjem ministra pravde razrešen dužnosti sudskog veštaka, može da se koristi kao dokaz, ako su nalaz i mišljenje dati pre razrešenja, na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda zauzet je stav da se takav nalaz i mišljenje može se u postupku koristiti kao dokaz, imajući u vidu i odredbu člana 114. stav 3. ZKP. Takođe, ovaj veštak se u krivičnom postupku može nakon donošenja pravnosnažnog rešenja o razrešenju ispitati o nalazu na glavnom pretresu, ali samo ukoliko razrešenje veštaka od dužnosti sudskog veštaka nije iz razloga u vezi sa konkretnim predmetom<sup>40</sup>. U vezi sa nemogućnošću da određeno lice bude veštak

---

<sup>36</sup> Presuda Osnovnog suda u Novom Sadu K 528/10 od 30.06.2010. godine i rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž 1-5026/10 od 30.11.2010. godine

<sup>37</sup> Presuda Osnovnog suda u Paraćinu 2K 425/10 od 22.06.2010. godine i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž 1-5212/10 od 26.11.2010. godine.

<sup>38</sup> Presuda Višeg suda u Prokuplju K 33/11 od 15.09.2011. godine i rešenje Apelacionog suda u Nišu Kž 1-3329/10 od 26.09.2012. godine.

<sup>39</sup> Presuda Višeg suda u Čačku, Kž 42/2015(1) od 28.4.2015. godine.

<sup>40</sup> Sa sednice Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održane 31.3.2014. godine.

u krivičnom postupku, u žalbi na presudu prvostepenog suda kojom je okrivljeni oglašen krivim zbog krivičnog dela laka telesna povreda branilac okrivljenog je istakao da u konkretnom predmetu lekar koji je pregledao oštećenog u Urgentnoj službi nije mogao biti veštak. Međutim, drugostepeni sud je oceni te navode kao neosnovane jer shodno čl. 116 ZKP nema prepreka da koji je pregledao oštećenog neposredno nakon nanošenja lakih telesnih povreda bude veštak medicinske struke u konkretnom predmetu<sup>41</sup>.

Osim toga, Vrhovni kasacioni sud je zauzeo jasan stav da javni tužilac ne može da između dva glavna pretresa izda naredbu za veštačenje, koristeći se pravima iz prethodnog postupka, jer je u ovoj procesnoj situaciji tužilac stranka u postupku, i jedino može da uputi predlog za određivanje veštačenja sudu, koji, kao organ postupka, određuje veštačenje u smislu odredbe člana 117. ZKP<sup>42</sup>.

4. U žalbi na prvostepenu presudu kojom je optuženi oglašen krivim branilac je ukazao da se ista zasniva na dokazu na kom se ne može zasnivati jer je sud koristio zapisnik o *rekonstrukciji* koji je sačinjen suprotno zakonskom pravilu. Naime, prilikom preduzimanja radnje rekonstrukcije sačinjavane su beleške od strane kriminalističkog tehničara i veštaka, a iz zapisnika proizlazi da je sačinjen od strane predsednika veća bez prisustva zapisničara. Međutim, drugostepeni sud je našao da to što je zapisnik sačinio predsednik veća bez prisustva zapisničara a u prisustvu stručnog lica i veštaka koji su na licu mesta sačinjavali beleške u cilju obavljanja predmetne radnje ne znači da je zapisnik dokaz koji je nastao suprotno odredbama ZKP, te se prvostepeno presuda neosnovano pobija zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka<sup>43</sup>.

U konkretnom slučaju Vrhovni kasacioni sud je cenio navode branioca iz zahteva za zaštitu zakonitosti da se prvostepena presuda zasniva na dokazu koji je izveden na glavnom pretresu i to čitanjem SMS poruka o komunikaciji optuženih što je učinjeno bez naredbe suda, a što je sporno, imajući u vidu da se uvid u sadržinu komunikacije može odrediti samo naredbom suda. Suprotno iznetim navodima, Vrhovni kasacioni sud je utvrdio da nije učinjena povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 438. stav 2. tačka 1. ZKP, jer se radi o pregledu sadržaja mobilnih telefona – uvidu i čitanju SMS poruka međusobno upućenih između okrivljenih, a ne o dokazu koji je pribavljen tajnim nadzorom komunikacije – drugim rečima radi o uviđaju na pokretnoj stvari, pri čemu nije potrebna naredba suda za oduzimanje mobilnog telefona (predmeta čija sadržina predstavlja dokaz), već mora postojati odluka suda da se izvrši uvid u sadržaj telefona a što u konkretnom slučaju i postoji, jer je sud na glavnom pretresu odlučio da se taj uvid izvrši u SMS poruke mobilnog telefona<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Sa sednice Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održane 31.3.2014. godine.

<sup>42</sup> Sa sednice Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održane 2.12. i 4.12.2013. godine.

<sup>43</sup> Presuda Višeg suda u Nišu 2K 465/10 od 26.12.2011. godine i rešenje Apelacionog suda u Nišu Kž 1-4505/11 od 12.01.2012. godine.

<sup>44</sup> Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 938/2014 od 15.10.2014. godine.

U primeni članova 152. i 155. u vezi sa članom 147. ZKP, a u pogledu izdavanja naredbe za pretres uređaja za automatsku obradu podataka, sporno je bilo da li mobilni telefoni spadaju u uređaje za automatsku obradu podataka, kao i da li sudija za prethodni postupak treba da izda naredbu za pretres ili tužilaštvo treba da izda naredbu za veštačenje, u slučaju kada je istraga otvorena naredbom tužilaštva. Krivično odeljenja Vrhovnog kasacionog suda je o tome zauzelo stav da se mobilni telefoni mogu smatrati uređajima za automatsku obradu podataka, u smislu člana 152. stav 3. ZKP, imajući u vidu opremljenost mobilnih telefona, mogućnost pristupa internetu i razmene mejlova i drugih elektronskih podataka a pri čemu se elektronski zapisi mogu čuvati u različitim fajlovima u samom telefonu. To znači da njihovo pretresanje može narediti samo sud, a po predlogu javnog tužioca u smislu odredbe člana 155. ZKP. Ipak, pogrešno zaključuje da ukoliko se sprovodi istraga, umesto toga može se naredbom javnog tužioca odrediti veštačenje mobilnog telefona i njegovog sadržaja<sup>45</sup>. U vezi sa pretresanjem uređaja za automatsku obradu podataka i opreme prema članu 152. stav 3. ZKP, sporno je bilo i pitanje računanja roka od osam dana od dana izdavanja naredbe u smislu člana 155. stav 3. Krivično odeljenje Vrhovnog kasacionog suda je, polazeći od toga da je odredba člana 155. ZKP pa i stava 3. odredba opšteg karaktera, rok za izvršavanje naredbe odnosi i na pretresanje uređaja za automatsku obradu podataka i opreme, što znači i da ukoliko pretresanje ne otpočne u roku od osam dana, mora se pribaviti nova naredba<sup>46</sup>.

Ukoliko je na zapisniku o pretresanju stana konstatovano samo prisustvo branioca i okrivljenog, ali nije konstatovano da pretresanju prisustvuju dva punoletna građanina kao svedoci, radi se o dokazu na kom se presuda ne može zasnovati. Naime, imajući u vidu da Zakonik o krivičnom postupku, kao formalni uslov za zakonitost ove dokazne radnje propisuje prisustvo dva punoletna građanina kao svedoka, ovakav zapisnik o pretresanju stana i drugih prostorija ceni se kao nezakonit dokaz po načinu pribavljanja i u tom smislu drugostepeni sud pravilno nalazi da ovakav dokaz predstavlja „zatrovano drvo“. S tim u vezi, „plodovi zatrovanog drveta” tj. sve one isprave i dokazi koji su nastali na tako nezakonito pribavljenom dokazu ne mogu imati zakonitu primenu u krivičnom postupku, pa je bilo je potrebno da se izdvoje ne samo taj zapisnik, nego i potvrda o privremeno oduzetim predmetima od okrivljenog, deo kriminalističko-tehničke dokumentacije, nalaz i mišljenje veštaka balističara, te zapisnik o fizičko-hemijskom veštačenju supstance sumnjive na opojnu drogu<sup>47</sup>.

6. U vezi sa računarskim pretraživanjem podataka, u praksi se kao sporno pojavilo pitanje u pogledu primene odredbe člana 178. i člana 179. ZKP. Naime,

<sup>45</sup> Sa sednice Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održane 4.4.2014. godine.

<sup>46</sup> Sa sednice Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održane 27.10.2014. godine.

<sup>47</sup> Rešenje Višeg suda u Novom Sadu KV 1192/14 od 06.02.2015. godine i Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu KŽ. 2 306/15 od 24.02.2015. godine.

postojala je dilema ko izdaje naredbu kada javni tužilac preko ove posebne dokazne radnje traži da se pribave podaci o telefonskim komunikacijama, te da se koriste bazne stanica i vrši njihovo automatsko upoređenje sa nekim brojem telefona. Krivično odeljenje Vrhovnog kasacionog suda zauzeolo je stav da se kroz ovu dokaznu radnju ne mogu tražiti telefonske komunikacije i bazne stanice, odnosno da tužilac ne može sam da pribavlja podatke u vezi evidencije telefonske komunikacije i korišćenja baznih stanica ni računarsko pretraživanje, već samo da obrazloženo predloži sudu izdavanje naredbe u smislu odredbe člana 178. i 179. ZKP<sup>48</sup>.

Branilac okrivljenog je u zahtevu za zaštitu zakonitosti naveo da se pobijane presude zasnivaju na neoverenim fotokopijama izveštaja lekara specijaliste, koji predstavljaju dokaz na kome se po odredbama Zakonika o krivičnom postupku presude ne mogu zasnivati. No, Vrhovni kasacioni sud je ocenio da se ne radi o nedozvoljenim dokazima, jer član 139. stav 1. ZKP čijom odredbom je propisano da se isprava pribavlja, po pravilu, u originalu, izričito ne obavezuje sud da kao dokaz koristi isključivo originalne isprave. Osim toga, u u konkretnom predmetu, presude se ne zasnivaju isključivo na neoverenoj fotokopiji izveštaja lekara specijaliste, a s obzirom na druge izvedene dokaze, očigledno je da bi i bez tog dokaza bila doneta ista presuda<sup>49</sup>. Slično ovom, ocenjujući navode u žalbi branioca da se prvostepena presuda zasniva na nedozvoljenim dokazima jer je sud kao dokaz izveo čitanje kopija priznanica koje se nalaze u spisima, drugostepeni sud je zauzeo stav da se na neoverenim fotokopijama priznanica može zasnovati sudska odluka, tako da one ne predstavljaju nezakonit dokaz. Ovo iz razloga što priznanice nisu kao dokaz osporene tokom postupka osporene, niti je među strankama to bilo sporno, tako da nije bilo ni predmet dokazivanja na glavnom pretresu, a ove priznanice su u svemu saglasne kako sa odbranama okrivljenih, tako i sa ostalim izvedenim dokazima<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Sa sednice Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održane 4.4.2014. godine.

<sup>49</sup> Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 673/2014 od 10.7.2014. godine.

<sup>50</sup> Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž1 506/2014(2) od 24.4.2014. godine.

Milana M. Pisarić, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

## Illegal Evidence in Case Law

**Abstract:** *Certain evidence in certain cases can not be used to establish the facts in criminal proceedings, in the sense that the court judgment is based upon them, because such evidence are by the nature or the way of acquiring them contrary to certain rules. Since the Criminal Procedure Code regarding the illegal evidence remained somewhat vague, and that the use of such evidence is determined as a relatively essential violation of the criminal procedure, the court has a crucial role to play with regard to the admissibility of evidence, and therefore, analyzing the case law on this issue is worth of attention.*

**Key words:** *criminal proceedings, evidence, illegal evidence, case law.*

Datum prijema rada: 28.04.2016.

*Ivan D. Milić, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
i.milic@pf.uns.ac.rs*

*Dr Darko T. Dimovski, docent  
Univerzitet u Nišu  
Pravni fakultet u Nišu  
darko.dimovski@yahoo.com*

## KAŽNJAVANJE OSUĐENIH LICA – DISCIPLINSKE MERE

**Sažetak:** Nakon što presuda postane pravnosnažna i izvršna, i okrivljeni postane osuđeni, sledi i postupak izvršenja presude. Ukoliko se okrivljeni osudi na zatvorsku kaznu, sledeći korak koji se preduzima jeste njegovo upućivanje u ustanovu za izvršenje kazne zatvora. Pravila ponašanja u ustanovama za izvršenje kazne zatvora strogo su regulisana propisima kojima se uređuju prava i obaveze osuđenih lica. Ponašanja koja su u ustanovama zabranjena propisuju se kao disciplinski prestup, i za njih se mogu izreći odgovarajuće disciplinske mere.

Predmet ovog rada jesu upravo disciplinske mere koje su propisane Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srbije. U radu se daje prikaz pet disciplinskih mera koje se mogu izreći za teže ili lakše disciplinske prestupe. Posebna pažnja autora biće usmerena ka tome da ukaže da izricanje i izvršenje disciplinskih mera Zakon nije uredio na najbolji način, tako da će se u praksi javiti određeni problemi kod primene ovih mera.

**Ključne reči:** prava, obaveze, kazna, mera, zatvor, osuđeni.

### UVOD

Izvršenje krivičnih sankcija predstavlja završnu fazu izuzetno složenog procesa koji započinje otkrivanjem krivičnog dela i njegovog učinioca, a nastavlja se pokretanjem krivičnog postupka i izricanjem krivične sankcije od strane suda.<sup>1</sup> U

<sup>1</sup> Veković, V. Vladimir, „Izvršenje kazne zatvora u Republici Srbiji – skromni dometi i nužnost suštinskih reformi“, *Zbornik radova „Vladavina prava i pravna država u regionu“*, Međunarodni



toj završnoj fazi izricanja sankcije, neretko se izriče i kazna zatvora, koja se izvršava u pojedinim ustanovama. Prava i obaveze osuđenih lica za vreme izdržavanja zatvorske kazne u Republici Srbiji regulišu se, pre svega, Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija, ali i velikim brojem podzakonskih akata (svakako je najvažniji pravilnik o kućnom redu), kojima se bliže uređuje „život“ osuđenih. Tim propisima uređuju se „pravila ponašanja“ za vreme izdržavanja kazne, kojih moraju da se pridržavaju sva osuđena lica.

Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija (u daljem tekstu: Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, Zakon ili ZIKS)<sup>2</sup> uređuje se izvršenje kazne zatvora i ostalih krivičnih sankcija. S druge strane, u Srbiji je 2009. godine donet, kao *lex specialis*, Zakon o izvršenju kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala.<sup>3</sup> U svakoj ustanovi gde se izvršava kazna zatvora postoje i osuđeni koji se ne pridržavaju pravila ponašanja, koji narušavaju kućni red, odnosno, krše disciplinu.<sup>4</sup> Na izdržavanju kazne nalaze se i lica lošeg vladanja, nezainteresovana za rezultate tretmana, koji svojim postupcima i nedisciplinom štetno deluju na prevaspitavanje drugih.<sup>5</sup> Svako kršenje discipline za posledicu ima da osuđeno lice čini disciplinski prestup, za koji mu se pod određenim uslovima može izreći disciplinska mera.<sup>6</sup> Da bi osuđeno lice moglo da se kazni zbog učinjenog disciplinskog prestupa, neophodan uslov jeste da je učinjeni prestup propisan zakonom kojim se uređuje izvršenje kazne zatvora, ili pravilnikom o kućnom redu. Dakle, može se kazniti samo ono osuđeno lice koje je učinilo disciplinski prestup koji je propisan pre nego što je učinjen. ZIKS u svojim odredbama propisuje disciplinske prestupe, i deli ih na teže<sup>7</sup>

---

naučni skup, održan 26. oktobra 2013. god. na Palama, Istočno Sarajevo, 685. Vid. „*Ugolovno-ispolnitel'noe pravo Rossijskoj Federacii*“: Učebnik/Pod red. I. L. Trunova, Moskva, 2005, 10.

<sup>2</sup> *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 55/2014.

<sup>3</sup> *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 72/2009. i 101/2010. O disciplinskim prestupima i disciplinskim merama prema osuđenim licima na koje se primenjuje ovaj Zakon vid. Slobodanka Konstantinović Vilić, Miomira Kostić, *Sistem izvršenja krivičnih sankcija i penalni tretman u Srbiji*, Niš, 2011, 112-113.

<sup>4</sup> Više o pravima i dužnostima osuđenih lica vid. Rajka Kupčević-Mladenović, „*Osnovi penologije*“, Sarajevo, 194 -197.

<sup>5</sup> Dragomir Davidović, Olgica Matić, Branko Kovačević, Branimir Vučinić, „*Kategorizacija kazneno-popravnih domova i klasifikacija osuđenih lica u Jugoslaviji*“, Beograd, 1970, 188. Kao što postoje i različite kategorije ličnosti učinilaca krivičnih dela. Vid. „*Kriminologija*“: Učebnik/Pod red. Kudryavceva. V. N. Eminova. V. E. Moskva, 2012, 151-156.

<sup>6</sup> Više o nekadašnjem kažnjavanju osuđenih vid. Vernon Fox, „Analysis of Prison Disciplinary Problems“, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volumn 49. 1959, 321-326.; Michael A. Millemann, „Prison Disciplinary Hearings and Procedural Due Process – the Requirement of a Full Administrative Hearing“, *Maryland Law Review*, Volume 31. 1971, 27-59.

<sup>7</sup> **Teži disciplinski prestupi su (čl. 157 ZIKS-a):** 1) bekstvo ili pokušaj bekstva iz zavoda; 2) podstrekavanje na pobunu ili bekstvo; 3) pripremanje pobune ili bekstva; 4) neovlašćeno napuštanje zavoda; 5) nasilje prema drugom licu, fizičko ili psihičko zlostavljanje drugog lica; 6) pravljenje, posedovanje ili korišćenje opasne stvari ili sredstva za komunikaciju na daljinu; 7) izrada ili unošenje u zavod sredstva podobnog za napad, bekstvo ili izvršenje krivičnog dela; 8) sprečava-

i lakše.<sup>8</sup> Verovatnoća da se osuđeno lice kazni, putem izricanja disciplinskih mera, moguća je samo u disciplinskom postupku, koji je uređen Pravilnikom o disciplinskom postupku prema osuđenim licima.<sup>9</sup> Međutim, ovaj Pravilnik, osim što uređuje disciplinski postupak, sadrži i odredbe o materijalnopравnim pitanjima disciplinskih mera.

## 1. VRSTE DISCIPLINSKIH MERA

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srbije predviđa pet disciplinskih mera, koje se samo u propisanom postupku mogu izreći osuđenom licu, za vreme izdržavanja zatvorske kazne. Tako se za učinjeni disciplinski prestup može izreći neka od sledećih disciplinskih mera: 1) ukor; 2) ograničenje ili zabrana primanja paketa do tri meseca; 3) oduzimanje dodeljenih proširenih prava i pogodnosti iz člana 129. st. 1. i 2. ZIKS-a, do tri meseca; 4) ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem u zavodu do tri meseca; 5) upućivanje u samicu u slobodno

nje pristupa u bilo koji deo zavoda službenom licu ili licu koje se ovlašćeno nalazi u zavodu; 9) ugrožavanje, oštećenje ili uništenje imovine većeg obima; 10) odbijanje izvršenja zakonitog naloga ovlašćenog lica usled čega je nastupila ili mogla nastupiti teža štetna posledica; 11) ugrožavanje tuđeg zdravlja izvršeno namerno ili grubom nepažnjom; 12) proizvodnja, posedovanje ili korišćenje opojnih droga ili psihoaktivnih supstanci; 13) grubo zanemarivanje lične higijene osim ako grubo zanemarivanje lične higijene nije nastalo usled telesnog ili mentalnog oboljenja; 14) bavljenje igrama na sreću; 15) otpor zdravstvenom pregledu ili merama za sprečavanje opasnosti od zaraze; 16) podstrekavanje lica lišenog slobode na teži disciplinski prestup; 17) zanemarivanje radne obaveze koje je izazvalo ili je moglo izazvati težu štetnu posledicu; 18) obučavanje o načinu izvršenja krivičnog dela na osnovu ličnog ili tuđeg iskustva; 19) teža zloupotreba dobijenih proširenih prava i pogodnosti; 20) nedolično, nasilničko ili uvredljivo ponašanje prema zaposlenom; 21) protivpravno prisvajanje tuđih pokretnih stvari; 22) ponavljanje najmanje tri lakša disciplinska prestupa u periodu od tri meseca; 23) odbijanje osuđenog da se podvrgne testiranju u slučaju osnovane sumnje na uzimanje opojnih droga ili psihoaktivnih supstanci. O disciplinskoj odgovornosti osuđenih lica vid. Nataša Mrvić-Petrović, *Kriza zatvora*, Beograd, 2007. str. 415-416.

<sup>8</sup> **Lakši disciplinski prestupi su (čl. 158. ZIKS-a):** 1) ugrožavanje i ometanje drugog osuđenog u obavljanju radnih i slobodnih aktivnosti; 2) udaljavanje iz kruga zavoda ili radilišta i radionice zavoda bez odobrenja; 3) iznošenje alata i drugih materijalnih sredstava sa radnog mesta; 4) međusobna kupoprodaja odeće, obuće, lekova i drugih stvari; 5) kockanje; 6) pripremanje obroka, napitaka ili hrane van prostora predviđenog u tu svrhu; 7) tetoviranje i telesni pirsing sebe ili drugog u zavodu; 8) ugrožavanje i oštećenje imovine; 9) narušavanje izgleda zavoda; 10) neovlašćeno korišćenje i ulazanje u službene prostorije; 11) lakša zloupotreba dobijenih posebnih prava; 12) posedovanje stvari koje osuđeni ne sme imati kod sebe; 13) nedisciplinovanost, nepristojnost i agresivno ponašanje koje remeti život i rad u zavodu; 14) nedozvoljena izrada predmeta; 15) pušenje van prostora određenog u tu svrhu; 16) zanemarivanje radne obaveze; 17) odbijanje izvršenja zakonitog naloga ovlašćenog lica; 18) neovlašćeno korišćenje stvari; 19) omogućavanje pristupa neovlašćenom licu u prostor zavoda; 20) uvredljivo ponašanje prema drugom licu po bilo kom ličnom svojstvu; 21) davanje netačnih podataka o činjenicama bitnim za ostvarivanje prava.

<sup>9</sup> *Službeni glasnik Republike Srbije, br. 79/2014.* (u daljem tekstu: Pravilnik).

vreme ili tokom celog dana i noći.<sup>10</sup> Dakle, za učinjen disciplinski prestup mogu se izreći samo ove disciplinske mere. Iako se, možda, na prvi pogled čini da navedene mere ne pogađaju osuđenog mnogo, ipak, njihove posledice mogu da na veoma izražen način negativno utiču na njegov život u zatvoru.<sup>11</sup>

### 1.1. Ukor

**Ukor** je, zapravo, najblaža disciplinska mera kojom se osuđenom samo ukazuje na njegovo neprihvatljivo ponašanje i stavlja mu se u izgled izricanje teže disciplinske mere u slučaju da ponovo učini prestup. Ukor, kao disciplinska mera, podseća nas na Sudsku opomenu koja se može izreći učinocu krivičnog dela pod određenim uslovima. On nas, takođe, podseća i na Opomenu koja se može izreći učinocu prekršaja, kao i na Ukor koji se može izreći maloletniku za učinjeno

<sup>10</sup> Čl. 156 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. Vid. Vladimir V. Veković, „*Sistem izvršenja krivičnih sankcija*“, Beograd, 2010, 114-115.

<sup>11</sup> Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Crne Gore u čl. 55. propisuje sledeće **disciplinske kazne**: 1) ukor, 2) zabrana primanja pošiljki do tri meseca, 3) upućivanje u samicu do 30 dana poslije izvršenja radne obaveze, i 4) upućivanje u samicu do 30 dana. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, Zakon je objavljen u „*Službenom listu RCG*“, br. 25/94, 29/94, 69/2003 i 65/2004 i u „*Službenom listu CG*“, br. 32/2011. Vid. čl. 151. Zakona – 40/2011-1. Dostupan na: <http://www.hracion.org/wp-content/uploads/Zakon-o-izvršenju-krivicnih-sankcija.pdf>. Na dan: 13.08.2015. Više o krivičnim sankcijama u Republici Crnoj Gori vid. Darko Radulović, „Sistem krivičnih sankcija u Krivičnom zakoniku Crne Gore i zaštita od diskriminacije“, *Naučni skup: Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*, Kosovska Mitrovica, 2015, 117-135. Zakon Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera (*Službeni glasnik BiH*, br. 12 od 16 februara 2010) u čl. 102. propisuje sledeće disciplinske **sankcije**: 1. ukor, 2. opomena, 3. ukidanje pogodnosti, 4. zabrana raspolaganja novčanim sredstvima, 5. upućivanje u samicu do deset dana. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srpske („*Službeni glasnik Republike Srpske*“, br. 12. od 19. februara 2010), propisuje da se za učinjene disciplinske prekršaje izriču **disciplinske kazne** (čl. 129): a) pismeni ukor, b) oduzimanje pogodnosti, i v) upućivanje u samicu do 20 dana. Tekst Zakona dostupan na: [http://wcpj.unicri.it/db\\_legislation/national/docs/BiH\\_Zakon%20o%20izvršenju%20krivicnih%20sankcija\\_SG%2012-10\\_bos.pdf](http://wcpj.unicri.it/db_legislation/national/docs/BiH_Zakon%20o%20izvršenju%20krivicnih%20sankcija_SG%2012-10_bos.pdf) na dan: 28. juna 2015. Vrsta i broj disciplinskih mera se manjao, tako je, na primer, Pravilnik o kućnom redu u kazneno-popravnim domovima, okružnim i sreskim zatvorima u Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji (objavljen u *Službenom listu*, br. 24. od 21.3.1947.) propisivao sedam **disciplinskih kazni** koje su mogle da se izreknu, i to: 1. ukor; 2. ograničenje ili lišenje prava dopisivanja; 3. ograničenje ili lišenje prava prijema poseta; 4. ograničenje ili lišenje prava prijema pošiljki; 5. ograničenje prava raspolaganja novcem; 6. izdvajanje u samicu do 14 dana; 7. premeštaj iz doma ili zatvora. Vid. čl. 67. pomenutog Pravilnika. Prema Evropskim zatvorskim pravilima (Preporuka Komiteta ministara državama članica u vezi sa evropskim zatvorskim pravilima), Kolektivno kažnjavanje i telesno kažnjavanje, kažnjavanje smeštajem u ćeliju bez svetlosti kao i druge vrstene ljudskog i ponižavajućeg kažnjavanje su zabranjene. Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (60.3). (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies). Dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747> na dan: 1.1.2016. O disciplinskim merama vid. V.B. Malinin, L.B. Smirnov, „*Ugolovno-ispolnitel'noe pravo*“, [Glava XVIII Vospitatel'noe vozdeistvie na osuždennykh k lišeniju svobody], Moskva, 2009, 7-8.

krivično delo ili prekršaj. ZIKS na dosta nejasan i neprecizan način uređuje kada se ukor, kao najblaža disciplinska mera, može izreći. Tako se ukor izriče, kad zbog prirode učinjenog disciplinskog prestupa, osuđenog treba samo upozoriti.<sup>12</sup> Vidi-mo da se na osnovu ovakve zakonske odredbe ne može sa sigurnošću zaključiti kada se može, a kada ne može izreći ukor. Prema rešenju ZIKS-a ova najblaža di-sciplinska mera može se izreći za bilo koji prestup, bilo teži ili lakši. S tim u vezi, ostavlja se velika „sloboda“ disciplinskoj komisiji ili upravniku zavoda u pogledu izricanja ove mere. Možda je zakonodavac, ipak, trebao da propiše da se ova me-ra može izreći samo onim osuđenim licima koja su učinila lakše disciplinske prestupe. S obzirom na ovakvo zakonsko rešenje, mišljenja smo, da je za izricanje ukora najbitnija procena ličnosti osuđenog lica, kao i to da li je učinjen teži ili lakši prestup, jer se formalno on može izreći za bilo koji prestup.

### **1.2. Ograničenje ili zabrana primanja paketa do tri meseca**

Nije teško zaključiti da je ograničenje ili zabrana primanja paketa do tri me-seca teža disciplinska mera od ukora, kojom se na određeno vreme zabranjuje osuđenom da prima pakete. Dakle, za bilo koji učinjeni prestup isto kao i ukor može se izreći i ova mera. Osuđeno lice ima pravo na prijem paketa dvaput meseč-no (čl. 96 ZIKS-a) i to je izuzetno važno pravo za osuđena lica, koje se može i ogra-ničiti samo ako se u disciplinskom postupku izrekne disciplinska mera „zabrana ili ograničenja primanja paketa. Sam Zakon govori da se pravo na prijem paketa može ograničiti ili zabraniti. Nije sporno šta znači zabraniti prijem paketa, ali ipak može biti sporno šta se podrazumeva pod ograničenjem prijema paketa. Tako se može postaviti pitanje da li se ograničenje odnosi na broj prijema paketa u toku jednog meseca ili je ograničenje u odnosu na težinu paketa?<sup>13</sup> Još samo da napo-menemo da je ovakvo rešenje neprecizno, s obzirom da se propisuje da ovakvo ograničenje ili zabrana može da traje do tri meseca, pa se mi pitamo koliko najkra-će može da traje? Ograničenje ili zabrana ne može se odnositi na higijenski paket (čl. 12 Pravilnika).

### **1.3. Oduzimanje dodeljenih proširenih prava i pogodnosti iz člana 129. st. 1. i 2. ZIKS-a do tri meseca**

Ukoliko se osuđeno lice u kazneno-popravnom zavodu ili okružnom zatvo-ru dobro vlada i ponaša u skladu sa svim pravilima u ustanovi, može dobiti i od-ređena proširena prava i pogodnosti. Tako, ZIKS u članu 129. propisuje: osuđenom

---

<sup>12</sup> Čl. 159 st. 2 ZIKS-a.

<sup>13</sup> Pravilnikom o kućnom redu kazneno-popravnih zavoda i okružnih zatvora (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 110/2014.) propisano je da „Težina paketa može biti do deset kilograma“ (čl. 49).

koji se posebno dobro vlada i zalaže i ostvaruje napredak u donetom programu postupanja, upravnik zavoda može dodeliti: 1) prošireno pravo na prijem paketa; 2) prošireno pravo na broj poseta; 3) prošireno pravo na krug lica koja mogu posetiti osuđenog (dalji srodnici, prijatelji i drugi); 4) prošireno pravo na prijem poseta bez nadzora u prostorijama za posete; 5) prošireno pravo na prijem poseta u posebnim prostorijama; 6) prošireno pravo na prijem poseta izvan zavoda; 7) prošireno pravo na pogodniji smeštaj. Takođe, upravnik zavoda može (pod određenim uslovima) odobriti osuđenom i sledeće pogodnosti: 1) slobodan izlazak u grad; 2) posetu porodici i srodnicima o vikendu i praznicima; 3) nagradno odsustvo iz zavoda do sedam dana u toku godine; 4) korišćenje godišnjeg odmora izvan zavoda. Vidimo da se ovim posebnim pravima i pogodnostima osuđenom „znatno olakšava“ izdržavanje zatvorske kazne, koja se dobijaju kao nagrada zbog dobrog vladanja. Jednom dodeljena ova prava/pogodnosti mogu se i oduzeti ukoliko osuđeni narušava red u ustanovi. Tako, ukoliko osuđeno lice koje je dobilo posebna prava ili pogodnosti učini disciplinski prestup, bilo teži ili lakši, njemu se u disciplinskom postupku mogu takva prava i pogodnosti oduzeti, ali samo na period do tri meseca. Ova disciplinska mera može se kumulativno izreći sa najtežom merom „samicom“ (čl. 159 st. 6). Ovde se radi i o lošem zakonskom rešenju. Naime, na osnovu ovakvog rešenja čini se da se dolazi do zaključka, da se jednom dodeljena posebna prava i pogodnosti nikada ne mogu trajno ukinuti, već samo na period do tri meseca. Videćemo na kraju rada da se primenom drugih odredaba dolazi do drugačijeg rešenja. Tako se zbog izrečene disciplinske mere osuđeni može naknadno rasporediti u grupu sa manjim stepenom posebnih prava.

#### **1.4. Ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem u zavodu do tri meseca**

Jedno od osnovnih prava osuđenih lica za vreme izdržavanja kazne zatvora, svakako, je i pravo na prijem novčanih pošiljki (čl. 97 ZIKS-a). Osim prava na prijem novčanih pošiljki, osuđeni može i sam doneti novac prilikom dolaska u ustanovu gde izdržava kaznu zatvora. Samo da još napomenemo, da osuđeni ne može da poseduje novac kod sebe, već se on deponuje na novčani depozit u ustanovi u kojoj izdržava kaznu. S obzirom da osuđeni ima sve što mu je potrebno za svakodnevni život u zatvoru, a izdržavanje kazne zatvora finansira se iz budžeta,<sup>14</sup> onda je više nego jasno da novac i nije „toliko“ neophodan osuđenom licu u samom zatvoru. S tim u vezi, ZIKS ograničava sa koliko novca osuđeni može da slobodno raspolaze u toku jednog meseca. Mesečni iznos novca kojim osuđeni slobodno raspolaze je iznos prosečne zarade u Republici Srbiji za prethodni mesec prema poslednjim podacima organa nadležnog za poslove statistike (čl. 97 st. 3

---

<sup>14</sup> Vid. čl. 11 ZIKS-a.

ZIKS-a). Ukoliko osuđeni učini **teži** disciplinski prestup, njemu se kao disciplinska mera može izreći ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem u zavodu do tri meseca. Vidimo da se i ovde kao i kod prethodne mere pojavljuju problemi oko tumačenja ove mere, jer se i ovde govori o ograničenju ili zabrani, a takođe se ne određuje ni koliko najkraće može da traje. Prema rešenju ZIKS-a ovo je teža mera od prethodne (oduzimanje dodeljenih proširenih prava i pogodnosti iz člana 129. st. 1. i 2. ZIKS-a) s obzirom da se može izreći samo za teže prestupe. Ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem ne može se odnositi na raspolaganje novcem za nabavku lekova, ortopedskih pomagala, pružanje neophodnih medicinskih usluga, sredstava za ličnu higijenu, ostvarivanje prava na dopisivanje i telefoniranje i pravnu pomoć (čl. 14 Pravilnika).

### **1.5. Upućivanje u samicu u slobodno vreme ili tokom celog dana i noći**

Najstroža disciplinska mera koja se može izreći, takođe, samo za teže disciplinske prestupe jeste „Samica“. Jedno od osnovnih načela izvršenja kazne zatvora jesta skupno izdržavanje kazne, osim kada je reč o pojedinim učinocima krivičnih dela koji kaznu zatvora izdržavaju odvojeno od osuđenih lica.<sup>15</sup> Kao „mera“ za učinjeni teži prestup osuđeni može da se uputi u samicu na određeno vreme. Dakle, osuđeni se izdvaja od ostalih osuđenih lica i smešta u posebnu prostoriju - „samicu“. Kao što vidimo ZIKS propisuje da se osuđeni može uputiti u samicu samo u slobodno vreme ili u toku celog dana i noći. Disciplinska mera upućivanja u samicu predstavlja isključenje osuđenog iz zajedničkih aktivnosti s drugim osuđenima u slobodno vreme ili tokom celog dana i noći (čl. 163 ZIKS-a). Smatramo da je zakonodavac ovu meru trebao da uredi na jasniji način, jer sada nije baš najjasnije uređeno pitanje vremena za koje se ova mera izriče i izvršava. Disciplinska mera upućivanja u samicu izriče se izuzetno, samo za teže disciplinske prestupe i ne može trajati duže od 15 dana. Meru upućivanja u samicu do 30 dana moguće je izreći za sticaj disciplinskih prestupa (čl. 162 ZIKS-a). Trajanje ove najteže mere ograničeno je vremenski i u toku jedne godine.<sup>16</sup> Tako, ukupan boravak osuđenog u prostoriji u kojoj se izvršava disciplinska mera upućivanja u samicu ne može trajati duže od šest meseci u toku jedne kalendarske godine (čl. 166 ZIKS-a).

<sup>15</sup> Vid. čl. 29 Zakona o izvršenju kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala.

<sup>16</sup> Naše zakonsko rešenje je u saglasnosti sa Evropskim zatvorskim pravilima (Preporuka Komiteta ministara državama članica u vezi sa evropskim zatvorskim pravilima), kojima se propisuje da: Boravak u samici se kao kazna može izreći samo u izuzetnim slučajevima i za određen vremenski period koji mora biti što je moguće kraći. Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (60.5). (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies). Dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747> na dan: 1.1.2016.



## 2. ODMERAVANJE DISCIPLINSKE MERE

S obzirom da se disciplinske mere propisuju u rasponu (tačnije, samo se određuje koliko najduže mogu da traju) i da postoji različiti modaliteti kako izricanja, tako i izvršenja, potrebno je i da se disciplinska mera odmeri. S tim u vezi, ZIKS uređuje pravila o **odmeravanju** disciplinskih mera (čl. 171): pri izricanju disciplinske mere vodi se računa o ponašanju osuđenog tokom izdržavanja kazne i zalaganju na radu, a uzimaju se u obzir i sve druge činjenice bitne za pravilno odmeravanje mere. Pravila o **izricanju** mera uređenju se Pravilnikom, tako se članom 22. propisuje da se: pri izricanju disciplinske mere uzimaju u obzir sve činjenice i okolnosti koje mogu biti od značaja pri izboru disciplinske mere, a naročito: težina prestupa, okolnosti pod kojima je učinjen, ranije izricanje disciplinskih mera, ponašanje osuđenog tokom izvršenja kazne zatvora, njegov odnos prema radu i radnim obavezama i ocena ostvarenja svrhe izricanja disciplinske mere.<sup>17</sup> Naime, ZIKS jasno određuje da se mere izriču na određeno vreme, ali je određeno samo koliko najduže mogu da traju. Takođe, disciplinske mere se mogu sastojati u ograničenju ili oduzimanju pojedinih prava, tako da se mora opet odmeriti mera i doneti konačna odluka da li će se ona sastojati u ograničenju ili zabrani. Kada je reč o najtežoj disciplinskoj meri „samici“ nužno je i njeno odmeravanje, kako u smislu vremena na koji se izriče, tako i u pogledu načina izvršenja. Kod ove najteže mere Zakonom se propisuje da se njeno izvršenje može i **obustaviti**. Upravnik zavoda obustavlja izvršenje disciplinske mere upućivanja u samicu ako oceni da je disciplinska mera postigla svoju svrhu i pre njenog isteka. Upravnik zavoda obavezno prekida izvršenje disciplinske mere upućivanja u samicu ako po pismenom mišljenju lekara dalji boravak u samici ugrožava zdravlje osuđenog (čl. 167 ZIKS-a). S druge strane, Pravilnik propisuje još jedan osnov za raniji prestanak ove mere (čl. 19 st. 3): Upravnik zavoda može prekinuti izvršenje mere upućivanja u samicu i na osnovu molbe osuđenog kojom se poziva na zdravstveno stanje i pribavljenog mišljenja lekara. Ova odredba se može tumačiti na način da se mera samice izriče uvek na period od tri meseca, ali da upravnik zavoda može ranije da prekine njeno izvršenje.

## 3. ODLAGANJE IZVRŠENJA DISCIPLINSKE MERE I OPOZIVANJE ODLAGANJA

ZIKS uređuje da se izvršenje disciplinskih mera može i **odložiti**. Po logici stvari jedino se ne može odložiti izvršenje ukora, s obzirom da se njegovim izricanjem on istovremeno i izvršava. Izvršenje disciplinske mere, izuzev mere ukora, moguće

---

<sup>17</sup> Vid. Snežana Soković, „*Izvršenje krivičnih sankcija*“, Beograd, Kragujevac, 2008, 90-91. O nadzoru i disciplini u zatvoru u ranijem periodu vid. Charles McKendrick, „Nadzor i disciplina“, U: *Savremeno prevaspitanje*, Izdavač: Paul W. Tappan, New York, 1951, 263-264.



je uslovno odložiti do tri meseca (čl. 160 ZIKS-a). Odluku o odlaganju izvršenja disciplinske mere donosi organ koji je doneo odluku o disciplinskoj meri. Pravilnik propisuje (čl. 20 st. 1) izvršenje disciplinske mere, osim ukora, moguće je odložiti do tri meseca pod uslovom da osuđeni u tom roku ne učini novi disciplinski prestup.

ZIKS ne reguliše koji su uslovi potrebni da se ispune kako bi se odložilo izvršenje mera. S druge strane, Pravilnikom se veoma nejasno i nimalo detaljno propisuje kada se može uslovno odložiti izvršenje disciplinske mere. Tako, izvršenje disciplinske mere, osim ukora, moguće je odložiti do tri meseca pod uslovom da osuđeni u tom roku ne učini novi disciplinski prestup. Izvršenje mere će se odložiti ako se, na osnovu vladanja osuđenog i prirode disciplinskog prestupa koji je učinio, može očekivati da će se i odlaganjem postići svrha disciplinske mere (čl. 20 st. 2). Ovakvim načinom regulisanja ostavlja se veliko ovlašćenje u pogledu odlučivanja o uslovnom odlaganju izvršenja disciplinskih mera, kao što se velika ovlašćenja ostavljaju i prilikom donošenja odluke o samoj disciplinskoj meri. Smatramo da je ovakvo uređenje dosta nejasno, te će se u praksi pojavljivati njegova različita tumačenja. Nije jasno da li se nakon proteka tri meseca disciplinska mera izvršava ili se ona može ili mora opozvati samo u toku ta tri meseca? Mi smo mišljenja da nije opravdano da se nakon tri meseca uvek izvršava, a tumačenjem odredbi ZIKS-a dolazi se do rešenja da se, ipak, mere mogu opozvati samo u toku ta tri meseca. Smatramo da se u nekoj izmeni Zakona jasno mora urediti odlaganje izvršenja mera i nedvosmisleno precizirati da se mere neće ni izvršiti ukoliko osuđeni u roku od tri meseca ne učini novi prestup. Čini se da bi bilo nomotehnički pravilnije i jasnije da je zakonodavac propisao da: „Izvršenje disciplinske mere može se uslovno odložiti, pod uslovom da osuđeni ne ponovi disciplinski prestup u roku od tri meseca.“

Uslovno odlaganje izvršenja disciplinskih mera može se ili mora **opozvati** ukoliko osuđeni ponovi disciplinski prestup. Uslovno odložena mera će se opozvati ako osuđeni za vreme odlaganja učini **teži** disciplinski prestup, a **može** se opozvati ako učini lakši disciplinski prestup. Uslovno odložena mera **može** biti opozvana i ako se naknadno utvrdi da je osuđeni pre izricanja uslovno odložene disciplinske mere učinio lakši disciplinski prestup, a biće opozvana ako je učinio teži disciplinski prestup. Ako je uslovno odložena mera opozvana, osuđenom će se, primenom odredaba Pravilnika o sticaju, izreći jedinstvena mera.<sup>18</sup>

#### 4. JOŠ NEKE POSLEDICE DISCIPLINSKOG KAŽNJAVANJA?

U ovom radu moramo postaviti još jedno veoma bitno pitanje – da li osuđeni koji je disciplinski kažnjen ima još neke posledice nakon izvršene disciplinske

<sup>18</sup> Vid. čl. 160. ZIKS-a; čl. 21. Pravilnika.

mere? Odgovor na ovo pitanje nalazi se u ZIKS-u (čl. 74), gde se jasno precizira: Osuđeni se naknadno razvrstava u grupu sa manjim stepenom posebnih prava i pogodnosti na osnovu izrečene disciplinske kazne za teži disciplinski prestup ili naknadno utvrđenog povećanog stepena rizika. Osuđeni se može naknadno razvrstati u grupu sa manjim stepenom posebnih prava i pogodnosti na osnovu izrečene disciplinske kazne za lakši disciplinski prestup, pokretanja novog krivičnog postupka ili izrečene nove kazne zatvora.<sup>19</sup> Dakle, osuđeni se u zavisnosti od učinjenog prestupa može ili mora razvrstati u grupu sa manjim stepenom posebnih prava i pogodnosti. Dalje, odgovor na naše pitanje nalazi se i u Krivičnom zakoniku Republike Srbije.<sup>20</sup> Naime, logično je da svaki osuđeni u zatvoru želi da što pre izađe na slobodu, a jedan od načina da se osuđeni pre isteka kazne nađe na slobodi postoji u slučaju dobijanja uslovnog otpusta. Krivični zakonik Srbije propisuje uslove za dobijanje uslovnog otpusta, ali i izričito navodi ko ne može dobiti uslovni otpust. Tako, uslovno se **ne može** otpustiti osuđeni koji je tokom izdržavanja kazne dva puta disciplinski kažnjavan i kome su oduzete dodeljene pogodnosti (čl. 46). Ovakvo zakonsko rešenje predstavlja novinu kojim se „na određen način“ pooštravaju uslovi za dobijanje uslovnog otpusta.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Ovdje želimo samo da ukažemo na to da Zakon ne koristi istu terminologiju, jer na ovom mestu govori o **disciplinskim kaznama**, a ne o disciplinskim merama. Pravilnik o tretmanu, programu postupanja, razvrstavanju i naknadnom razvrstavanju osuđenih lica, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 72/2010. Propisuje (čl. 35): Osuđeni se naknadno razvrstava u grupu sa manjim stepenom posebnih prava na osnovu izrečene disciplinske kazne za teži disciplinski prestup i naknadno utvrđenog povećanog stepena rizika. Osuđeni se može naknadno razvrstati u grupu sa manjim stepenom posebnih prava na osnovu izrečene disciplinske kazne za lakši disciplinski prestup pokretanja novog krivičnog postupka ili izrečene nove kazne zatvora. Vid. čl. 36. Pravilnika o tretmanu, programu postupanja, razvrstavanju i naknadnom razvrstavanju osuđenih lica, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 66/2015.

<sup>20</sup> *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

<sup>21</sup> U ustanovama za izvršenje kazne zatvora izricanje disciplinskih mera nije retkost, zato je važno pogledati broj izrečenih disciplinskih mera i obustavljenih disciplinskih postupaka iz Izveštaja Uprave za izvršenje krivičnih sankcija: **Broj postupaka i struktura disciplinskih kazni izrečenih u 2010. godini:** Obustavljenih postupaka | 252; Ukor | 836; Oduzimanje i zabrana korišćenja pogodnosti | 706; Uslovno usamljenje | 542; Bezuslovno usamljenje do 5 dana | 396; Bezuslovno usamljenje 5 do 10 dana | 710; Bezuslovno usamljenje 10 do 15 dana | 340; Kumulativno bezuslovno usamljenje | 180; Uslovno oduzimanje pogodnosti | 131; Ukupno | 4093. **Broj postupaka i struktura disciplinskih kazni izrečenih u 2011. godini:** Obustavljenih postupaka | 360; Ukor | 994; Oduzimanje i zabrana korišćenja pogodnosti | 798; Uslovno usamljenje | 572; Bezuslovno usamljenje do 5 dana | 357; Bezuslovno usamljenje 5 do 10 dana | 620; Bezuslovno usamljenje 10 do 15 dana | 317; Kumulativno bezuslovno usamljenje | 26; Uslovno oduzimanje pogodnosti | 368; Ukupno 4412. **Broj postupaka i struktura disciplinskih kazni izrečenih u 2012. godini:** Obustavljenih postupaka | 383; Ukor | 1060; Oduzimanje i zabrana korišćenja pogodnosti | 982; Uslovno usamljenje | 502; Bezuslovno usamljenje do 5 dana | 314; Bezuslovno usamljenje 5 do 10 dana | 691; Bezuslovno usamljenje 10 do 15 dana | 265; Kumulativno bezuslovno usamljenje | 12; Uslovno oduzimanje pogodnosti | 495; Ukupno | 4704. Podaci dostupni na: <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/>

## ZAKLJUČAK

Ponašanje osuđenih lica nužno je vrednovati. Svako dobro (primereno) vladanje, treba da se na adekvatan način nagradi, dok svako narušavanje discipline treba kazniti.<sup>22</sup> Rad i ponašanje osuđenog trebaju da budu jedini kriterijumi za dodelu pogodnosti.<sup>23</sup> Kažnjavanje osuđenih lica moguće je sama ako su učinila disciplinski prestup. Drugim rečima, ne sme se ostavljati prostor „zatvorskim vlastima“ da sami odlučuju šta je dozvoljeno, a šta kažnjivo u zatvoru. Propisani disciplinski prestupi i mere koje se mogu izreći imaju kako preventivnu tako i represivnu svrhu. To je zapravo način za održavanje discipline u kaznenim ustanovama. Smatramo da se u nekoj narednoj izmeni Zakona o izvršenju krivičnih sankcija i podzakonskih akata, ipak, treba jasnije urediti oblast disciplinskog kažnjavanja, s obzirom da se na osnovu sadašnjeg rešenja mogu donositi dijametralno suprotne odluke iako je reč o istoj stvari.

---

[gov.rs/lt/articles/izvestaji/](http://gov.rs/lt/articles/izvestaji/), na dan: 18.8.2015. Vidimo da se i Izveštajima Uprave za izvršenje krivičnih sankcija govori o **disciplinskim kaznama, a ne o disciplinskim merama**. Iz navedenih Izveštaja ne vidi se koje su tačno mere kada izrečene, jer se u njima koriste nazivi za izrečene mere koje nisu usaglašeni sa nazivima disciplinskih mera koje propisuje ZIKS.

<sup>22</sup> O nagradi i kazni osuđenih lica vid. Nebojša Macanović, Andrea Stanković, „Kazna i nagrada u funkciji resocijalizacije osuđenih lica“, *Kriminalističke teme-Časopis za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije*, Godište XIV, broj 3-4, 2014, 69-76.

<sup>23</sup> Mario Radić, „Neki problemi s osuđenima u penalonoj praksi“, *Penologija*, br. 1 i 2/ 1978, 64.

*Ivan D. Milić, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
i.milic@pf.uns.ac.rs*

*Darko T. Dimovski, Ph.D., Assistant Professor  
University of Niš  
Faculty of Law Niš  
darko.dimovski@yahoo.com*

### **Inmate Punishments – Disciplinary Measures**

**Abstract:** *After the verdict has become formal and enforceable, and the defendant a convict, sentence execution procedure follows. If the defendant is sentenced to prison, the next step to be taken is the referral institution for execution of sentence of imprisonment. Rules of conduct in the institutions for execution of imprisonment are strictly regulated by legislation governing the rights and obligations of prisoners. Conducts that are prohibited in institutions shall be prescribed as a disciplinary offense, and appropriate disciplinary measures are to be imposed.*

*The subject of this paper are disciplinary measures stipulated by the Law on Execution of Criminal Sanctions of the Republic of Serbia. The paper gives an overview of five disciplinary measures that can be imposed for serious or minor disciplinary offenses. In particular, author focuses his attention to indicating that the imposition and execution of disciplinary measures, are not regulated by Law in the best possible way, so that, in practice, certain problems arise in the application of these measures.*

**Key words:** *rights, obligations, punishment, measure, prison, convict.*

Datum prijema rada: 29.02.2016.

*Višnja M. Randelović, asistent  
Univerzitet u Kragujevcu  
Pravni fakultet u Kragujevcu  
visnjam86@hotmail.com*

## PROGANJANJE: POJAM, KARAKTERISTIKE I PREDLOZI DE LEGE FERENDA

**Sažetak:** Autor u radu analizira osnovne karakteristike proganjanja, koje je u mnogim zemljama odavno prepoznato kao ozbiljan problem i predviđeno kao krivično delo. Prikazana su i uporednopravna rešenja ovog krivičnog dela u zemljama koje su ga među prvima inkriminisale, kao i u zemljama iz okruženja. U Republici Srbiji se poslednjih godina ukazuje na rasprostranjenost proganjanja, posebno među bivšim partnerima, pa s obzirom na to postoji potreba za inkriminacijom ovakvog ponašanja. Takođe, Srbija je ratifikacijom Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici preuzela obavezu da proganjanje predvidi kao krivično delo. U radu je dat predlog mogućeg načina propisivanja proganjanja uz analizu pojedinih elemenata zakonskog opisa.

**Gljučne reči:** proganjanje, pojam, karakteristike, uporedno pravo, krivično delo

### 1. UVOD

Termin proganjanje (eng. *stalking*) vodi poreklo od engleske reči *to stalk*, što znači prikradati se, šunjati, goniti, progoniti, koja se prvo upotrebljavala u vezi sa gonjenjem životinja, a krajem 19. i početkom 20. veka počinje da se koristi i u kontekstu proganjanja ljudskih bića.<sup>1</sup> Proganjanje se može objasniti kao kontinuirano, neželjeno nametanje jedne osobe u život druge, putem direktnog ili indirektnog kontakta i komunikacije, zbog čega je poznato i kao *opsesivno praćenje*. U određenom broju slučajeva proganjanje se završavalo nasiljem prema žrtvama, što je privuklo pažnju javnosti nakon čega je usledio i zahtev da se ovakav način pona-

<sup>1</sup> Vesna Nikolić-Ristanović, Marina Kovačević-Lepojević, „Proganjanje: pojam, karakteristike i društveni odgovori”, *Temida* 4/2007, 4, dostupno na: <http://www.vds.org.rs/File/Tem0704.pdf>, septembar 2014.

šanja krivičnopravno reguliše.<sup>2</sup> Kalifornija je bila prva država koja je inkriminirala proganjanje 1990. godine. To je bio odgovor na ubistvo poznate glumice Rebeke Šefer koje se dogodilo 1989. godine, a koje je bilo posledica dvogodišnjeg proganjanja ove glumice od strane njenog fana Roberta Bardoa.<sup>3</sup> Pre donošenja kalifornijskog Zakona, izvršilac ovog dela nije mogao da bude krivično gonjen niti uhapšen dok fizički ne povredi žrtvu.<sup>4</sup> Sledeći primer Kalifornije, sve države Amerike su imale tzv. *anti-stalking* zakone do 1995. godine. Nakon toga i Kanada, Australija, Holandija, Belgija, Irska, Velika Britanija, Austrija i Nemačka su u svojim zakonima predvidele ovo krivično delo.<sup>5</sup> Međutim, ne kaže se bez razloga da je proganjanje stari problem, sa novim imenom.<sup>6</sup> Naime, u Justinijanovim Institucijama se može naći pasus koji kaže da predmet gonjenja može biti onaj ko predstavlja smetnju, dosadu udatoj ženi, dečaku ili devojčici na taj način što ih prati.<sup>7</sup> Dakle, u pitanju je staro ponašanje, a novo krivično delo.

## 2. KARAKTERISTIKE PROGANJANJA

Proganjanje ne predstavlja jedan izolovan slučaj kriminalnog ponašanja, već kontinuirano uznemiravanje ili zastrašivanje. Ponavljanje radnji proganjanja prema žrtvi može trajati mesecima, nekada čak i godinama. One se mogu preduzeti na jedan očigledan način, koji žrtva primećuje, tako da joj je i jasno šta progonitelj od nje hoće, ili na prikriven način, koji se najčešće sastoji u prikupljanju informacija o žrtvi, njenom kretanju i aktivnostima radi postizanja određenih cilje-

---

<sup>2</sup> David V. James, Frank R. Farnham, "Stalking and Serious Violence", *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 31(4)/2003, 432, dostupno na: <http://www.jaapl.org/content/31/4/432.full.pdf>, septembar 2014.

<sup>3</sup> Ashley N.B. Beagle, "Modern Stalking Laws: A Survey of State Anti-Stalking Statutes Considering Modern Mediums and Constitutional Challenges", *Chapman Law Review* 14/2011, 467-468, dostupno na: <http://www.chapmanlawreview.com/wp-content/uploads/2013/08/14-Chap.-L.-Rev.-457.pdf>, septembar 2014.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 466.

<sup>5</sup> V. Nikolić-Ristanović, M. Kovačević-Lepojević, 3.

<sup>6</sup> Dawn A. Morville, "Stalking Laws: Are They Solutions for More Problems?", *Washington University Law Review* 71(3)/1993, 925, dostupno na: [http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1799&context=lawreview&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com%2Fscholar%3Fq%3Dstalking%2Blaws%253A%2Bare%2Bthey%2Bsolutions%2Bfor%2Bmore%2Bproblems%26btnG%3D%26hl%3Den%26as\\_sdt%3D0%252C5#search=%22stalking%20laws%3A%20solutions%20more%20problems%22](http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1799&context=lawreview&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com%2Fscholar%3Fq%3Dstalking%2Blaws%253A%2Bare%2Bthey%2Bsolutions%2Bfor%2Bmore%2Bproblems%26btnG%3D%26hl%3Den%26as_sdt%3D0%252C5#search=%22stalking%20laws%3A%20solutions%20more%20problems%22), septembar 2014.

<sup>7</sup> Lambers Royakkers, "The Dutch Approach to Stalking Laws", *Berkeley Journal of Criminal Law* 3(1)/2000, 1, dostupno na: [http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=bjcl&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com%2Fscholar%3Fq%3Dthe%2Bdutch%2Bapproach%2Bto%2Bstalking%2Blaws%26btnG%3D%26hl%3Den%26as\\_sdt%3D0%252C5#search=%22dutch%20approach%20stalking%20laws%22](http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=bjcl&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com%2Fscholar%3Fq%3Dthe%2Bdutch%2Bapproach%2Bto%2Bstalking%2Blaws%26btnG%3D%26hl%3Den%26as_sdt%3D0%252C5#search=%22dutch%20approach%20stalking%20laws%22), septembar 2014.

va.<sup>8</sup> Te radnje pre svega podrazumevaju zvanje telefonom, dolaženje u stan ili na radno mesto žrtve, saletanje, pisanje pisama, praćenje, slanje neželjenih poklona, konfrontacija lica u lice sa žrtvom, uništavanje njene imovine, itd.<sup>9</sup> Naravno, sa razvojem tehnologije i proganjanje dobija nove forme, odnosno počinje da se vrši putem modernih sredstava komunikacije, koji pre svega podrazumevaju slanje SMS poruka, mejlova, uznemiravanje na društvenim mrežama itd. Na taj način se došlo i do pojma *sajber proganjanja*, koje podrazumeva preduzimanje radnji proganjanja putem Interneta i drugih oblika elektronske komunikacije.<sup>10</sup> Sa pravom se može reći da je sajber proganjanje danas u ekspanziji. Inače, proganjanje se može vršiti i prema muškarcima i prema ženama, iako su istraživanja pokazala da su u najvećem broju slučajeva žrtve žene.<sup>11</sup> Pre svega se kao žrtve javljaju bivši intimni partneri, zatim poznanici (komšije, kolege, poznanici iz škole itd.), i na kraju potpuni stranci.<sup>12</sup> Motivi proganjanja mogu biti različiti, kao na primer bes, ljubomora, osveta, iluzija, fantazija ili želja da se zadobije naklonost neke osobe.<sup>13</sup> Različitost načina manifestovanja proganjanja, različitost žrtava i razloga zbog kojih se proganjanje vrši, ukazuje na to da je u pitanju jedna složena pojava i da njeno krivičnopravno regulisanje predstavlja ozbiljan zadatak s obzirom na to da mora da obuhvati sve aspekte i oblike u kojima se proganjanje može pojaviti.

U literaturi se navode brojne podele progonitelja, ali se može izdvojiti sledeća podela: 1. progonitelji koji nisu imali nikakvu prethodnu vezu sa žrtvom, ali veruju da ih žrtva voli i stvaraju imaginarnu vezu sa žrtvom (eng. *erotomaniacs*). Ovde spada pre svega proganjanje poznatih ličnosti (eng. *celebrity stalking*); 2. progonitelji koji su imali samo neku vrstu kontakta sa žrtvom, i koji se, iako ne zamišljaju da imaju vezu sa žrtvom, trude da žrtva bude svesna njihovog prisustva (eng. *love obsessional stalker*); 3. progonitelji koji su ranije imali neku vrstu odnosa sa žrtvom, to može biti bivši partnerski, prijateljski, poslovni ili drugi odnos (eng. *simple stalker*). Poslednja kategorija je ujedno i najopasnija, i kod njih postoji najveća verovatnoća da se konfrontiraju žrtvi, da je fizički povrede ili joj oštete imovinu.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Joshua D. Duntley, David M. Buss, "The Evolution of Stalking", *Sex Roles* 66(5-6)/2012, 315, dostupno na: [http://www.ncdsv.org/images/SexRoles\\_EvolutionOfStalking\\_8-3-2010.pdf](http://www.ncdsv.org/images/SexRoles_EvolutionOfStalking_8-3-2010.pdf), septembar 2014.

<sup>9</sup> Kevin S. Douglas, Donald G. Dutton, "Assessing the link between stalking and domestic violence", *Aggression and Violent Behavior* 6/2001, 527, dostupno na: <http://domestic-violence.martinsewell.com/DouglasDutton2001.pdf>, septembar 2014.

<sup>10</sup> A. N.B. Beagle, N.B.A., 463.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 459.

<sup>12</sup> D. V. James, 434.

<sup>13</sup> A. N.B. Beagle, 459.

<sup>14</sup> Michael A. Zona, Kaushal K. Sharma, John Lane, "A comparative study of erotomaniac and obsessional subjects in a forensic sample", *Journal of Forensic Sciences* 1993, dostupno na: <http://psycnet.apa.org/psycinfo/1994-02235-001>, septembar 2014.



Proganjanje dosta utiče na život žrtve, nekada ga bitno menjajući, pa su u tom smislu žrtve često morale da prekidaju svoje veze, posao ili čak da promene mesto življenja. Sve je to praćeno i velikim psihološkim problemima, kao što su anksioznost, poremećaji spavanja i ishrane, bes, suicidalne želje, depresija, paranoja itd.<sup>15</sup>

### 3, UPOREDNOPRAVNI PREGLED

#### 3.1. Sjedinjene Američke Države

Zakonska definicija proganjanja se u Americi veoma razlikuje od države do države. Iako većina država definiše proganjanje kao voljno, zlonamerno, u više navrata učinjeno praćenje i uznemiravanje neke osobe, pojedini zakonici unose u svoje opise i radnje kao što su čekanje u zasedi, nadzor, komuniciranje protivno volji druge osobe, uznemiravanje putem telefona i vandalizam.<sup>16</sup> Takođe, u nekim zakonima se zahteva da se ne radi o jednom izolovanom slučaju uznemiravanja, već da je to način ponašanja učinioca, dok se u drugima precizira koliko puta radnja mora da bude preduzeta da bi se radilo o proganjanju, i to je obično dva ili više puta. U većina zakonika jedan od uslova je da učinilac pretili žrtvi primenom nasilja, i da ta pretnja bude ozbiljna.<sup>17</sup> S obzirom na to da je, kao što je već pomenuto, u Krivičnom zakoniku Kalifornije<sup>18</sup> prvi put inkriminisano proganjanje (čl. 646.9 (a)), navešćemo zakonski opis koji je u njemu dat: „Svaka osoba koja voljno, zlonamerno i u više navrata prati ili voljno i zlonamerno uznemirava drugu osobu i ozbiljno joj pretili sa namerom da se ta osoba osnovano uplaši za svoju bezbednost ili bezbednost svoje uže porodice, kriva je za krivično delo proganjanja“. Propisana je kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna.

#### 3.2. Kanada

U Kanadi proganjanju počinje da se pridaje značaj početkom 1993. godine kada su se u gradu Vinipegu u toku samo jedne nedelje dogodila tri ubistva. Izvršiocima svih ubistava su pre toga bile izrečene zabrane prilaska žrtvama. Ovo je privuklo veliku medijsku pažnju, a politički odgovor je bio istovremen. Naime, odmah je počelo da se razmatra donošenje zakona koji bi pružio bolju zaštitu žena-

---

<sup>15</sup> V. Nikolić-Ristanović, M. Kovačević-Lepojević, 9.

<sup>16</sup> Patricia Tjaden, Nancy Thoennes, “Stalking in America: Findings from the National Violence Against Women Survey”, National Institute of Justice 1998, dostupno na: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/169592.pdf>, septembar 2014.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> California Penal Code, <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=pen&group=00001-01000&file=639-653.2>, novembar 2014.

ma, pre svega od proganjanja. Tako je pred Parlament iznet Zakon C-126 koji predstavlja inicijativu izmene kanadskog Krivičnog zakonika u smeru inkriminacije proganjanja.<sup>19</sup> Odredbom člana 264 Krivičnog zakonika Kanade<sup>20</sup> proganjanje je inkriminisano na sledeći način: „Niko ne sme, bez zakonskog ovlašćenja i znajući da je druga osoba uznemiravana ili bezobzirno po pitanju da li je druga osoba uznemiravana, da: 1. u više navrata prati od mesta do mesta drugu osobu, ili bilo koga njoj poznatog; 2. u više navrata komunicira, posredno ili neposredno, sa drugom osobom, ili bilo kim njoj poznatim; 3. opseđa ili posmatra mesto stanovanja, ili mesto gde druga osoba, ili bilo ko njoj poznat boravi, radi, vodi posao ili se nalazi u datom trenutku; 4. preti direktno drugoj osobi ili članu njene porodice. Ove radnje su kažnjive ako izazivaju da se druga osoba, osnovano, u ovim okolnostima plaši za svoju bezbednost ili bezbednost bilo koga njoj poznatog. Predviđena je kazna zatvora do deset godina. Dakle, ovde se zahteva dokazivanje dva nivoa namere, prvo tužilac mora da dokaže osnovnu nameru okrivljenog da preduzme određeno ponašanje koje je inkriminisano, a zatim mora da dokaže da je okrivljeni znao da je takvo ponašanje uznemiravajuće, kao i efekat istog.<sup>21</sup>

### 3.3. Holandija

Odredbom člana 285b Krivičnog zakonika Holandije, proganjanje je inkriminisano kao voljno, nezakonito, sistematsko povređivanje nečijeg privatnog života, sa namerom da se neko natera da nešto učini, ne učini, ili trpi, ili sa namerom da se neko zaplaši.<sup>22</sup> Najvažnija razlika između ovog zakonskog opisa i onih koje koriste američka zakonodavstva je što holandski Zakonik koristi frazu „povređivanje nečijeg privatnog života“, a ovi poslednji reč „uznemiravanje“ (eng. *harassment*). Naime, Krivični zakonik Holandije je ovaj zakonski opis doveo u vezu i uskladio sa članom 10 Ustava Holandije, po kome svako ima pravo na poštovanje svog privatnog života.<sup>23</sup> U literaturi se ističe da holandska inkriminacija, koja se fokusira na remećenje, povređivanje nečijeg privatnog života, povećava mogućnost primene zakona i mogućnost tužilaca da zaštite žrtve što je pre moguće, pre nego što dođe do pretnje.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Rosemary Cairns Way, “The Criminalization of Stalking: An Exercise in Media Manipulation and Political Opportunism”, *McGill Law Journal* 39/1993, 388-389, dostupno na: <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/517767-39.2.Way.pdf>, novembar 2014.

<sup>20</sup> Criminal Code, Minister of Justice, Canada 1985, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, novembar 2014.

<sup>21</sup> R. C. Way, 399.

<sup>22</sup> Wetboek van Strafrecht 1881, <http://www.wetboek-online.nl/wet/Wetboek%20van%20Strafrecht.html>, novembar 2014.

<sup>23</sup> L. Royakkers, 12.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 2.

### 3.4. Austrija

U Krivičnom zakoniku Austrije je u okviru krivičnih dela protiv slobode regulisano i krivično delo proganjanja kao *uporno proganjanje* (čl. 107).<sup>25</sup> Ovo delo je inkriminisano od 2006. godine i pod njim se podrazumeva uporno proganjanje jedne osobe od strane druge kroz duži vremenski period, usled čega je proganjana osoba veoma ograničena u svom normalnom življenju. Proganjanje se može vršiti na razne načine: stalnim praćenjem, putem telefonskih poziva, slanjem i-meilova, pronalaženjem i korišćenjem podataka o žrtvi, kontaktiranjem sa njom preko trećih lica. Proganjana osoba se može odmah obratiti policiji koja može izreći zabranu prilaska stanu žrtve. Takođe, može se podneti sudu zahtev za izdavanje neke od sledećih mera: zabrana ličnog kontakta i praćenja; zabrana pismenih, telefonskih i sličnih vrsta kontakata; zabrana boravka na određenim mestima; zabrana davanja i publikovanja ličnih podataka i fotografija; zabrana da se u ime pogođene osobe naručuju roba i usluge; zabrana kontaktiranja preko trećeg lica.<sup>26</sup>

### 3.5. Hrvatska

Donošenjem novog Kaznenog zakona koji je stupio na snagu 1. januara 2013. godine, Republika Hrvatska je uvela i novo krivično delo *nametljivo ponašanje* u okviru grupe krivičnih dela protiv osobne (lične) slobode (čl. 140).<sup>27</sup> Ovo krivično delo čini onaj ko uporno i kroz duže vreme prati ili uhodi drugu osobu ili sa njom uspostavi ili nastoji uspostaviti neželjeni kontakt ili je na drugi način zastrašuje i time kod nje izazove teskobu ili strah za njenu sigurnost ili sigurnost njoj bliskih osoba. Predviđena je kazna zatvora do jedne godine. Teži oblik postoji ako je krivično delo učinjeno u odnosu na sadašnjeg ili bivšeg bračnog ili vanbračnog partnera ili istopolnog partnera, osobu sa kojom je učinilac bio u intimnoj vezi ili prema detetu, a propisana je kazna zatvora u trajanju do tri godine. U ovu grupu krivičnih dela spadaju još i protivpravno oduzimanje slobode, otmica, prisila (prinuda) i pretnja.

### 3.6. Slovenija

U krivičnom zakonodavstvu Slovenije proganjanje je regulisano u okviru krivičnog dela nasilje u porodici (čl. 191).<sup>28</sup> Ovo krivično delo vrši član porodice koji loše postupa prema drugom članu porodice, udara ga, ili na bilo koji drugi bolan ili

---

<sup>25</sup> Criminal Code of the Republic of Austria 1974, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, novembar 2014.

<sup>26</sup> [http://www.interventionsstelle-wien.at/images/doku/gewaltschutzfolder\\_skb.pdf](http://www.interventionsstelle-wien.at/images/doku/gewaltschutzfolder_skb.pdf), novembar 2014.

<sup>27</sup> Kazneni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 56/15, <http://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon>, januar 2015.

<sup>28</sup> Criminal Code of the Republic of Slovenia 2008, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, januar 2015.

degradirajući način postupa sa njim, preti da će neposredno napasti na život ili deo tela, ili da će ga izbaciti iz zajedničkog boravišta, ili na bilo koji drugi način ograničava njegovu slobodu ili kretanje, *proganja ga*, prinudava ga na rad ili da napusti posao, ili na bilo koji drugi način agresivno ograničava njegova jednaka prava i tako ga stavlja u potčinjeni položaj. Takođe je predviđeno kažnjavanje ako su ove radnje učinjene u bilo kojoj drugoj trajnoj zajednici života, ili prema osobi sa kojom je počinitelj živeo u porodici ili drugoj trajnoj zajednici, a koja je prestala da postoji. Dakle, prema ovom rešenju proganjanje je predviđeno kao jedna od radnji izvršenja krivičnog dela nasilje u porodici, i može se izvršiti samo prema članu porodice ili osobi sa kojom je izvršilac živeo u nekoj drugoj trajnoj zajednici. Nije inkriminisano proganjanje osobe sa kojom počinitelj prethodno nije bio ni u kakvoj vezi. Iako je praksa pokazala da se proganjanje najčešće vrši u odnosu na bivše partnere, smatramo da je bolje rešenje predvideti proganjanje kao zasebno krivično delo, a ne u okviru krivičnog dela nasilje u porodici, jer se kao žrtve mogu pojaviti i brojne druge kategorije lica, a ne samo članovi porodice.

#### 4. RAZLOZI ZA POTREBU KRIVIČNOPRAVNOG REGULISANJA PROGANJANJA U SRBIJI

U Srbiji se poslednjih godina ukazuje na povećanu opasnost od proganjanja. Pojedine organizacije za zaštitu žena ističu da je rasprostranjenost ove pojave velika (16,8% ispitanih žena je izjavilo da su bile žrtve proganjanja) i da je neophodno podići svest javnosti i izvršiti reformu zakonodavstva u tom pogledu.<sup>29</sup> Navodi se da je, pored žena koje su bile u emotivnoj ili nekoj drugoj vezi sa osobom koja ih progoni, veliki broj i onih koje ranije nisu imale nikakav kontakt sa progoniteljem. Poslednjih godina bilo je nekoliko slučajeva proganjanja koji su se završili smrtnim ishodom.<sup>30</sup> S obzirom na to da se proganjanje mora prepoznati kao ozbiljan problem u Srbiji, kao i na nedostatak pravne zaštite, nesumnjivo postoji potreba za krivičnopravnim regulisanjem ovog oblika ponašanja.

Ne samo da rasprostranjenost i opasnost ove pojave zahteva krivičnopravno regulisanje, već je Srbija i formalnopravno preuzela obavezu da to učini ratifikacijom Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.<sup>31</sup> Odredbom člana 34 ove Konvencije stranama je nametnuta

<sup>29</sup> Senka nad Srbijom, [http://www.womenngo.org.rs/images/CEDAW/2013/Senka\\_nad\\_Srbijom.pdf](http://www.womenngo.org.rs/images/CEDAW/2013/Senka_nad_Srbijom.pdf); januar 2015.

<sup>30</sup> Krivično delo proganjanja i seksualno uznemiravanje najvaljuju se u promeni zakona, <http://sigurnakuca.net/vesti.338.html>; januar 2015.

<sup>31</sup> Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, *Sl. Glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2013, dostupno na: <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/zakoni/2013/2246-13Lat.pdf>; januar 2015.

obaveza da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mere i obezbede da namerno ponašanje ponavljanjem pretnji upućenih drugom licu, koje uzrokuju da se lice plaši za svoju bezbednost, bude inkriminisano.

## 5. PROGANJANJE U KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE DE LEGE FERENDA

Proganjanje se ne može u potpunosti obuhvatiti postojećim inkriminacijama u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije. Najsličnije proganjanju bi bilo krivično delo ugrožavanje sigurnosti, čija se radnja sastoji u upotrebi pretnje da će se napasti na život ili telo nekog lica ili njemu bliskog lica, čime se ugrožava sigurnost tog lica. Međutim, upotreba pretnje nije jedino ponašanje koje može da izazove uznemirenost ili strah kod druge osobe, tj. proganjanje treba da obuhvati i neke druge radnje koje mogu da proizvedu ovu posledicu. Najvažnija razlika između ove dve inkriminacije bi ipak bila činjenica da se proganjanje vrši sistematski, odnosno da njega karakteriše ponavljanje akata koji zastrašuju i uznemiravaju drugu osobu, da se to vrši u više navrata i kroz duži vremenski period.

S obzirom na to da radnje koje se preduzimaju prilikom proganjanja neke osobe često vode povredi osnovnih ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom Republike Srbije<sup>32</sup>, proganjanje kao krivično delo bi trebalo regulisati u okviru grupe krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina. Kao što je rečeno, proganjanje se najčešće sastoji u neželjenoj, uznemiravajućoj pažnji usmerenoj prema žrtvi koja se ogleda u nastojanju da se ostvari kontakt sa njom, ili da se žrtva zastraši, što za posledicu ima strah žrtve za svoju bezbednost i bezbednost njoj bliskih osoba. Usled toga, ugrožen je psihički i fizički integritet žrtve, ograničena njena sloboda kretanja, žrtva se oseća nesigurno i nebezbedno u svom stanu i na radnom mestu. Dakle, sve navedeno predstavlja kršenje nepovredivosti fizičkog i psihičkog integriteta ( čl. 25 Ustava RS), prava na slobodu i bezbednost ( čl. 27 Ustava RS ) i slobode kretanja ( čl. 39 Ustava RS ).

Prilikom inkriminisanja proganjanja moglo bi se poći od rešenja datog u hrvatskom Kaznenom zakoniku, pa bi uz neke izmene tog rešenja zakonski opis ovog krivičnog dela mogao biti:

Ko u više navrata i u dužem vremenskom periodu, protivpravno, prati ili uhodi drugu osobu ili sa njom uspostavlja ili nastoji da uspostavi neželjeni kontakt ili na drugi način kod nje izazove uznemirenost ili strah za njenu sigurnost ili sigurnost njoj bliskih osoba.

---

<sup>32</sup> Ustav Republike Srbije, 2006, [http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Ustav\\_Srbije\\_pdf.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Ustav_Srbije_pdf.pdf), januar 2015.

Radnja izvršenja ovog krivičnog dela bi, dakle, bila alternativno određena i obuhvatala bi: praćenje, uhodjenje, uspostavljanje ili nastojanje da se uspostavi neželjeni kontakt, ili sve druge radnje koje su podobne da kod druge osobe izazovu uznemirenost ili strah. Pod praćenjem se podrazumeva kretanje (pešice, kolima...) iza neke osobe u istom pravcu, pa tako učinilac može žrtvu da prati kada ide na posao, u školu, u kupovinu. Pod uhodjenjem se smatra trajno praćenje uz prikupljanje podataka o nekoj osobi i stalno posećivanje mesta gde se ta osoba nalazi, npr. odlazjenje u iste lokale, prodavnice, itd. Uspostavljanje kontakta ili nastojanje da se kontakt uspostavi se može vršiti na razne načine: telefonskim pozivima, slanjem SMS poruka, slanjem mejlova, kontaktiranjem preko profila na društvenim mrežama, ali i prilaženjem nekoj osobi, tj. ostvarenjem kontakta *lice u lice*. Vršenje ovo krivičnog dela *na drugi način* bi obuhvatalo preduzimanje svih onih radnji koje su podobne da u konkretnom slučaju kod druge osobe izazovu uznemirenost ili strah, a koje nisu obuhvaćene prethodno navedenim radnjama. To bi na primer bilo saletanje, odnosno prilaženje nekoj osobi svaki put kada se negde ugleda i njeno uznemiravanje tom prilikom, posmatranje mesta stanovanja ili rada neke osobe, ili uništavanje imovine žrtve (njenih kola, stana, dvorišta...). Da bi ove radnje predstavljale radnju izvršenja ovog krivičnog dela, potrebno je da su preduzete u više navrata i kroz duži vremenski period. Ova dva uslova su ujedno međusobno povezana i uslovljena, i upravo se na osnovu njihove ostvarenosti u konkretnom slučaju može utvrditi da se radi o proganjanju, koje se, kao što je napomenuto, vrši sistematski, tj. ponavljanjem akata koji zastrašuju i uznemiravaju drugu osobu. U tome se i ogleda nečija upornost i istrajnost, što i čini smisao ove inkriminacije. Ostaće na sudskoj praksi da u svakom konkretnom slučaju utvrdi da li je ovaj uslov ispunjen, tj. koliko puta treba neka radnja da bude preduzeta da bi ukazivala na upornost učinioca i šta se smatra dužim vremenskim periodom. To će sve zavisiti od slučaja do slučaja, jer će i od same radnje izvršenja u konkretnom slučaju zavisiti koji je vremenski period potreban da se izazove uznemirenost ili strah kod neke osobe. Jedan od uslova koji bi takođe trebalo da bude ispunjen je da se ove radnje preduzimaju protivpravno, tj. da učinilac nema zakonsko ovlašćenje da nekog prati, uhodi, ili sa njim uspostavlja kontakt. Ovo je potrebno da bi se ove radnje razlikovale od onih koje se vrše na osnovu zakonskog ovlašćenja, tj. koje nisu protivpravne.

Propisivanjem radnje izvršenja na ovaj način bi se izbegao deo zakonskog opisa iz hrvatskog Kaznenog zakona *zastrašivanje na drugi način*, jer se radnja ovog krivičnog dela ne sastoji samo u zastrašivanju. Takođe bi bilo naglašeno da se radnja vrši sistematski i protivpravno. Ovakvom inkriminacijom bi bili ispoštovani i zahtevi Konvencije o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

Posledica u širem smislu, tj. posledica u odnosu na zaštitni objekt bi bila ugrožavanje fizičkog i psihičkog integriteta, prava na slobodu i bezbednost i ugro-

žavanje slobode kretanja. Posledica u užem smislu bi se ogledala u uznemirenosti ili strahu za svoju bezbednost ili bezbednost bliske osobe. Uznemirenost i strah su negativna osećanja, koja se ispoljavaju pre svega kao strepnja, nesigurnost, uplašnost neke osobe za svoj život, ili život njoj bliske osobe. U kontekstu ovog krivičnog dela posledicu bi trebalo određivati subjektivno, tj. sa aspekta pasivnog subjekta. To znači da bi krivično delo bilo svršeno onda kada su preduzete radnje zaista prouzrokovale uznemirenost ili strah pasivnog subjekta, u smislu subjektivnog osećaja, a ako do toga nije došlo radilo bi se o pokušaju ovog krivičnog dela.

Kao oblik krivice jedino bi bio prihvatljiv umišljaj, direktni ili eventualni. U prvom slučaju učinilac je svestan svoje radnje i hoće njeno izvršenje, a ujedno je svestan da takva radnja kod drugog prouzrokuje uznemirenost ili strah, i to i hoće. U drugom slučaju učinilac je svestan mogućnosti da svojom radnjom prouzrokuje posledicu i na to pristaje. Umišljaj učinioca pored ostalih obeležja mora da obuhvata i svest o protivpravnosti.

Kvalifikovani oblik bi se mogao odrediti s obzirom na to ko se javlja kao pasivni subjekt ovog krivičnog dela, pa bi ovaj oblik postojao *kada bi se delo vršilo prema sadašnjem ili bivšem bračnom ili vanbračnom partneru, osobi sa kojom je učinilac bio u emotivnoj vezi ili prema maloletnom licu*. Razlog za ovakvo inkriminisanje kvalifikovanog oblika jeste činjenica da su istraživanja pokazala da se ove radnje u praksi najčešće preduzimaju prema navedenim osobama, tj. da su najčešće žrtve proganjanja u Srbiji žene koje su sa izvršiocem bile ili jesu u bračnoj ili vanbračnoj vezi, ili su sa njim bile u emotivnoj vezi, ili maloletna lica.

Kao izvršilac ovog krivičnog dela se može javiti bilo koje lice, s tim što se kod kvalifikovanog oblika zahteva da to bude lice koje je sa pasivnim subjektom u određenom odnosu.

## 6. ZAKLJUČAK

U zemljama širom sveta proganjanje je već odavno prepoznato kao ozbiljan problem, što je za posledicu imalo inkriminisanje takvog načina ponašanja. Poslednjih godina se i u Srbiji ukazuje na ozbiljnost ove pojave, kao i na razmere koje ona poprima. Proganjanje obuhvata niz aktivnosti koje sve zajedno ozbiljno remete život žrtve. Može se desiti da svaka ta radnja pojedinačno ne predstavlja krivično delo, niti ozbiljno remeti život žrtve, ali sve one uzete zajedno daju takvom ponašanju jedan sasvim novi kvalitet, zbog čega ih je neophodno predvideti kao krivično delo. Naime, ovakvim načinom ponašanja se kod drugog narušava i ugrožava atmosfera sigurnosti i bezbednosti. Kako se samo proganjanje može vršiti na više načina, neophodno je prilikom inkriminacije voditi računa da ona i obuhvati sve te razne oblike ponašanja. Zato je ne samo izazov odrediti u čemu bi se sastojala radnja izvršenja ovog krivičnog dela, nego i pronaći efektiv-



nu krivičnu sankciju. U radu je dat predlog kako bi se proganjanje moglo inkriminisati u Krivičnom zakoniku Srbije. Akcenat je stavljen na sistematsko preduzimanje radnje izvršenja, jer je upravo činjenica da se radnja preduzima u više navrata i kroz duži vremenski period ono što čini suštinu ovog krivičnog dela, s obzirom na to da je samo takva radnja podobna da prouzrokuje posledicu koja se sastoji u strahu ili uznemirenosti. Dakle, prvi korak jeste prepoznavanje problema i priznavanje potrebe za njegovim krivičnopravnim regulisanjem. Drugi korak bi bio izmena postojećeg krivičnog zakonodavstva u smislu propisivanja krivičnog dela proganjanja u Krivičnom zakoniku Srbije.

Višnja M. Randelović, Assistant  
University of Kragujevac  
Faculty of Law Kragujevac  
visnjam86@hotmail.com

## **Stalking – the Term, Features and Proposals de Lege Ferenda**

**Abstract:** *In the paper author analyzes main features of stalking, which is recognized as a serious problem in many countries and provided as a criminal offense. There are presented comparative legal solutions of this criminal offense in the countries that have incriminated it first, as well as in neighboring countries. In recent years in Republic of Serbia it has been indicated to prevalence of the stalking, especially among the former partners, and considering that there is a need for such behavior to be incriminated. Also, Serbia's ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence assumed an obligation to prescribe stalking as criminal offense. This paper proposes the possible way of prescribing stalking with analysis of certain elements of the legal description.*

**Keywords:** *stalking, the term, features, comparative law, criminal offense*

Datum prijema rada: 13.01.2016.

# ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE



Attila Badó, Ph.D., Full Professor  
University of Szeged  
Faculty of Law and Political Sciences  
attila@badoat.hu

## EVALUATION DE LA SÉLECTION DES JUGES EN HONGRIE

**Abstract:** *Hungarian and foreign experts evaluated the measures of the justice reform put in place after the 2010 change of government as one being about a series of successive measures to politicize the judiciary from the creation of the new Basic Law to legislation regarding the judicial system. In this study it has been demonstrated that regarding the initial phase of judicial selection the gradual strengthening of meritocratic elements may be observed, which continued after 2010 as well. First and foremost, it may be traced in the more objective system of evaluating judicial applications. The possibilities for discretionary decisions of heads of administration have considerably been restricted in the selection of judges. At the same time, however, the competences of heads of administration entitled to appointment were broadened upon filling court management positions. During the appointment of administrative management (court presidents and vice presidents) that are able to influence sentencing indirectly, the role of single-handed decisions have become more preponderant while that of the judicial self-governing bodies have lost momentum. To what extent these changes strengthen the judges' compulsion of alignment can only be sensed in the long run and may only be assessed objectively within certain bounds.*

**Key words:** *justice reform, judicial selection, judicial applications, judicial independence, judicial appointment.*

C'est en 2011 que la justice hongroise s'est trouvée au centre de l'intérêt international. En effet, la presse hongroise et internationale débordent depuis, d'articles annonçant la mort de l'état de droit et la fin de l'indépendance des juges. Les modifications législatives portant sur la sélection, la nomination et la promotion des juges se trouvent au centre des critiques relatives aux réformes de la justice hongroise.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BADÓ, Attila, Izbor sudija – nepristrasnost i politika. Komparativna analiza. In: Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2014. str. 277-315. 277-278. str.

Pour une meilleure appréhension de la situation, il convient de passer au crible les processus réalisés depuis le changement de régime d'une façon plus approfondie que n'en font les journaux.

Le premier constat issu de l'examen de la sélection des juges hongrois peut être le fait que, à la manière des pays appartenant à la famille de droit germano-romain, la Hongrie maintient un régime de tribunaux de carrière. Cela se manifeste avant tout dans le fait que la base de recrutement de la sélection des juges est constituée depuis de longues décennies par des juristes faisant du métier de juge leur vocation et cherchant un emploi en tant que jeunes diplômés auprès des tribunaux, pour passer toutes les étapes menant à leur nomination future. Ensuite, une fois nommés juges, ils passent par tous les échelons de la hiérarchie juridique ou parallèlement occupent des postes de cadre administratif à différents niveaux, jusqu'à leur retraite. Les différents métiers juridiques sont très peu caractérisés par la mobilité, voire même, les candidats nommés juges sans avoir passé un stage au préalable auprès d'un tribunal, font l'exception. D'où l'importance, lors de l'étude du mécanisme de sélection, de mettre l'accent sur les modes et les critères suivant lesquels les juristes hongrois ont réussi à obtenir des nominations d'auditeur de justice ou de greffier, les deux postes constituant toujours le parcours incontournable à une nomination de juge. Pour voir la part occupée par le mérite, la politique ou le népotisme dans la pratique de sélection des juges hongrois, il convient d'étudier le processus de „reproduction” des juristes en Hongrie ces dernières décennies.

## 1. SÉLECTION ET CONTRE-SÉLECTION DANS LA FORMATION JURIDIQUE

La raison pour laquelle il est particulièrement important de mentionner les étudiants en droit et la formation assurée par les facultés de droit lors de la présentation du régime de sélection des juges, réside dans le fait que, contrairement à certains pays européens, la faculté de droit est la seule instance à assurer aux juristes une formation structurelle avant qu'ils ne rentrent dans le monde du travail. Munis de leur diplôme, les jeunes diplômés en droit cherchent majoritairement à accéder le plus vite possible soit à un tribunal, soit au parquet, soit à l'administration publique ou bien encore à un cabinet d'avocats, afin de pouvoir passer le grand concours général de droit à la suite d'un stage de trois ans, ce dernier étant le préalable de tout poste juridique classique (à savoir du juge, du procureur ou de l'avocat). L'examen de ce sujet s'impose d'autant plus que le nombre croissant des jeunes diplômés en droit, émis par les facultés de droit depuis le changement de régime en 1990, a fondamentalement modifié la situation des professions juridiques classiques.

Après la seconde guerre mondiale, suite à la prise de pouvoir par les communistes, la formation juridique hongroise fut marquée par un tournant particulier. A l'image d'autres domaines de la vie publique, l'Etat s'est efforcé d'imposer à la formation des cadres rigoureux de l'économie planifiée. Toute cette période était caractérisée par la volonté de l'Etat de limiter très strictement le nombre des diplômés universitaires. Parallèlement, les professions juridiques ont connu une perte de prestige, avec même l'interdiction provisoire de l'utilisation du titre de docteur en droit, pourtant traditionnellement lié à ces professions. Par ailleurs, disparition de l'économie privée a fortement diminué le besoin en juristes. Aussi, d'abord trois, mais plus tard quatre grandes villes ont obtenu le droit de maintenir des facultés de droit<sup>2</sup>, avec un nombre très limité d'étudiants en section du jour et en cours du soir. Les effectifs des promotions ne s'élevaient qu'aux alentours de cent personnes, même vers la fin des années 80. En raison du nombre très limité de candidats sélectionnés aux concours d'admission, les universités se sont vues contraintes de refuser de nombreux candidats chaque année, malgré la perte de prestige de la profession. Nonobstant les conclusions d'une étude sociologique menée dans les années 70 et soulignant que les professions juridiques ont perdu leur caractère „bourgeois”, en incitant ainsi les intellectuels à orienter leurs enfants vers les études de médecine<sup>3</sup>, les facultés de droit ne souffraient pourtant jamais de pénurie de candidats. Dans l'ère Kádár, la profession juridique regagne progressivement son prestige, même si cela ne concerne encore que la „caste” à un effectif strictement limité de la profession d'avocat, devenue un parcours possible vers la prospérité matérielle. Au début des années 90, suite à la libéralisation de la profession d'avocat et en conséquence de la multiplication des tâches d'avocat liées à l'expansion de l'économie du marché, les professions juridiques regagnent encore de l'intérêt. La société considère le métier d'avocat comme un moyen d'enrichissement rapide, tandis que les professions de procureur et de juge assurent une certaine sécurité d'existence à ses yeux. La nouvelle politique nationale d'éducation cherche aussi à s'adapter aux nouveaux besoins. Aussi, les différents gouvernements permettent-ils la fondation de nouvelles facultés de droit, ainsi que l'augmentation radicale du nombre d'étudiants admis dans la formation financée par l'Etat. Parallèlement, l'on constate la multiplication de formations juridiques par correspondance, dont les frais d'inscription à verser par les étudiants constituent des ressources financières considérables pour les facultés de droit. Ainsi la formation juridique s'élève au rang de la formation économique dans la hiérarchie des branches d'enseignement supérieur les plus recherchée. Selon les données du Bureau national des statistiques, le surnombre des candidats dépassant de plus de

---

<sup>2</sup> Budapest, Pécs, Szeged, Miskolc

<sup>3</sup> Situation sociale et carrière professionnelle des juristes. Rédigé par Léderer, Pál. Budapest, O.M. 1977. 40.



trois fois (3,34) les limites fixées deux ans avant le changement de régime de 1990, s'est encore élevé pour être de 4,48 fois supérieur aux limites en 1997, et ceci malgré une multiplication par trois du nombre de candidats pouvant être admis. En effet, face aux quelques milliers d'étudiants en droit, il s'agit maintenant d'un effectif d'une dizaine de milliers.

Certes, la première phase essentielle de la sélection des juges en Hongrie n'a pas été modifiée dans le fond depuis le changement de régime, mais concernant certains détails, elle a subi des corrections notables.<sup>4</sup> Effectivement, „l'auto-sélection” des candidats aux facultés de droit reste toujours la première étape de la sélection. Les conclusions de nos études en la matière témoignent du fait que le principal facteur de motivation des futurs étudiants réside dans la conviction que les professions juridiques sont rentables, fortement reconnues par la société et le diplôme est facilement convertible.<sup>5</sup> Certes, les différentes études menées dans d'autres pays, notamment aux Etats-Unis, affirment que les étudiants inscrits aux facultés de droit sont plutôt „d'un esprit rationnel”.<sup>6</sup> Cependant, en Hongrie le choix de la faculté de droit par les futurs étudiants n'est pas uniquement basé sur des aspects pragmatiques, mais il est fortement influencé par les particularités du système de concours d'admission aux facultés de droit. En effet, les matières d'examen, à savoir la littérature hongroise et l'histoire, orientent souvent vers les professions juridiques des étudiants qui s'y intéressent peu en réalité. C'était aussi la conclusion tirée d'une étude comparative germano-hongroise que nous avons menée en 1996. En effet, l'étude a démontré que, par rapport aux étudiants allemands, les étudiants hongrois témoignaient d'une attitude émotionnelle plus apparente et d'un intérêt plus sensible porté aux sciences humaines, dont la raison réside à notre avis dans cette forme particulière de sélection d'entrée à la faculté par rapport à la pratique générale européenne.<sup>7</sup>

Nul ne peut contester que les résultats des concours d'entrée, comme principaux critères de sélection, étaient longtemps complétés par des éléments de

<sup>4</sup> Voir en détail: Zsolt NAGY, *Evolution et actualités de l'enseignement juridique*, Pólay Elemér Alapítvány (Fondation Pólay Elemér), Szeged, 2013, p. 223.

<sup>5</sup> Helga FEITH, Attila BADÓ, *Etude sur les motivations des étudiants de droit hongrois*, Jogelméleti Szemle (Revue des doctrines juridiques), 2000. 4. (<http://www.extra.hu/jesz/index.html>)

<sup>6</sup> Attila BADÓ, Tamás NAGY, *Etude de l'attitude des étudiants de droit aux Etats-Unis*, Jogelméleti Szemle (Revue des doctrines juridiques), 2000. 4.

Susan Ann KAYm *Socializing the Future Elite: The Nonimpact of Law School*, Social Science Quarterly, 59. (1978) 347. p. ; Marilyn Shirley Nichols Fahey HEINS, Roger C. HENDERSON, *Law Students and Medical Students: A Comparison of Perceived Stress*, Journal of Legal Education, 33. (1983) 511. p. ; Paul D. CARRINGTON, P. C. JAMES, *The Alienation of Law Students*, Michigan Law Review, 75. (1977) 887. p.

<sup>7</sup> Attila BADÓ, Helga FEITH, *Etude comparative des motivations d'étudiants de droit allemands et hongrois: Manuscrit*, Szeged 2000.

favoritisme, les épreuves orales ayant donné libre cours au népotisme traditionnellement et fortement enraciné dans la société hongroise.<sup>8</sup> Il serait bien sûr difficile de déterminer les dimensions de ce phénomène, mais il faut absolument en reconnaître l'effet déformateur exercé sur le recrutement des étudiants. Dès la fin des années 90, après l'abrogation des épreuves orales aux concours d'entrée<sup>9</sup>, le clientélisme perd radicalement de son poids. A partir de ce moment, la sélection des candidats admis se poursuit aux examens universitaires. La formation de droit a pu résister aux réformes des années 2000, pour être sanctionnée d'une maîtrise de droit général au bout de dix semestres. Les facultés de droit hongroises ont également réussi à résister au processus de Bologne, qui assure une division de l'enseignement universitaire en plusieurs cycles. Bien que le système BA/MA comporte de nombreux avantages pour les étudiants, de peur de l'incertitude de financement et compte tenu des spécificités de la formation juridique hongroise, la structure traditionnelle d'une formation s'étalant sur cinq ans a été sauvée.

Le premier élément frappant de l'étude du cursus des facultés de droit peut être l'abondance des matières dites théoriques. Par opposition au concept anglo-saxon et de certains pays continentaux, celui de l'enseignement juridique hongrois vise la formation d'une élite juridique cultivée, polyvalente et sensible aux problèmes sociaux, capable d'assurer ses fonctions dans toutes les branches de la justice ou de l'administration publique. Cette conception se reflète même dans les méthodologies des matières spéciales, dans la mesure où l'étude des différentes branches juridiques ne se passe ni de l'introduction historique, ni d'une thèse initiale, et le temps consacré à la jurisprudence par les enseignants est relativement insignifiant. Les cours magistraux se focalisent sur les lois, et souvent les devoirs ne se limitent qu'au contrôle du niveau de connaissance des textes en vigueur, des théories présentées et de l'aperçu historique. Malgré les initiatives déjà lancées au 18<sup>e</sup> siècle pour chasser le „mot à mot” et les contrôles des connais-

---

<sup>8</sup> Avant le changement de régime, le caractère purement méritocratique des concours d'admission était déformé par un autre phénomène issu de la conception sociale du socialisme. En effet, durant le régime de parti unique, jusqu'à la dernière période du régime Kádár, une discrimination positive régnait sous une forme „spécifique du régime”, qui permettait que l'origine sociale du candidat soit prise en compte aux examens d'entrée. Notamment les candidats dits „d'origine ouvrière” étaient particulièrement favorisés aux concours d'admission, ce qui représentait pour le pouvoir un moyen de démontrer l'importance de la classification sociale dans l'enseignement. Evidemment, en raison du régime politique monolithique et des traditions hongroises, cette forme de discrimination positive n'a pas fonctionné sous une forme nette. Car les relations politiques ou personnelles d'un candidat l'emportaient souvent sur son origine sociale.

<sup>9</sup> Pendant longtemps, les épreuves d'admission étaient composées de deux parties, écrite et orale, dont les résultats furent complétés à partir des années 80 d'un bilan indiquant la performance du candidat dans son établissement d'enseignement secondaire ou encore d'autres facteurs peu importants du point de vue du résultat final. Les épreuves orales tant discutées ont été finalement supprimées par toutes les facultés de droit dans les années 90.

sances littérales<sup>10</sup>, cette forme de contrôle a été gardée par l'enseignement supérieur juridique hongrois, à l'opposé de la pratique allemande ou américaine.

Suite au changement de régime, après avoir subi une „purification” idéologique, la majorité des matières enseignées a été préservée et complétée par quelques nouvelles matières, elles-mêmes fixées généralement en fonction de l'intérêt des professeurs de la faculté en cause. Au foisonnement des matières dites théoriques s'ajoute encore le fait que les enseignants confrontent ordinairement les étudiants à des tests de mémoire, ce qui explique le fait que, contrairement à la pratique européenne générale, la capacité du candidat à mémoriser une énorme quantité de données devient le critère dominant de la sélection en Hongrie.<sup>11</sup> Ce mode de sélection est déformée d'une manière indéterminable par la tradition du népotisme. Car, à défaut d'examens oraux d'admission, ce phénomène enraciné très profondément dans la société hongroise continue à se manifester lors des examens ordinaires et de fin d'études, en fonction de l'attitude de l'enseignant.

Par la suite, ce sont les étudiants ainsi sélectionnés aux facultés de droit qui constitueront la base de recrutement des acteurs de la justice, le diplôme d'université juridique étant la condition indispensable d'accès à la profession de juge, dont la première échelle est la nomination en tant qu'auditeur de justice.<sup>12</sup>

## 2. LE PARCOURS TYPIQUE VERS LA NOMINATION D'UN JUGE EN HONGRIE

La première étape à franchir par un jeune juriste diplômé en Hongrie est celle d'obtenir une nomination en tant qu'auditeur de justice. Au bout de trois ans d'exercice en tant qu'auditeur de justice, l'aspirant doit passer le grand concours général de droit pour exercer la fonction de greffier du tribunal durant une année supplémentaire, à l'échéance de laquelle il ou elle pourra poser sa candidature à une nomination de juge, si l'occasion se présente<sup>13</sup>. Ce processus classique de l'accès à une fonction de juge permet aux jeunes diplômés, une préparation et un travail continus, tandis que la communauté des juges du tribunal en cause a également la possibilité de mieux connaître les capacités intellectuelles et d'adaptation du futur collègue.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Ferenc ECKHART, *Histoire de la faculté de droit de 1667 à 1935*, Edition PPT, Budapest, 1936, p. 177.

<sup>11</sup> Contrairement aux expériences hongroises, les études réalisées auprès d'universités françaises et plus encore allemandes montrent que les enseignants s'intéressent plutôt à l'aptitude de l'étudiant à résoudre des affaires juridiques concrètes, en appliquant les textes et des jugements précédents.

<sup>12</sup> Loi CLXII/2011 sur le statut et les salaires des juges (Bjt.) 4§ (1) c

<sup>13</sup> Vanda LAMM, Zoltán FLECK, *Encore dix ans de justice – Objectifs et résultats de la réforme de la justice*, <http://mta.hu/fileadmin/2008/11/17-igzasagszolg.pdf>

<sup>14</sup> Dr Laslo L. Heka: Pravosudni sistem Mađarske sa posebnim naglaskom na princip nezavisnosti sudija te njihova uporedba sa sudskim sistemima balkanskih i slovenskih država. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2015. str. 855–886.

Au delà de l'apprentissage et de la socialisation, cette période permet au candidat d'opter pour une branche juridique à l'avenir. En effet, les auditeurs sont mutés tous les deux ou trois mois aux différentes échelles de la hiérarchie du tribunal, en sections d'affaires diverses, afin d'approfondir leurs connaissances des différentes branches juridiques, tout en déchargeant les juges en assurant certaines de leurs tâches administratives. En outre, ils assument des missions autonomes en donnant des conseils juridiques gratuits aux citoyens les „jours de plainte”. Outre le travail susmentionné, les auditeurs de justice doivent se préparer régulièrement à des examens, comme à la faculté, et aussi participer à des cursus nationaux depuis 2006. En ce qui concerne les greffiers du tribunal, l'accent n'est plus mis sur une préparation continue, mais plutôt sur le travail autonome, car outre leurs fonctions indépendantes, ils disposent d'un droit de signature dans certains cas.

Les tribunaux en tant qu'institutions de formation jouissent d'une reconnaissance générale, aussi les jeunes diplômés sont-ils largement intéressés à y passer un stage de quelques années, même s'ils prévoient d'exercer plus tard une autre profession juridique que celle de juge. Depuis le changement de régime, le mode et la possibilité d'accès aux professions d'auditeur, de greffier et de juge étaient toujours déterminés par la proportion et le poids actuels de la part des mérites professionnels et du népotisme dans la sélection. La performance et la capacité d'adaptation, dont ont témoigné les aspirants durant leur stage en tant qu'auditeur et greffier, étaient considérés comme les critères fondamentaux de la sélection, auxquels s'ajoutaient d'autres facteurs, tels que la personnalité, le caractère influençable ou l'entregent du candidat. Le mode d'accès des juges nommés à des fonctions de responsable administratif nécessite une analyse à part, car dans ce dernier cas, outre les facteurs susmentionnés, les aspects politiques sont également énumérés parmi les critiques. Pour mieux comprendre cette pratique, l'analyse approfondie du contexte général des juges s'impose.

### 3. MÉLANGE D'ÉLÉMENTS MÉRITOCRATIQUES ET NÉPOTIQUES PARMI LES CRITÈRES DE SÉLECTION DES JUGES HONGROIS

L'activité et la fonction de juge ne nécessitent pas une étude approfondie, les différentes interprétations sociologiques<sup>15</sup> convergeant toutes dans la mesure où aucune d'entre elles ne met en doute que le but du travail d'un juge est de trancher les litiges introduits devant le tribunal. Le choix des litiges à introduire devant le tribunal peut être un sujet moins théorique. Tandis que durant le socialisme, les

---

<sup>15</sup> M. SHAPIRO *Courts : Comparative political analysis*. Chicago-London, 1981., T. BECKER, *Political Behavioralism and Modern Jurisprudence*, Chicago, 1964.

compétences des tribunaux étaient relativement restreintes, le changement de régime a fortement modifié l'image, dans la mesure où le défi actuel à relever par les tribunaux réside plutôt dans le fait que ceux-ci sont surchargés d'affaires qui pourraient pourtant être jugées par d'autres autorités.

Durant la dernière décennie du socialisme et juste après le changement de régime, la situation des juges était peu enviable, à l'instar des autres professions intellectuelles. En raison des salaires bas, les aspirants aux postes d'auditeur de justice étaient les jeunes diplômés dévoués à une activité juridique de haute qualité, dans un milieu plus ou moins „dépolitisé”. Il était pratiquement impossible d'adhérer à la caste fermée de l'ordre des avocats. Or, la carrière d'avocat était la seule des professions juridiques à offrir la promesse d'un avancement social, les avocats en effectif restreint ayant pu compter sur une clientèle relativement certaine. Néanmoins, la stabilité de la profession de juge par rapport à l'irrégularité de l'activité d'un avocat, ainsi que la confiance en une qualité professionnelle ont orienté beaucoup de jeunes juristes vers ce métier, notamment les femmes souhaitant concilier le défi professionnel avec la famille. D'autres fonctions „nationales” juridiques représentant le même attrait aux yeux des jeunes, les cas d'abandon de la profession de juge pour une fonction de cadre administratif, avec seulement une augmentation minimale du salaire, ne se faisaient pas rares. Par conséquent, la perte du prestige de la profession s'est poursuivie pendant l'ère socialiste, accompagnée d'une forte féminisation et d'une contre-sélection limitée dans le métier du juge. Cette contre-sélection n'a cependant pas abouti à une baisse en dessous du niveau critique de la qualité professionnelle. C'est avant tout grâce au caractère „élitiste” de la formation universitaire que les quelques centaines de jeunes juristes diplômés par an ont réussi à garantir un équilibre dans la qualité de l'ordre des juges. Ainsi, même la présence d'auditeurs munis d'un diplôme à mention peu favorable ne se manifestait pas forcément dans la qualité des jugements prononcés par le tribunal en cause. De plus, les tribunaux étaient notoirement les meilleurs endroits de l'appropriation du savoir-faire professionnel. Ainsi, nombreux étaient les jeunes diplômés souhaitant accomplir leur stage de trois ans avant le grand concours juridique général auprès des tribunaux, même si nombre d'entre eux prévoyait une carrière d'avocat par la suite. La libéralisation de la profession des avocats en 1991 et le système du concours général juridique ont largement supporté ce phénomène. Il en résulte qu'au début des années 90, pour un nombre important de juges à peine nommés ou déjà intégré sur le plan professionnel, les meilleures conditions financières d'un avocat et le prestige social y afférent constituaient un attrait plus fort que ceux de la profession de juge, avec pour corollaire de nombreux juristes abandonnant les tribunaux pour s'inscrire à l'ordre des avocats.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Voir p.ex: Statistiques de la fluctuation en 1995, en fonction de la pratique, de l'âge et du sexe des juges. *Revue des juges* (Bírák Lapja), 1996. 1-2. pp. 271-273

L'augmentation radicale des salaires des juges et procureurs par le premier gouvernement élu après le changement de régime (1990-94) a, certes, contribué à une amélioration notable de la situation, mais les salaires des juges n'étaient toujours pas comparables aux honoraires des avocats. Néanmoins, les tribunaux souffrant auparavant d'une pénurie d'effectifs se sont vus envahis d'un coup d'une masse croissante de jeunes juristes diplômés, qui s'attendaient maintenant à une sécurité matérielle aussi offerte par la profession de juge. Ce phénomène était palpable immédiatement, surtout dans les grandes villes universitaires disposant d'une faculté de droit (à savoir Pécs, Miskolc, Szeged), qui n'avaient pourtant pas souffert de pénurie d'effectifs. Par conséquent, les jeunes diplômés étaient contraints de lutter pour les postes d'auditeurs, mais cette fois les jeunes hommes ayant les meilleures qualifications y prenaient part également. Aussi, l'ordre des juges s'en est-il progressivement rempli, malgré les centaines de nouveaux postes de juges créés par le ministère de la justice. Ces postes furent occupés majoritairement par les jeunes juristes. La migration des juges masculins plus âgés, mais capables de changer se passait parallèlement à ce phénomène. Il était cependant notoire que la mention du diplôme ou les capacités intellectuelles des aspirants n'étaient pas les seuls critères de l'accès aux tribunaux. Pour pouvoir remplir un poste très prisé, au delà de certaines conditions minimales de qualité, le candidat avait intérêt à entretenir de bonnes relations indirectes ou directes avec les Président des tribunaux. Ce système d'admission était tellement bien connu par la communauté juridique qu'à défaut de ce genre de relations utiles, souvent les jeunes diplômés les mieux qualifiés n'ont même pas postulé à ces emplois vacants.

L'accroissement de l'intérêt de la jeune génération tourné vers le tribunal a permis, vers le tournant de 1997-98, la mise en valeur des plus hauts critères de qualité au moment de la sélection des auditeurs, des greffiers et plus tard aussi des juges. Nonobstant, l'exigence de la mise en valeur sans faille des critères méritocratiques lors de la sélection n'a été soutenue ni par les politiques, ni par l'administration des tribunaux.

Le statut et la rémunération des juges ont été réglementés par un texte comportant de nouveaux éléments considérables et issu de la réforme de la justice en 1997.<sup>17</sup> Le fait même qu'une loi à part entière soit rédigée pour réglementer le statut et les salaires des juges, matières juridiques auparavant régies par divers textes d'une valeur inférieure à la loi, contrairement aux exigences de l'époque, doit être considéré comme une percée sérieuse.

Cette loi était une avancée importante sous plusieurs aspects face aux textes précédents. Concernant la nécessité des modifications apportées par la nouvelle loi, le législateur a raisonné en soulignant que celles-là seraient aptes à assurer à long terme la stabilité de l'ordre des juges, ainsi que le respect absolu des exigences professionnelles et éthiques auxquelles les juges devront répondre.

<sup>17</sup> Loi LXVII/1997 sur le Statut et les salaires des juges (Bjt.)

Cependant, la mise en place du Conseil national de la Justice<sup>18</sup> laissait conclure au renforcement du népotisme au détriment des mérites réels. Sous l'administration précédente<sup>19</sup> régnait une indépendance notable des tribunaux face au pouvoir politique dans le domaine de la nomination des auditeurs, des greffiers et des juges, grâce au renforcement des Présidents de juridictions et des organes autonomes des juges. En coupant presque définitivement le cordon ombilical entre les tribunaux et le pouvoir exécutif, le gouvernement a donné en même temps le feu vert à la mise en place d'un système d'admission favorisant le clientélisme au préjudice d'un recrutement basé sur les mérites de l'aspirant. Le gouvernement a mis ainsi la charge de l'administration des tribunaux entre les mains des juges, sans contrebalancer par des textes explicites les modes traditionnels du népotisme dans le domaine de la sélection. Jusqu'à sa disparition en 2011, le Conseil national de la Justice a été constamment exposé aux critiques relatives à l'admission des auditeurs et à la nomination des greffiers et juges, qui n'ont pourtant pas reflété le mécontentement réel des juristes diplômés. Ce mécontentement s'est exprimé peut-être sous sa forme la plus éclatante dans le rapport de suivi rédigé par le Conseil européen avant l'adhésion de la Hongrie à l'UE<sup>20</sup>. Sous l'influence de celui-ci, le CNJ a fait des démarches pour réagir aux critiques, mais ces initiatives avortaient dans la pratique, souvent en raison de la résistance des membres eux-mêmes du CNJ. A titre d'exemple, pour l'admission des auditeurs, un concours spécial a été imposé, qui – curieusement – n'avait pas été appliqué précédemment dans tous les départements, et un système unique de concours pour auditeurs a été développé.<sup>21</sup> Cette initiative (accompagnée même d'une loi<sup>22</sup>) a ensuite été mise en œuvre curieusement de façon à permettre aux Présidents des tribunaux de ne pas prendre en compte le résultat du concours lors de l'admission d'un candidat. Ainsi, à la phase la plus importante de l'accès à la profession de juge, les Présidents de juridiction se sont réservés le droit de remplir un rôle central au moment de la sélection.

Malgré ses imperfections, ce système de concours, également opérationnel à l'heure actuelle, a tout de même été une étape majeure vers la sélection des juges sur une base fondamentalement méritocratique. En supprimant les „échappatoires” du régime d'admission réformé en particulier sous une pression extérieure, il serait possible de mettre en marche un système de critères objectifs au recrutement des juges.

L'analyse de la procédure appliquée à l'évaluation des candidatures des juges démontre que la méthode de nomination précédente, souvent très subjective, a été

---

<sup>18</sup> Ci-après CNJ (Országos Igazságszolgáltatási Tanács – OIT)

<sup>19</sup> Sur l'évolution de la gestion des tribunaux voir: Besenyei, Beáta: Enjeux de la législation liée à la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. <http://www.mabie.hu/node/1577>

<sup>20</sup> Monitoring report on Hungary's preparations for membership, 2003

<sup>21</sup> Règlement n°5/2007 portant sur les règles détaillées des concours d'auditeurs de justice

<sup>22</sup> Loi XXV/2007



remplacée par un système de sélection méritocratique et bien réglementé. Ce changement est dû aux amendements apportés en 2010 à la Loi LXVII/1997 sur le statut et les salaires des juges<sup>23</sup>, ainsi qu'à la loi CLXII/2011 portant sur le statut des juges. Les éléments fondamentaux de cette dernière ont été précisés par le décret 7/2011 (4. III.) KIM (Ministère de l'Administration publique et de la Justice) et la recommandation 1/2012.(15.X.) du Conseil National des Juges (OBT), et consistent en une évaluation des candidats aux postes de juge sur la base de critères objectifs prédéfinis. Dans un système de notation sont évalués entre autres la durée du stage d'insertion juridique, les résultats des évaluations intermédiaires de ce stage d'auditeur et de greffier, le résultat du concours général, les éventuels diplômes supplémentaires ou brevets spéciaux relatifs aux compétences requises et les examens de langue. Les résultats scientifiques, comprenant l'acquisition du doctorat et les publications scientifiques, valent également des points supplémentaires. Les activités d'enseignement et la participation à la préparation de textes juridiques ou à la rédaction d'avis sur ceux-ci sont également évaluées. L'élément le plus subjectif de ce système d'évaluation est l'audition même du candidat, à l'issue de laquelle le jury, composé de juges, peut faire valoir dans certaines mesures des aspects individuels pour influencer l'ordre final des aspirants. Cet ordre peut encore être soumis à des modifications d'abord par les Présidents de juridiction et finalement par le président de l'Office national des juridictions (ONJ)<sup>24</sup>, qui peuvent choisir parmi les trois premiers candidats, tout en étant obligés de motiver leur choix. (Les actes de l'ONJ relèvent de la compétence de l'instance supérieure de décision, à savoir le président de la Cour suprême<sup>25</sup>).

Il n'existe pas de système d'évaluation, suffisamment impartial et respectant l'égalité des chances, qui soit apte à recevoir un consentement général. A titre d'exemple, la pertinence de la prise en considération des résultats scientifiques lors de l'évaluation peut être mise en doute. Cependant, vu du côté des candidats, la qualité majeure d'un tel système réside en sa persistance et sa prévisibilité. S'il existait un système où les candidatures des juges seraient évaluées en fonction de la capacité des candidats à soulever le plus de charge par rapport à leurs propres poids, l'on pourrait affirmer que c'est un système moins discriminant que les mécanismes de sélection permettant le népotisme, voire la prise en compte d'aspects politiques. Ce type de concours permet aux candidats de s'y préparer. (D'une manière plus obscure, mais il est aussi possible de se préparer à un système purement clientéliste, à la différence près que ceci ne contribue en aucun cas à l'efficacité ou à la qualité du travail du juge.) Les expériences montrent que les candidats aux fonctions de juge sont entrés dans une compétition poussée et que leur volonté

<sup>23</sup> Loi CLXXXIII/2010, § 54 (2), en vigueur dès le 1<sup>er</sup> mars 2011

<sup>24</sup> ONJ = OBH, Országos Bírószági Hivatal

<sup>25</sup> Loi CLXII/2011, § 19, amendée par la loi CXI/2012, §16 (2) En vigueur depuis le 17 juillet 2012

d'obtenir la meilleure notation possible les incite non seulement à améliorer la qualité professionnelle de leur travail, mais également à apprendre des langues étrangères ou à exercer une activité scientifique<sup>26</sup>. Il est évident que, dans un régime de tribunaux de carrière, l'introduction de ce système doit être considérée comme un grand pas en avant, en particulier dans la mesure où, au-delà ou souvent au lieu des critères qualitatifs, la sélection traditionnelle en Hongrie mettait l'accent sur la capacité d'adaptation, la conformité ou le poids des bonnes relations utiles du candidat.

#### 4. RAPPORT ENTRE LA SÉLECTION DES JUGES ET LA POLITIQUE. ACCUSATIONS ET RISQUES.

Depuis le changement de régime jusqu'à maintenant, la sélection des juges hongrois était basée sur des mérites et des bonnes relations du candidat, tandis que les aspects politiques ne pouvaient jouer un rôle important que sporadiquement, à la nomination des chefs de l'administration judiciaire suprême en particulier.<sup>27</sup> Ce type d'influence a pu être exercé souvent de façon très visible tout au long de la période de gestion ministérielle (jusqu'en 1997)<sup>28</sup>, alors que sous l'exercice du Conseil national de la Justice (de 1997 à 2011), il n'a pu être appliqué que sous le contrôle rigoureux des chefs administratifs des tribunaux.

Le pouvoir politique ayant obtenu une majorité à 2/3 des suffrages en 2010 a apporté des modifications à l'administration centrale de la justice en 2011<sup>29</sup>. Cette démarche a été considérée par les adversaires politiques et différentes organisations internationales comme une tentative de concentration des pouvoirs mettant réellement en péril l'indépendance des juges. Les critiques ont visé en particulier la pratique de la nomination des juges et notamment des chefs administratifs des tribunaux. À travers ces arguments, c'étaient avant tout la longue durée inhabituelle de la nomination du président de l'ONJ et le mode de désignation des présidents de juridictions qui ont été blâmés. Dans ce dernier cas, ce sont les compétences du président de l'Office National des Juridictions qui ont alimenté la crainte selon laquelle l'objectif réel de la réforme consistait en la mise en place d'une communauté de Présidents de juridiction fidèles au gouvernement.

---

<sup>26</sup> Mátyás BENCZE, *Evaluation de la transformation des tribunaux*, MTA Law Working Papers 2014/41, [http://jog.tk.mta.hu/uploads/files/mtalwp/2014\\_41\\_Bencze.pdf](http://jog.tk.mta.hu/uploads/files/mtalwp/2014_41_Bencze.pdf)

<sup>27</sup> La condition de représentativité du corps des juges spécialisés ou des assesseurs n'a pas encore été la cible de critiques. Sans analyse approfondie nous pensons que ceci est dû avant tout à la majorité féminine de la magistrature assise, ainsi qu'au nombre insignifiant des immigrés et au manque de pouvoir de la communauté Rom pourtant importante en effectifs.

<sup>28</sup> Telle était la pratique de nomination des présidents départementaux des tribunaux mise en œuvre par István Balsai entre 1990 et 1994.

<sup>29</sup> Loi CLXI/2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux

Selon les adversaires de la réforme, si la décision portant sur la désignation des Présidents de juridiction relevait de la compétence d'un président fidèle au chef du gouvernement et élu par les partis possédant les 2/3 des voix au Parlement, une stratégie de Présidents de juridiction attachée au gouvernement ou à des partis politiques concrets et menaçant l'indépendance des juges serait mise en place, et pourrait employer maints moyens pour influencer les jugements. Ceci serait possible en dépit de la disposition de la Loi fondamentale de séparer les organisations juridictionnelles des autres pouvoirs.

Cette crainte a déjà été semée par la mise en retraite anticipée des juges, annoncée en 2011.<sup>30</sup> L'argument par lequel le pouvoir politique a souhaité soutenir la disposition baissant l'âge de la retraite des juges de 70 à 62 ans (à savoir le fait que cela permettrait plus facilement aux jeunes juristes de trouver un emploi) n'a même pas été pris au sérieux par les fidèles du gouvernement. Il était en effet plus facile d'accepter l'hypothèse officieuse et non soutenue par des faits, selon laquelle les juges de la génération concernée par cette retraite anticipée seraient plutôt engagés aux partis de la gauche, d'où la nécessité de les écarter. Cette explication paraissait logique, compte tenu de la théorie du changement de régime manqué et de la rhétorique révolutionnaire du gouvernement. A la grande surprise générale, la Cour constitutionnelle (ci-après la CC), accusée par l'opposition d'une loyauté exagérée envers le gouvernement, a également déclaré cette démarche anticonstitutionnelle<sup>31</sup>, bien que ce jugement ait à peine obtenu la majorité des voix, uniquement avec la voix du président de la CC. Le gouvernement a manifestement refusé de prendre au sérieux la décision de la CC, ce qui a nécessité enfin l'intervention de la Cour de justice de l'UE pour qu'un nouveau texte, acceptable pour la Commission européenne, soit rédigé. C'est en novembre 2012 que la Cour de justice de l'Union européenne a prononcé son jugement selon lequel la baisse obligatoire de l'âge de la retraite des juges hongrois de 70 à 62 ans constitue une distinction non justifiable, basée sur l'âge, donc porte préjudice au principe européen d'interdiction des discriminations. Cet arrêt de la Cour de l'Union européenne a incité l'Assemblée hongroise à voter une nouvelle loi, en vertu de laquelle, suite à une période transitoire, l'âge de la retraite des juges et procureurs hongrois baissera à 65 ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, pendant que l'âge général de la retraite s'élèvera également à 65 ans.<sup>32</sup>

La mise à la retraite obligatoire des juges n'a représenté qu'un succès partiel pour le gouvernement. Cependant, dans la mesure où l'objectif réel n'aurait résidé qu'en un simple changement rapide des Présidents de juridiction, la réussite est bien plus sérieuse. La Commission européenne et le gouvernement hongrois sont

<sup>30</sup> Loi CLXII/2011, § 90

<sup>31</sup> 33/2012 (le 17 juillet) Décret de la Cour constitutionnelle

<sup>32</sup> Attila VINCZE, *La Cour de justice de l'Union européenne sur la retraite des juges*, JEMA 2012/4. pp. 65-73

entrés en débat sur le jugement de la Cour de justice. Tandis que dans l'interprétation de la Commission, tous les juges écartés devraient être automatiquement remis dans leurs fonctions originales, le gouvernement a présenté plusieurs options aux juges (à titre d'exemple le juge devra solliciter sa remise en fonction et celle-ci ne sera pas forcément la même), et ne s'est pas montré prêt à déplacer les juges qu'il avait nommés aux fonctions en cause. Ainsi, seule une minorité des juges déplacés a réussi à reprendre sa fonction initiale, pendant que la nomination aux nouvelles positions relevait maintenant de la compétence des nouveaux chefs administratifs.

Or, l'élément le plus délicat et le plus sérieusement critiqué de la réforme judiciaire réalisée en 2011 était justement le fait que la loi sur l'organisation des tribunaux<sup>33</sup> a investi le président de l'ONJ, responsable de l'administration centrale des juridictions, d'un pouvoir de nomination<sup>34</sup> unipersonnel qui n'avait été détenu auparavant que par le CNJ, composé de quinze membres, des juges en majorité. En effet, en vertu de cette nouvelle loi, le président de l'ONJ se réserve le droit de décider seul de la nomination des Présidents de juridiction, constituant eux-mêmes l'axe central de la justice, alors que le Conseil National des Juges, pourtant censé exercer un contrôle sur le président et son office, ne possède qu'un droit d'avis en la matière. Il s'en suit qu'il relève ainsi de la compétence du président de l'ONJ – nommé à 9 ans par la seule volonté du parti du gouvernement possédant des pouvoirs quasi illimités dans la législation – de nommer entre autre les présidents et vice-présidents des cours d'appel régionales et des tribunaux, ainsi que les chefs de collège responsables de l'administration professionnelle de ces derniers.

Cette démarche a potentiellement permis la création d'une partiede Présidents de juridiction fidèle au responsable administratif suprême et au gouvernement désignant ce dernier. Ceci peut soulever des problèmes en Hongrie pour la simple raison que les responsables administratifs disposent d'un nombre considérable de moyens leur permettant d'influencer les jugements, dont en particulier la régulation ou plus encore le manque de réglementation de la distribution des dossiers. En effet, sans la mise en oeuvre d'un dispositif automatique de distribution des dossiers au sein des tribunaux, la possibilité de distribuer les affaires politiquement sensibles aux juges „convenables” persiste. Outre cette question relative au droit au juge naturel, mais interne aux tribunaux, la réforme a créé la possibilité de transférer les dossiers entre les tribunaux, ce qui est un sujet primordial du point de vue politique. L'opposition politique a en effet supposé que le gouvernement avait dissimulé son intention réelle concernant cet élément clé de la réforme juridique de 2011, qui a revêtu le président de l'ONJ de la compétence de transférer un dossier d'un tribunal à un autre. En vertu de la loi CLXI/2011 portant sur l'organisation et l'administration

---

<sup>33</sup> Loi CLXI/2011 (Bsz.)

<sup>34</sup> Bsz. 76. § (5)

des tribunaux<sup>35</sup>, le président de l'Office National des Juridictions est en droit de désigner, au jugement d'une affaire concrète, une autre juridiction à compétences identiques avec celles du tribunal saisi à l'origine. La seule condition imposée par la loi pour l'application de cette opportunité exemplaire est qu'elle doit être sollicitée par le président du tribunal initialement saisi, invoquant la surcharge exceptionnelle de celui-ci. Compte tenu du fait que rien qu'en 2012, le président de l'ONJ a ordonné le transfert de 42 dossiers, parmi lesquels des affaires pénales préoccupant et partageant souvent aussi bien les médias que l'opinion publique, et impliquant les hommes politiques de l'opposition<sup>36</sup>, cette dernière a vu sa crainte se réaliser en la matière. Sous l'effet des critiques formulées par différentes organisations internationales, l'amendement entré en vigueur le 17 juillet 2012 a apporté des modifications à la pratique du transfert des dossiers, dont la plus importante consiste en la possibilité de faire appel à la Cour suprême contre la décision. (Par son décret n° 36/2013. (XII. 5.) AB, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur cette question et a constaté ultérieurement que plusieurs paragraphes étaient anticonstitutionnels.)

Les fonctions de responsables administratifs ne pourront toujours être remplies que par des juges, ce qui peut constituer une entrave majeure aux nominations régies par des intérêts politiques. A l'opposé des désignations aux fonctions ministérielles, les intérêts du pouvoir politique ne pourront pas dominer dans les nominations et ne seront mis en valeur que d'une façon indirecte. Néanmoins, les cadres du régime auto-administratif des juges n'excluent pas la possibilité de la mise en oeuvre d'une pratique de nomination attachée à un parti ou au pouvoir politique ou à une idéologie.

Les tribunaux hongrois connaissent une fonction responsable distinguée du point de vue des jugements. Le président du conseil des juges, composé de plusieurs assesseurs spécialisés, est traditionnellement élu parmi les juges les plus expérimentés. En vertu des lois en vigueur, le droit de nomination est détenu par les présidents des conseils (à savoir présidents des tribunaux, des Cours d'appel régionales et de la Cour suprême). Par opposition aux responsables administratifs des juridictions, les présidents des conseils sont nommés pour une durée indéterminée.<sup>37</sup> Cette distinction n'est pas le fruit du hasard, car la manière dont cette fonction est remplie est étroitement liée au sujet de l'indépendance des juges. En réalité, au moment où le président du conseil doit songer à sa réélection, ses jugements pourront s'en ressentir, ce qui peut semer une sorte de contrainte d'alignement aux yeux d'un certain nombre de juges. Une nomination reconductible de temps à autre peut facilement contribuer au renforcement du conformisme.

<sup>35</sup> 62§, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012

<sup>36</sup> Parmi lesquelles notamment l'affaire de corruption la plus reprise pas les médias, qui a eu une influence directe sur les élections de 2010 et dans laquelle était impliqué l'adjoint au maire de Budapest.

<sup>37</sup> Bszi. § 127 (2)

La proposition d'amendement de texte formulée par l'ONJ <sup>38</sup>, en vertu de laquelle les présidents des conseils auraient été nommés pour une durée déterminée, a valu des réactions violentes de la part des experts et de l'opposition politique, dans la phase préparatoire même de la proposition. Tandis que les arguments du président de l'ONJ soulignaient avant tout l'efficacité et la nécessité de contrôle à mettre en place, les adversaires affirmaient que l'objectif réel consiste en la destruction de la dernière forteresse de l'indépendance des juges. Un membre juriste de l'opposition a clairement déclaré: „C'est uniquement grâce à la fermeté de l'opposition, ou plus encore des institutions internationales, ainsi qu'à la persévérance des juges que les tribunaux sont peut-être les seules institutions qui ont réussi à s'échapper de la volonté du gouvernement de tout „démanteler” ces quatre dernières années. Comme ils (les hommes politiques au pouvoir) n'ont pas encore abandonné leurs projets y afférents, il nous faut nous opposer très fermement à cette proposition.”<sup>39</sup>

C'est ainsi que la contrôlabilité et l'indépendance des juges, pourtant deux notions paraissant incompatibles, sont interprétées d'une façon singulière dans le contexte politique hongrois. Sans connaissance des coulisses de la politique du gouvernement, il serait difficile de prouver d'une manière exacte le fondement réel des hypothèses craignant l'introduction par petites étapes d'un régime limitant l'indépendance des juges. Les différentes déclarations provenant d'organisations et d'experts hongrois et étrangers doivent aussi se borner à souligner la menace que les nouveaux textes comportent.

## CONCLUSIONS

Les systèmes juridiques modernes sont très variés sur le plan de la sélection des juges.<sup>40</sup> En cas de sélection indirecte des juges, les différents éléments tels que le mérite, le népotisme et la politique entrent en concurrence au moment du recrutement, complétés dans certains régimes juridiques par les aspects de la représentativité. L'automatisme, autrement dit un système de promotion basé sur l'âge, pourrait encore constituer une solution autonome, capable de restreindre ou de compléter les inconvénients des critères mentionnés.

---

<sup>38</sup> Procès verbal de la séance du 9 septembre 2014 du Conseil National des Juges

<sup>39</sup> Károly Lencsés, *Le concours des présidents des conseils, susceptible d'être examiné de près par Strasbourg*, Interview du quotidien Népszabadság avec Gergely Bárándy. <http://nol.hu/belfold/strasbourg-gyanus-a-tanacselnokok-palyaztatasa-1483247>

<sup>40</sup> Attila Badó, *Fair selection of Judges in a Modern Democracy*, In: Attila Badó (ed) *Fair Trial and Judicial Independence. Hungarian Perspectives*. Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013: 248.; Badó, Attila, *Izbor sudija, Nepristrasnost i politika. Komparativna analiza*. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. Novi Sad, 2014. pp. 277-315. 277-278. p.; László Heka

Depuis le changement de régime de 1990, la sélection des juges en Hongrie est fondamentalement déterminée en même temps par les mérites et les bonnes relations de l'aspirant, avec en plus des aspects politiques qui viennent brouiller l'image indirectement et d'une manière variable, mais relativement insignifiante. Les réformes judiciaires nées du changement de gouvernement de 2010, en partant de la nouvelle constitution jusqu'aux lois relatives à la justice, ont été interprétées par une multitude d'experts hongrois et étrangers comme une série de dispositions superposées, visant à rendre le corps des juges politiquement dépendant. La présente étude s'est proposée de souligner que la première étape de la sélection des juges a été caractérisée, même après 2010, par le renforcement des éléments méritocratiques. Ceci se manifeste en particulier dans l'objectivité accrue du système d'évaluation des candidatures des juges. Le pouvoir discrétionnaire des responsables administratifs en matière de sélection des juges a été considérablement limité. En même temps, les attributions des responsables administratifs compétents pour nommer les juges aux fonctions de Présidents de tribunal se sont multipliées. Sur le plan de la nomination de certains responsables administratifs ayant une influence indirecte sur les jugements (à savoir présidents et vice-présidents des tribunaux), le poids des décisions unipersonnelles s'est accru, tandis que le rôle des corps autonomes des juges s'en est vu diminué. Ce n'est qu'à plus long terme qu'il sera possible de voir et d'évaluer objectivement, dans certaines limites, l'influence que ces changements exerceront sur la contrainte d'alignement des juges.



*Dr Attila Bado, redovni profesor  
Univerzitet u Segedinu  
Pravni fakultet u Segedinu  
attila@badoat.hu*

## **Ocena selekcije sudija u Mađarskoj**

**Sažetak:** *Mnogi mađarski i inostrani eksperti su ocenili da su mere preduzete u sklopu reforme pravosuđa koja je usledila posle promene vlasti 2010. godine u mnogim segmentima – od usvajanja novog Osnovnog zakona do zakona kojima se reguliše pravosuđe – usmerene na politizaciju zbora sudija. U ovom radu prikazujemo kako se u vezi početne faze selekcije sudija može govoriti o postepenom jačanju meritokratskih elemenata što se nastavilo i nakon 2010. godine. Ovo je pre svega uočljivo u objektivnijem sistemu vrednovanja sudijskih konkursa. Znatno su ograničene mogućnosti administrativnih rukovodilaca da svojim diskrecionalnim odlukama utiču na izbor sudija. Ali su paralelno sa time istodobno proširena ovlašćenja administrativnih rukovodilaca pri izboru vodećih sudijskih funkcionera. Vidljivo je da je pri imenovanju administrativnih rukovodilaca (predsednika sudova i njihovih zamenika) koji mogu direktno da utiču na sudovanje, povećana uloga individualnog odlučivanja, dok je rapidno smanjena uloga sudijskih autonomnih tela. Objektivna procena ovih promena, dakle u kolikoj meri se njima jača pritisak na sudije moći će se dati tek nakon proteka jednog dužeg perioda i uz izvesna ograničenja.*

**Ključne reči:** *reforma pravosuđa, selekcija sudija, sudijski konkursi, nezavisnost sudija, imenovanje sudija.*

Datum prijema rada: 15.01.2016.

*Dr Maćaš Bence, vanredni profesor  
Univerzitet u Debrecinu  
Pravni fakultet  
bencze.matyas@law.unideb.hu*

## NEKOLIKO OSNOVNIH POUKA REFORME SUDSTVA U MAĐARSKOJ

**Sažetak:** *U ovome radu se bavimo vrednovanjem mađarskog pravosudnog sistema. U vezi toga valja istaknuti da su efikasnost i kvalitetno suđenje dva važna momenta koji najbolje oslikavaju stanje sudskog sistema, dok je korišćenje metoda podesnog za internacionalno upoređivanje samo delimično moguće zato što postoje odstupanja kod pojedinih nacionalnih pravosudnih sistema. Javno objavljeni podaci o stanju sudstva u nekim segmentima prikazuju gotovo idealni sistem te bez poznavanja dodatnih informacija nude sliku o izuzetno efikasnom pravosuđu.*

*Sadašnji način ocenjivanja kvaliteta rada sudstva u Evropskoj uniji prvenstveno podstiče rukovodstvo sudova država članica da u interesu ostvarivanja dobrog rezultata poboljšaju površinske pokazatelje, što je mnogo jednostavnije, nego li da se ostvari pravi cilj, naime, da se sudski predmeti temeljno pretresu i presude unutar razumnih rokova. Sva napred navedena mađarska iskustva mogu da budu dragocena za Srbiju i za druge države koje čekaju na članstvo u Evropskoj uniji.*

**Ključne reči:** *sudstvo u tranziciji, selekcija sudija, uloga i zadaci sudova, efikasnost sudskog sistema, opterećenje sudija, analiza i ocena rada sudija*

### TEŠKOĆE U OCENJIVANJU KVALITETA I EFIKASNOSTI SUĐENJA U EVROPI U OGLEDALU MAĐARSKOG PRAVOSUDNOG SISTEMA

U našem radu na osnovu empiričkog metoda dajemo vrednosni sud o nivou mađarskog pravosuđa. U Mađarskoj su od tranzicije koja je nastupila 1990-ih godina sprovedene dve značajne reforme pravosuđa i to obe sa ciljem da se poboljša kvalitet i efikasnost pravosudnog sistema.<sup>1</sup> Reforma iz 1997. godine, kojom je

---

<sup>1</sup> Vidi npr. Attila Badó: Izbor sudija – nepristrasnost i politika – komparativna analiza, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, 1/2014, 277-315; Attila Badó, Carine Guemar: Le dispositif de distribution automatique des dossiers: une garantie moder-

temeljno promenjen sistem hijerarhije u sudstvu, upravljanje sudovima i procesnopravni okviri suđenja, odvijala se još u fazi pripremanja za priključivanje Evropskoj uniji, pa je nameravala da poboljša kvalitet pravosuđa preuzimanjem isključivo evropskih modela. U tom znaku je osnovano jedno centralno upravljačko telo sastavljeno većinom od sudija (Državni savet za pravosuđe, skraćeno DSP), koje je do 2011. godine igralo centralnu ulogu u postupku razvoja kvaliteta pravosuđa. Vlada Viktora Orbána koja je vlast preuzela 2010. godine, tada već kao vlada države članice Evropske unije, sprovela je novu reformu koja je izazvala žestoku kritiku međunarodnih organizacija i institucija Evropske unije. Zakonodavac je tom prilikom uvođenje pojedinih elemenata reforme koji su izazvali proteste zbog bojazni od ugrožavanja nezavisnosti sudija, obrazložio time da se u prvi plana stavljaju oni aspekti kojima se poboljšava kvalitet i efikasnost suđenja.

Ocenjivanje kvaliteta i efikasnosti suđenja te njihovo upoređivanje sa sistemima drugih država predstavljaju veoma težak zadatak, delom i zbog toga što su pravosudni sistemi u pojedinim pravnim sistemima međusobno različiti. Uprkos metodološkim teškoćama, ipak ćemo pokušati dati pregledan uvid u stanje mađarskog pravosuđa, a sem toga ga i uporediti sa stanjem pravosuđa u drugim državama Evropske unije, naravno, tamo gde je to moguće.

Glavni cilj sudskog sistema jest donošenje konačne odluke radi rešavanja nastalih sporova i izricanje kazni učinioциma protivpravnih radnji. Od demokratske pravne države se očekuje da funkcioniše tako da sudovi ovaj cilj obavljaju na visokom stručnom nivou, ali da istovremeno budu i efikasni.<sup>2</sup> Napred navedeni kriterijum ne sadrži u sebi samo kompetentno i objektivno delovanje, nego i dobro promišljenu primenu prava koja ozbiljno uzima u obzir pravna načela i građanska prava. Pod ovim potonjim podrazumevamo odvijanje sudskog postupka unutar razumnog roka i suđenje koje pojedine sudske sporove meritorno okončava i po mogućnosti sa sobom povlači vrlo malo negativnih posledica.

U mađarskoj i u internacionalnoj stručnoj literaturi se prilikom ocenjivanja sudskih sistema naglasak stavlja na organizacione, upravljačke i ustavnopravne aspekte,<sup>3</sup> a isti takav pristup se očitava i u komparativnim istraživanjima sprovede-

---

ne de l'indépendance des juges. In: *Revue internationale de droit comparé* 2015. 67:(2) pp. 567-589.; Uporedi: Laslo L. Heka: Pravosudni sistem Mađarske sa posebnim naglaskom na princip nezavisnosti sudija te njihova uporedba sa sudskim sistemima balkanskih i slovenskih država, *Zbornik radova PFNS* 2/2015, 855-886.

<sup>2</sup> Ovaj je cilj formulisala i strategija Državne sudske kancelarije (Országos Bíróági Hivatal, skraćeno: OBH) koja obavlja poslove upravljanja sudovima. Vidi: Az Országos Bíróági Hivatal elnökeinek beszámolója. 2012. I. félév. <http://birosag.hu/obh/strategia>.

<sup>3</sup> O važnijim evropskim inicijativama vidi: <http://www.ias-iisa.org/egpa/groups/permanent-study-groups/psg-xviii-justice-and-court-administration/> és <http://www.iacajournal.org/index.php/ijca>. Knjige i naučni radovi: Philip Langbroek: *Quality Management in Courts and in the Judicial Organisations in 8 Council Of Europe Member States*, Council of Europe Publishing CEPEJ studies, Strasbourg, 2011; Marco Fabri, Philip Langbroek (eds.): *The Challenge of Change*

denim od strane različitih međunarodnih organizacija.<sup>4</sup> Iako se i ovakva nastojanja fokusiraju na važne parametre, ipak smo mišljenja da nema potrebe da se u ovom radu bavimo prezentacijom podataka koji se tiču unutrašnje organizacije i broja sudskih sporova. Mi prevashodno pratimo smer koji je zacrtao Džon Grifit (*John Griffith*) u svojoj knjizi pod naslovom „*The Politics of the Judiciary*”<sup>5</sup>, koja se danas već smatra klasikom. U tom delu je empirijske podatke koji se odnose na zbor sudija i na sudski sistem doveo u vezu sa smerom kretanja pravne prakse i sa ispunjavanjem društvene funkcije sudova.

U ovome radu nije moguće prikazati celokupni mađarski sudski sistem i ukazati na sve probleme,<sup>6</sup> pa se zato i predstavljanje osnovnih podataka vrši grupisanjem oko ova dva pitanja te u odnosu na njih. Procenjujemo da efikasnost i kvalitetno sudovanje, koji su kao ciljevi naglašeni i u zvaničnoj strategiji DSP-a, predstavljaju ona dva čvorišta koja najbolje oslikavaju trenutno stanje mađarskog sudskog sistema.<sup>7</sup>

Garancija kvalitativnog nivoa sudskih presuda i efikasnosti suđenja može se sa jedne strane tražiti u strukturalnim uslovima, a sa druge strane u karakteristikama sudija. Strukturalnim uslovima možemo smatrati pravne propise (pravna pravila koja se odnose na sudski postupak, na ustavnopravni položaj sudova, na organizaciju sudova, na opseg i podelu upravljačkih i kontrolnih prava) i radne uslove (na primer osnaženu institucionalnu praksu, radno opterećenje, ličnu i predmetnu infrastrukturu, budžet). Lični uslovi se baziraju na klasičnim sudskim kvalitetima kao što su stručna osposobljenost, iskustvo, mudrost, nepristrasnost, objektivnost i poštenje. Da bismo dobili realnu sliku o organizaciji i funkcionisanju

---

for Judicial Systems: *Developing a Public Administration Perspective*, IOS Press, Amsterdam, 2000; Gar Yein Ng: *Quality of Judicial Organisation and Checks and balances*, Intersentia, Antwerp, 2007. U mađarskoj stručnoj literaturi ovaj pravac zastupa: Fleck, Zoltán (ured.): *Bírószágok mérlegen* I-II., Pallas Páholy, Budapest, 2008; Hack, Péter, Majtényi, László, Szoboszlai, Judit: *Bírói függetlenség, számonkérhetőség, igazságszolgáltatási reformok*, Eötvös Károly Intézet, Budapest, 2009.

[http://www.ekint.org/ekint\\_files/File/tanulmanyok/biroi\\_fuggetlenseg.pdf](http://www.ekint.org/ekint_files/File/tanulmanyok/biroi_fuggetlenseg.pdf)

<sup>4</sup> U Evropi su dva najpoznatija projekta: „The European Commission for the Efficiency of Justice” (CEPEJ) i „EU Justice Scoreboard”. Vidi: [http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default\\_en.asp](http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp) i [http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm)

<sup>5</sup> J. A. G. Griffith: *The politics of the Judiciary*. Fontana Press, London, 1997.

<sup>6</sup> Zbornik naveden u fusnoti br. 4. koji je izdat pod uredništvom Zoltána Flecka, u dva toma na ukupno 750 stranica analizira i daje vrednosnu ocenu o sistemu organizovanja i funkcionisanja mađarskog sudstva.

<sup>7</sup> U ovome radu se zbog prostornog ograničenja ne bavimo ovim pitanjem, kao ni brojnim drugim inače važnim područjima. Među njih spada situacija u vezi laičkog sudovanja, jedinstveni položaj Glavnogradskog suda te problemi koji iz toga proizlaze, kao i odnosi između suda i javnosti. Iako su ova pitanja aktuelna i iz praktičkih razloga relevantna, ipak mislimo da bi se njihovim uključivanjem u ovaj rad postiglo jedino toliko da se dopuni ukupna slika stvorena na osnovu analize napred navedena dva kruga problema.

nju sudskog sistema, potrebno je da prilikom sprovođenja ispitivanja uzmemo u obzir obe strane.

Unutar celine sudske organizacije prevashodno treba da ocenimo kvalitet funkcionisanja lokalnih sudova (opštinskih sudova), budući da se naučna istraživanja najmanje bave upravo tim sudovima, iako se na tim sudovima odvija više od 90% svih sudskih sporova<sup>8</sup>, što znači da građani najčešće imaju veze sa tim nivoom suđenja (a sa druge strane je procenat žalbi na presude tih sudova relativno nizak, te se kreće oko 20%).<sup>9</sup>

Uzimajući u obzir gore opisanu glavnu funkciju sudova, iz vidokruga ovog rada izuzeti su vanparnični postupci, jer oni često ne sadržavaju meritorni pravni spor (na primer postupak registracije firme, evidencija trgovačkih organizacija itd.), pa iste zato u obzir uzimamo samo kao činjenice kojima dajemo objašnjenja ukoliko vrše uticaj na nivo ili efikasnost suđenja u sudskim sporovima.

Iako su na nastanak sadašnjeg stanja u velikoj meri uticale organizacione promene nastale 2012. godine, njihovom analizom se na ovom mestu ne nameravamo posebno baviti,<sup>10</sup> ali ćemo se na nekoliko mesta pozivati na njih kada one budu poslužile kao obrazloženja za pojedina pitanja, a i inače ćemo prilikom prikazivanja promena, kada je god to moguće za baznu godinu uzimati 2010. ili 2011. godinu.

## EFIKASNOST SUĐENJA

Jedan od odlučujućih faktora za efikasnost suđenja jeste brojno stanje sudija. Ono se u protekle tri godine kretalo na način prikazan u tabeli broj 1. Radi pravilnog tumačenja treba da se zna da je razlog za veći broj sudija u početnoj 2011. godini bio taj što je 2008. godine Državni savet za pravosuđe je svojim rešenjem broj 197/2008. (od 25. septembra 2008. godine) dozvolio da se privremeno do 31. decembra 2011. godine na Glavnogradskom sudu (Fővárosi Törvényszék) i na Budimpeštanskom regionalnom sudu (Budapest Környéki Törvényszék) poveća broj sudija. Činjenica da se od 2012. godine opet vidi povećani broj sudija, sama po sebi ne govori mnogo o efikasnosti sudske organizacije, ali na osnovu nje može da se utvrdi da je brojno stanje sudija visoko u poređenju sa drugim državama Evropske unije. U pogledu broja sudija na 100.000 stanovnika Mađarska se nalazi

---

<sup>8</sup> Vidi: <http://birosag.hu/obh/elnoki-beszamolok/feleves-eves-beszamolok>

<sup>9</sup> Vidi podatke koji se nalaze u dijagramu broj 2.

<sup>10</sup> O ovome vidi Darák, Péter: *Sarkalatos Átalakulások – A bíróságokra vonatkozó szabályozás átalakulása, MTA Law Working Papers, 2010-2014* ([http://jog.tk.mta.hu/uploads/files/mtalwp/2014\\_39\\_Darak.pdf](http://jog.tk.mta.hu/uploads/files/mtalwp/2014_39_Darak.pdf)) i *Author* 2014.

na 7. mestu u EU.<sup>11</sup> Međutim, ne raspolažemo komparativnim podacima o broju pravosudnog pomoćnog osoblja koje pomaže sudijama u radu, a delom im i olakšava rad obavljanjem pojedinih zadataka. Iz tabele br. 2. saznajemo da je brojno stanje sekretara sudova znatno povećano u periodu od 2011. godine, a broj formulaatora sudskih akata (prvi stepen na putu prema imenovanju za sudiju) stagnira, za razliku od ostalih administrativnih radnika čiji je krug dinamički povećan.

U korelaciji sa ovim brojevima nalazi se rok okončavanja sudskih postupaka iz kojeg je vidljivo da se u pogledu brzine rešavanja sudskih sporova u građanskopravim i privrednim sporovima mađarski sudovi nalaze na 6. mestu među državama Evropske unije, a u upravnim sporovima na 4. mestu unutar EU.<sup>12</sup> Istovremeno je budžetom za rad mađarskih sudova namenjeni iznos prilično nizak u upoređenju sa sudovima evropskih država. Tako se u pogledu sudskih izdataka na 100.000 stanovnika Mađarska nalazi tek na 18. mestu.<sup>13</sup> Sve to ukazuje na to da se radi o izuzetno efikasnom funkcionisanju sudova, ali ipak postoji nekoliko faktora koji donekle otežavaju izvođenje ovako nedvosmislenog zaključka.

Naime, u internacionalnoj komparatistici ne postoji jedinstveni metod koji bi propisivao kada se neki spor može smatrati okončanim. Da li se okončanjem spora smatra donošenje meritorne odluke (presude) ili se pod time podrazumeva i tehničko-procesno rešavanje spora (na primer premeštanjem suđenja na jedan drugi sud, ili mirovanjem sudskog postupka u građanskopravnoj stvari)? Nije svejedno ni to koliko se u pojedinim pravnim sistemima sudija može jednostavno ili teško „osloboditi” nekog predmeta (na primer koji su pravni uslovi za odbacivanje predmeta;).

Tabela br. 1. Brojno stanje sudija u Mađarskoj (sopstveni rad na osnovu godišnjih izveštaja Državne kancelarije sudija)

|                 | <b>Dozvoljeni status</b> | <b>Stvarni</b> |
|-----------------|--------------------------|----------------|
| 2011.           | 2914                     | 2871           |
| 2012.           | 2875                     | 2767           |
| 2013.           | 2910                     | 2807           |
| 2014. (30. 06.) | 2910                     | 2815           |

<sup>11</sup> Prema podacima u 4. fusnoti pomenutog EU Justice Scoreboard-a. Vidi: [http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice\\_scoreboard\\_2015\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2015_en.pdf).

<sup>12</sup> Prema podacima EU Justice Scoreboard-a.

<sup>13</sup> Prema podacima EU Justice Scoreboard-a budžetska sredstva namenjena za rad sudova kretala su se na sledeći način: 2011. godine – 69,3 milijarde Ft., 2012. godine – 79,4 milijarde Ft., 2013. godine – 84 milijarde Ft, 2014. godine – 87 milijarde Ft, 2015. godine – 87,5 milijarde Ft.

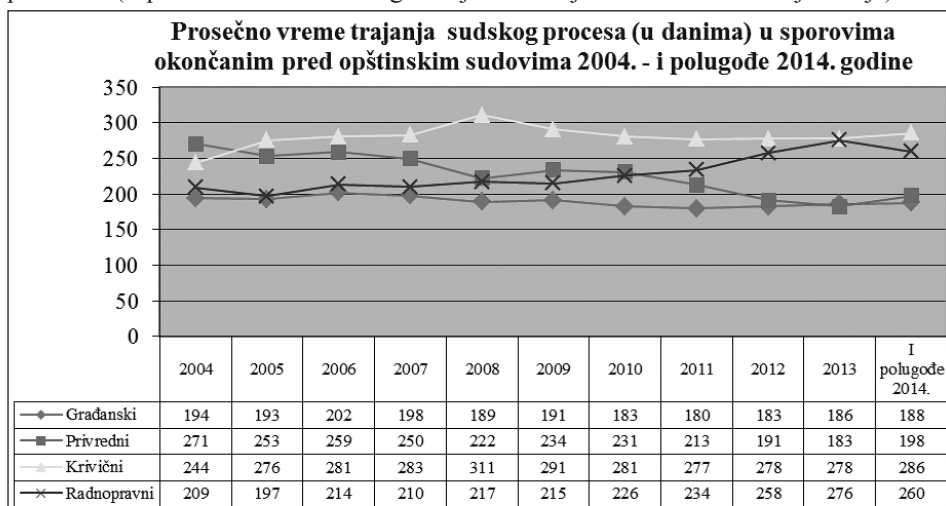
Tabela br. 2. Brojno stanje lica zaposlenih u pravosuđu u Mađarskoj (sopstveni rad na osnovu godišnjih izveštaja Državne kancelarije sudija)

| <b>Broj sekretara sudova</b>                               | <b>Dozvoljeni</b> | <b>Stvarni</b> |
|------------------------------------------------------------|-------------------|----------------|
| 2011.                                                      | 614               | 605            |
| 2012.                                                      | 767               | 732            |
| 2013.                                                      | 767               | 777            |
| 2014. (30. 06.)                                            | 776               | 764            |
| <b>Broj formulatora sudskih odluka</b>                     | <b>Dozvoljeni</b> | <b>Stvarni</b> |
| 2011.                                                      | 359               | 256            |
| 2012.                                                      | 359               | 239            |
| 2013.                                                      | 359               | 260            |
| 2014. (30. 06.)                                            | 348               | 252            |
| <b>E Brojno stanje ostalih lica zaposlenih u pravosuđu</b> | <b>Dozvoljeni</b> | <b>Stvarni</b> |
| 2011.                                                      | 6902              | 6786           |
| 2012.                                                      | 7016              | 6920           |
| 2013.                                                      | 7091              | 6963           |
| 2014. (30. 06.)                                            | 7073              | 7019           |

Rezultat hronološke analize potvrđuje pretpostavku prema kojoj vreme okončavanja sudskog spora ne zavisi samo od broja sudija i pravosudnih radnika, od radnih uslova i količine njihove uložene energije. Poslednjih godina je primetno da sa jedne strane neprestano raste broj sudija i pravosudnih radnika kao i iznos budžetskih sredstava za njihov rad, dok sa druge strane vreme okončavanja sporova na nivou opštinskih sudova u različitim stvarima pokazuje signifikantno odstupanje. U pogledu privrednih sporova uočljivo je da je vreme rešavanja sporova u korelaciji sa smanjivanjem broja sudskih predmeta, dok je u građanskim i u krivičnim stvarima vreme potrebno za završetak sudskog postupka blago, a u radnim sporovima značajno poraslo (dijagram br. 1.).



Dijagram br. 1. Vreme okončavanja sporova na opštinskim sudovima u četiri kategorije predmeta (sopstveni rad na osnovu godišnjih izveštaja Državne kancelarije sudija)



Jedan od razloga kojim bi se napred navedeno lako moglo objasniti jest promena pristiglih sporova, pa zato u tabeli 3. i 4. naglasak stavljamo na tu činjenicu.

Tabela br. 3. Broj parničnih predmeta pristiglih na lokalne (opštinske) sudove (sopstveni rad na osnovu godišnjih izveštaja Državne kancelarije sudija)

| SUDSKI SPOROVI |                 |                |               |                     |                 |               |            |         |
|----------------|-----------------|----------------|---------------|---------------------|-----------------|---------------|------------|---------|
| Godina         | Građan-ski spor | Privredni spor | Krivični spor |                     | Prekršajni spor | Upravni spor* | Radni spor | Ukupno  |
|                |                 |                | ukupno        | od toga javnotužil. |                 |               |            |         |
| 2010.          | 168 045         | 15 217         | 80 155        | 63 827              | 91 554          | —             | 26 745     | 381 716 |
| 2011.          | 161 335         | 13 881         | 77 980        | 61 510              | 107 276         | —             | 22 844     | 383 316 |
| 2012.          | 143 904         | 12 324         | 70 886        | 54 785              | 188 463         | —             | 18 299     | 433 876 |
| 2013.          | 148 181         | 12 924         | 77 978        | 60 455              | 369 783         | 17 597        | 16 023     | 642 486 |
| 2014.          | 147 428         | 10 900         | 58 944        | 55 521              | 51 339          | 13 622        | 14 186     | 296 419 |

Tabela br. 4. Broj vanparničnih predmeta pristiglih na lokalne (opštinske) sudove (sopstveni rad na osnovu godišnjih izveštaja Državne kancelarije sudija)

| VANPARNIČNI SPOR |                                   |                                   |                                      |                        |                     |                   |          |
|------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|--------------------------------------|------------------------|---------------------|-------------------|----------|
| Godina           | Građanski i privredni vanparnični | Predmeti u vezi sudskog izvršenja | Krivični vanparnični predmeti ukupno | Prekršajni vanparnični | Upravni vanparnični | Radni vanparnični | Ukupno** |
| 2010.            | 375981                            | –                                 | 64265                                | 28915                  | –                   | 4346              | 473507   |
| 2011.            | 64328                             | –                                 | 62186                                | 26547                  | –                   | 1860              | 154 921  |
| 2012.            | 61 521                            | –                                 | 58 838                               | 11 651                 |                     | 1 501             | 133 511  |
| 2013.            | 62 138                            | 134 734                           | 59 012                               | 4 647                  | 4 611               | 1 232             | 131 640  |
| 2014.            | 62 019                            | 118 522                           | 78 074                               | 311 655                | 4 386               | 1 322             | 575 978  |

Vidljivo je na prvi pogled da je u periodu između 2010. i 2014. godine bila podjednako ogromna razlika u broju parničnih i vanparničnih predmeta koje su sudovi zaprimili. Međutim, ako posmatramo i ispitujemo samo „klasične” parnične postupke (građanski, privredni, radni i upravni parnični postupak te krivične postupke pokrenute od strane javnog tužilaštva) vidimo da je tamo u značajnoj meri, za oko 10% smanjen broj zaprimljenih predmeta (u građanskim i krivičnim predmetima je smanjenje broja sporova bilo veće od 10%, u privrednim predmetima je ono iznosilo gotovo jednu trećinu, dok je u radnim sporovima broj pristiglih predmeta smanjen skoro na polovinu). Iako je broj prekršajnih parničnih sporova privremeno (u 2012. i 2013. godini) drastično porastao, godine 2014. je opao na nešto više od polovine broja koji je zabeležen 2010. godine.

U ispitivanom vremenskom periodu je očigledno veliko odstupanje u pogledu broja vanparničnih postupaka u kojima takođe učestvuju sudski ljudski resursi, pa tako ovi postupci u izvesnoj meri vrše uticaj na rad sudija. Ogroman pad broja ovih sporova u 2011. godini u odnosu na 2010. godinu objašnjiv je time što su postupci za naplatu potraživanja prešli sa sudova u nadležnost javnih beležnika (notara). Međutim, time nije došlo do stvarnog smanjivanja radnog opterećivanja, nego se samo pribeglo primeni postupka koji je u suštini bio možda najjednostavniji, praktično bi se moglo reći da je on mehanički primenjiv. Sasvim suprotan redosled događaja uočljiv je 2014. godine u odnosu na 2013. godinu, tada zbog toga što je prekršajni postupak većim delom postao pojednostavljeni vanparnični postupak.

Najverovatnija uzročno-posledična veza između broja zaprimljenih predmeta i vremena okončavanja njihovog rešavanja mogla bi da bude to da smanjeni broj novih predmeta rezultira bržim završetkom njihovog rešavanja, budući da sudija može jedan te isti sudski predmet pretresti unutar kraćih vremenskih intervala.

U vezi sa tim postavlja se, međutim, pitanje zašto je sem u najmanjem broju zastupljenih privrednih sporova, u svim drugim segmentima приметно da je značajno smanjenje predmeta praćeno blagim ili jakim porastom vremena njihovog rešavanja. Odgovor na to može da se potraži u međusobnim uticajima nama neprepoznatih faktora (pitanja organizacije rada, promene u strukturi predmeta itd.)<sup>14</sup> Uopšteno govoreći, mogli bismo se odvažiti da utvrdimo kako promene pravnih propisa koje za posledicu imaju „dampingško“ pristizanje predmeta (na primer u prekršajnim sporovima ili u sudskim postupcima vezanim uz firme)<sup>15</sup> nisu dovele do mogućnosti da se planira ritam odvijanja parničnog postupka, pa time i do njegovog okončanja unutar razumnog roka.

Predviđamo da će se vreme rešavanja sudskih sporova i odvijanja postupka i dalje poboljšavati u slučaju da se nastavi smanjivanje pristiglih predmeta, ili ako se njihov broj stabilizuje na sadašnjem broju. Bilo bi hvale vredno da se u statističkim podacima i u buduće posebno registruju vremena meritornih i tehničkih završetaka sporova. Međutim, isto je tako istina da je mnogo puta predmet definitivno rešen i bez meritornog završetka spora, kada se on više ne vraća na sud, ali je ipak za strane u sporu jedino umirujuće rešavanje upravo donošenje presude ili postizanje nagodbe. Javno mnjenje ne ocenjuje rad suda po tome koliko brzo donosi odluku u slučajevima rešenja spora bez dostavljanja poziva na sud (dakle, bez parnice), odnosno premeštanjem predmeta ili drugim načinom bez donošenja meritorne odluke, nego po tome koliko vremena mu treba da presudom reši pravni spor. Uvođenje ovakve promene u ocenjivanju bilo bi korisno i zbog toga što bi primenom ove vrste evidencije u pravnim sistemima drugih zemalja Evropske unije bilo moguće na puno realniji način uporediti stvarno stanje u sudstvima pojedinih država.<sup>16</sup> Postojeći sistem pre svega podstiče rukovodioce sudova država članica da u cilju postizanja dobrog rezultata sprovedu korekcije površinskih pokazatelja, jer je to puno jednostavnije nego da se ostvari temeljno pretresanje predmeta u razumnom roku.<sup>17</sup>

Iz ovog ugla gledanja možemo kao negativnu tendenciju tretirati promene koje u poslednje vreme otežavaju mogućnost građana da se obrate sudu radi zaštite svojih prava, odnosno one reforme koje se teško mogu usaglasiti sa zahtevi-

<sup>14</sup> Nemamo tačne podatke o tome na koji način je u pojedinim sudovima popunjen broj sudija, nakon što je 2011. godine zakonom propisano penzionisanje sudija (tzv. prinudno penzionisanje). Ako se popunjavanje sudova desilo na teritorijalno neproporcionalan način, onda je moguće da je porast vremena rešavanja sporova izazvan i tim razlozima.

<sup>15</sup> Vidi izveštaj predsednika Državne kancelarije sudija za 2014. godinu: [http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/obt\\_dokumentumok/osszefoglalo\\_20150609.pdf](http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/obt_dokumentumok/osszefoglalo_20150609.pdf)

<sup>16</sup> Postoji statistika koja beleži način okončanja sudskih predmeta. Vidi: ([http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/media-lapszemle/statadatok/4\\_hosszu\\_elemez\\_2012\\_kesz.pdf](http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/media-lapszemle/statadatok/4_hosszu_elemez_2012_kesz.pdf)).

Ova nam statistika pokazuje da u Mađarskoj jedva nešto više od polovine građanskih parničnih postupaka završava donošenjem meritorne sudske odluke.

<sup>17</sup> Na ovu opasnost upozorava Jakab, András: *A jogállamiság mérése indexek segítségével*, [pred objavljivanjem].

ma za pošteno suđenje. Na području građanskog procesnog prava možemo izdvojiti dve ovakve promene.

Ozbiljniji uticaj na sudstvo je verovatno izazvalo 2011. godine uvedeno poskupljenje taksi i tarifa za građanske parnične postupke. Maksimalni iznos taksi i tarifa u prvostepenom postupku je 1.500.000 forinti, a u žalbenom postupku on raste na 2.500.000 forinti. Sem toga nisu izmenjeni ni uslovi za oslobađanje od plaćanja troškova (ako prihod po članu porodice ne prevazilazi iznos minimalne starosne penzije, ako stranka nema imovinu koja joj omogućava egzistenciju, ili ako troškovi sudskog spora ugrožavaju njenu životnu egzistenciju).<sup>18</sup> Novi propis je i taj da se 10% taksi i tarifa sudskog spora mora platiti čak i onda ako sud odbaci tužbeni zahtev bez dostavljanja poziva na sud.<sup>19</sup>

Pored toga je zakonodavac 2011. godine u velikoj meri proširio krug sudskih sporova u kojima je obavezno pravno zastupanje (na primer u sporovima o autorskim pravima).<sup>20</sup> U ovakvim slučajevima ne samo tužilac, nego i tuženi moraju da imaju obaveznog pravnog zastupnika, u suprotnom su nevažeći parnični iskazi stranke bez zastupnika.<sup>21</sup> Ova obaveza takođe predstavlja veliki teret za parnične stranke koje se ne mogu uvek nadati da će stranka koja izgubi spor biti solventna, dakle da će moći platiti svoje obaveze.<sup>22</sup>

Navedeni uslovi, naravno, pridonose tome da sve više opada broj predmeta koji stižu pred sudove, ali isto tako oni mogu da zaustave građane i organizacije u njihovoj želji da pred sudovima ostvare svoja prava i interese, pa se isti umesto toga radi realizacije svojih ciljeva mogu okrenuti prema nekim drugim – možda čak i ilegalnim – sredstvima izvan oblasti prava.

Što se tiče krivičnog procesa uočljiva je tendencija da zakonodavac sužavanjem procesnopravnih garancija postiže brže odvijanje postupaka. Među navedene ukinute garancije spada odredba da optuženi nije dužan da se pojavi na pretresu,<sup>23</sup> da sud može odrediti pismeno saslušavanje svedoka,<sup>24</sup> odnosno da je odnedavno branilac dužan da sam sebi odredi zamenika za slučaj da nije u mogućnosti da se pojavi na nekoj od procesnih radnji. Izuzetak od ove obaveze je samo slučaj iznenadne pojave neke neotklonjive prepreke.<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> Uredba br 6/1986. (od 26. juna 1986.). Uredba Ministarstva pravde 6. §.

<sup>19</sup> Zakon o taksama i tarifama 58. § st. 1. tačka f).

<sup>20</sup> Zakon broj III. iz 1952. (ZPP.) 73/A. §.

<sup>21</sup> ZPP. 73/B. § st. 1.

<sup>22</sup> Zbog toga je zabrinjavajuće to što tokom kodifikacije novog zakona o građanskom postupku do sada još nije sprovedeno opsežno istraživanje o tome šta misle stranke o novom zakonu, nadalje kako se odnose prema činjenici da se otežava realizacija njihovih prava i opravdanih interesa.

<sup>23</sup> Zakon br XIX. iz 1998. (ZKP.) 279. § st. 4.

<sup>24</sup> ZKP. 85. § st. 5.

<sup>25</sup> Ovaj potonji slučaj može da znači povredu principa efikasne odbrane, s obzirom da zamenik ne mora bezuslovno da zna da obavlja poslove odbrane optuženog na isto toliko stručan način kao što je za to sposoban branilac koga je optuženi za to opunomoćio. ZKP. 50. § st. 1. tačka e).

Pored procesnopravnih sredstava i organizacija unutrašnjeg funkcionisanja suda takođe ima izuzetnu ulogu u smanjivanju broja predmeta koji nisu rešeni u roku. Nakon što je Ustavni sud Mađarske [Odluka Ustavnog suda broj 36/2013. (od 5. decembra 2013.)] srušio sistem premeštanja predmeta, stvorena je praksa da se na sudove koji imaju veći broj na vreme nerešenih predmeta šalju sudije sa drugih sudova, ali ovi potonji predmete ne rešavaju na sudovima u mestima i sudovima u koje su poslani, nego na svome sudu koristeći naziv suda na koji su izmešteni.<sup>26</sup> Iako je ovaj metod neosporno efikasno sredstvo za rasterećivanje sudova, ipak on daje osnova i za ozbiljnu zabrinutost. Sa jedne strane jer se sadržajno radi o obliku vraćanja instituta premeštanja predmeta (naime, sudije su imenovane na određeni sud samo za rešavanje izvesnog broja predmeta), a time se stranke u sporu, odnosno optuženi odvajaju od njihovog zakonitog suda. Zbog navedenoga gubitnik u sporu odnosno osuđeni optuženik moraju da snose i one posebne troškove koji nastaju time što moraju da putuju u mesta koja se nalaze znatno dalje od sedišta suda koji bi bio nadležan za suđenje u sporu (na primer putne troškove svedoka).

Uzimajući u obzir gore navedenu pojavu možemo da kažemo da predstavlja ozbiljan rizik, ako se sudovi i rukovodioci koji disponiraju nad funkcionisanjem celine pravnog sistema države koncentrišu na poboljšanje efikasnosti rada sudova i sudija tako da pre realizacije zahteva koji se tiču kvaliteta naglasak stavljaju na rokove za rešavanje sporova. Naravno, razumljiva je želja da se poboljšaju vremenski rezultatski pokazatelji, koji se mogu prezentovati pred spoljašnjim i unutrašnjim forumima, ali se na drugoj strani moraju na terazijske staviti i lični utisci građana koji stupaju u direktne kontakte sa sudovima, jer su ti utisci važan faktor za stvaranje poverenja u celokupan pravosudni sistem. Mišljenje građana se umnogome zasniva na kvalitetu suđenja.

## USLOVI ZA KVALITETNO SUĐENJE

### Metodi primenjeni za ocenjivanje kvaliteta

Objektivno ocenjivanje kvaliteta sudskih presuda zadatak je koji predstavlja jedan od najvećih izazova za rukovodioce unutar nacionalnog sistema pravosuđa te za političke čelnike koji odgovaraju za stanje u celokupnom sudskom sistemu. Sa jedne strane treba da se poštuje organizaciona nezavisnost sudova i lična ne-

<sup>26</sup> „...na osnovu imenovanja po službenoj dužnosti od strane predsednika Državne sudske kancelarije, pored sopstvenih zadataka na [Debrecinskom] sudbenom stolu okončali su i 160 predmeta Glavnogradskog sudbenog stola. Lajos Balla je dodao da se imenovanje po službenoj dužnosti nastavlja, jer u periodu od 1. septembra 2015. do 30. avgusta 2016. godine Debrecinski sudbeni stol pomaže Glavnogradskom sudbenom stolu u vezi stečajnih i likvidacijskih predmeta.” Vidi <http://birosag.hu/media/aktualis/szeleskoru-szakmai-kihivasoknak-kell-eleget-tenniuk-birosagoknak-sajtotajekoztato>.

zavisnost sudija, a sa druge strane je veoma teško egzaktnim metodima vrednovati jednu ovako složenu i duboko misaonu seriju intelektualnih radnji, kakvu predstavlja suđenje.<sup>27</sup> Zbog toga se u raznim pravnim sistemima na svetu uglavnom koriste indirektni i mešoviti (na više indikatora bazirani) modeli ocenjivanja.<sup>28</sup> U nastavku analiziramo dva modela koji se primenjuju unutar mađarskog sudskog sistema. Jedan od njih je procenat žalbenih postupaka kojim se vrednuje rad pojedinih sudova, a drugi je lično ocenjivanje rada sudija.

### *Procenat žalbenih postupaka*

U praksi Državne sudske kancelarije pojam „osnovanost suđenja” ukazuje na pitanja kvaliteta. Od 2012. godine može da se prati trag o tome kako Državna sudska kancelarija beleži razmere podnešenih žalbi. Ovaj indikator, uprkos brojnim problemima koji se javljaju u praksi, može da se oceni relativno verodostojnim, jer ne koristi unutrašnje ocenjivanje kvaliteta obavljanja sudske funkcije, nego za osnovu uzima ocenjivanje od strane „korisnika” sudova (dakle, građana), pa se tako reflektuje na krajnje ciljeve pravosudnog sistema. Ukoliko su korisnici usluga sudova zadovoljni, onda ne može biti naročito velikih problema sa nivoom kvaliteta presuđivanja.<sup>29</sup>

Odgovarajućim brojem podataka pogodnih za upoređivanje raspoložemo samo za krug građanskih sporova, ali bi međunarodna komparacija na ovom polju bila izuzetno problematična, zato što različiti propisi u vezi pravnih lekova pojedinih pravnih sistema narušavaju nastalu sliku. Radi ocenjivanja mađarskih podataka treba znati da se podaci za 2011. i 2012. godinu odnose na razmere žalbi uložених na sve odluke kojima je okončan postupak, dok dijagram koji se odnosi na 2014. godinu sadržava samo žalbe uložene na sudske presude. Ta razlika objašnjava da je u odnosu na 2012. godinu broj uložених žalbi 2014. godine gotovo udvostručen (na žalost za 2013. godinu nemamo podataka). Pored toga dijagram za 2014. godinu sadržava sumirane podatke za sve žalbene postupke u ne-krivičnim (i ne-prekršajnim) predmetima, dok je za 2011. i za 2012. godinu ovaj podatak bio dostupan samo tako da je razvrstan po pojedinim kategorijama predmeta.

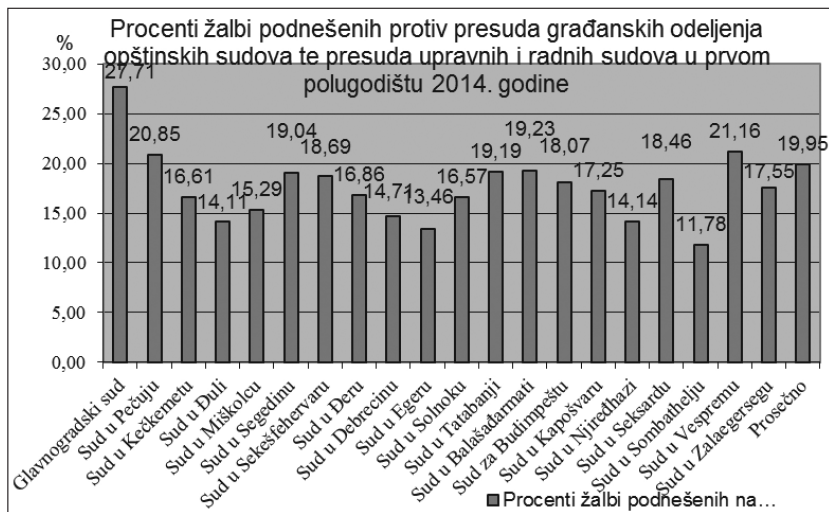
---

<sup>27</sup> Kratak pregled ovih problema vidi u: *Author*, 2015.

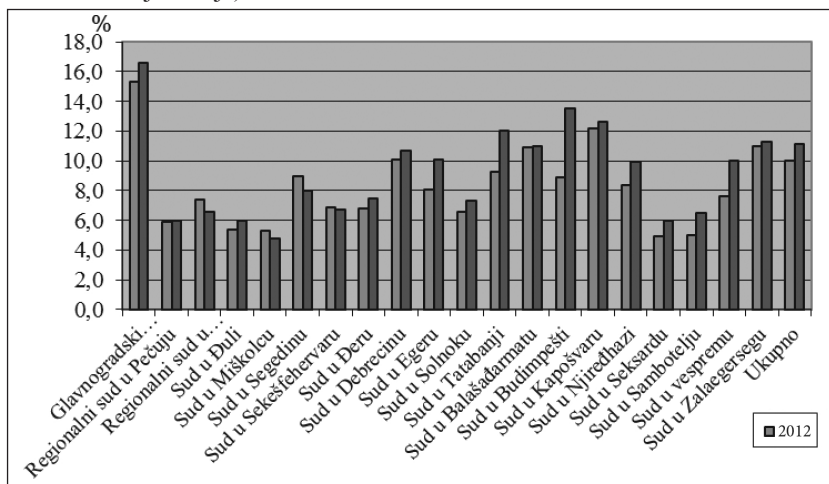
<sup>28</sup> Takav je na primer finski projekt Rovaniemi Quality Project koji se na ovom području smatra „pilot”-projektom. (<http://www.courtexcellence.com/~media/Microsites/Files/ICCE/QualityBenchmarksFinlandDetailed.ashx>)

<sup>29</sup> Na iskazivanje namere za podnošenjem žalbe sem nezadovoljstva prvostepenom presudom mogu da utiču i troškovi postupka po pravnim lekovima (ovde ne računamo isključivo i samo materijalne troškove, nego i uloženo vreme i energiju, nesigurnost zbog nejasne situacije i zavisnog odnosa itd.). Napominjemo da je ovakav indikator primenio i u 28. fusnoti pomenuti Rovaniemi Quality Project.

Dijagram br. 2. Procenti žalbi protiv presuda u građanskopravnim sporovima na opštinskim sudovima te na upravnim i radnopravnim sudovima u prvoj polovini 2014. godine (informativna analiza Državne kancelarije sudija)<sup>30</sup>



Dijagram br. 3. Procenti žalbi podnešenih protiv odluka kojima je okončan proces u građanskim odeljenjima opštinskih sudova 2011. i 2012. godine (informativna analiza Državne kancelarije sudija)<sup>31</sup>

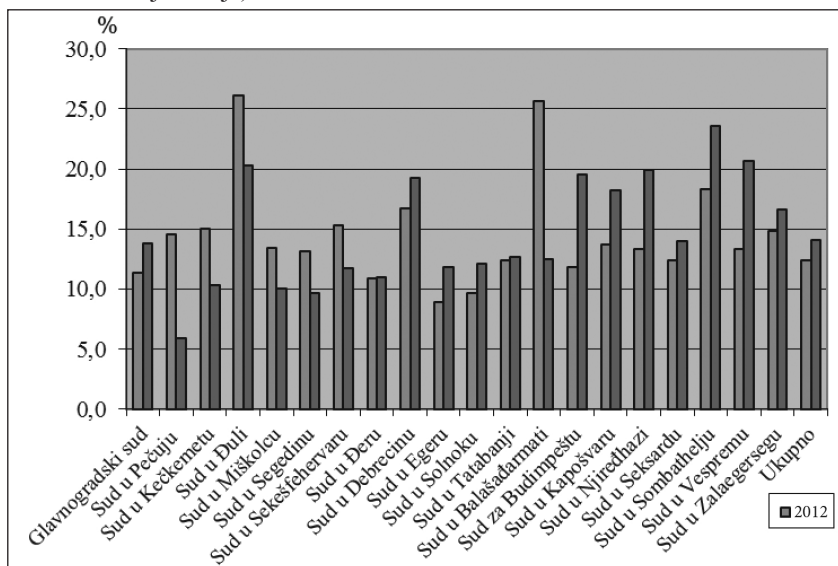


<sup>30</sup> [http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/statisztikai\\_adatok/a\\_birosagi\\_ugyfor-galom\\_2014\\_i\\_felev\\_150dpi.pdf](http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/statisztikai_adatok/a_birosagi_ugyfor-galom_2014_i_felev_150dpi.pdf)

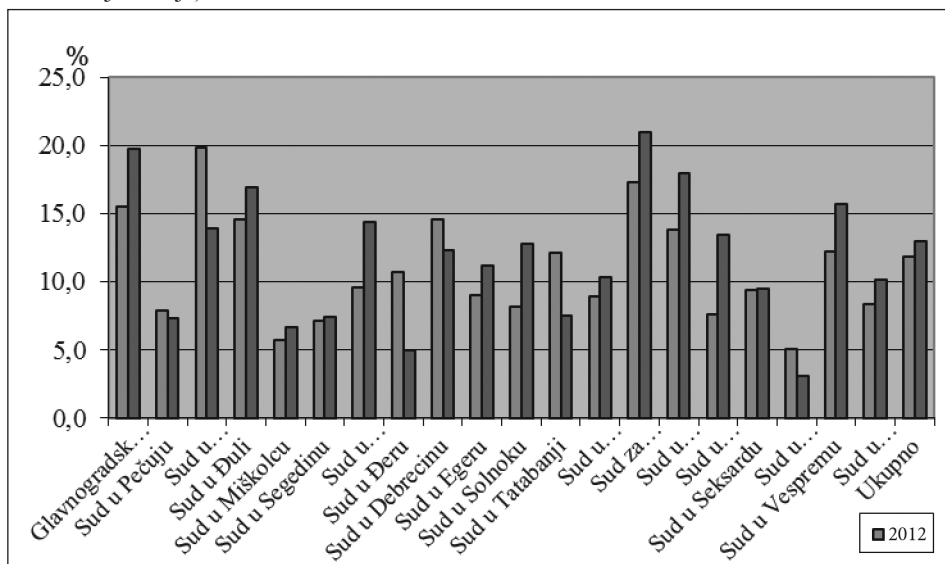
<sup>31</sup> Izvor za dijagrame br. 3-5. je ista analiza: [http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/media-lapszemle/stat-adatok/4\\_hosszu\\_elemzes\\_2012\\_kesz.pdf](http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/media-lapszemle/stat-adatok/4_hosszu_elemzes_2012_kesz.pdf)



Dijagram br. 4. Razmere žalbi podnešenih protiv odluka kojima je okončan proces u privrednim odeljenjima opštinskih sudova 2011. i 2012. godine (informativna analiza Državne kancelarije sudija)



Dijagram br. 5. Procenat žalbi protiv odluka kojima je okončan proces u radnopravnim odeljenjima opštinskih sudova 2011. i 2012. godine (informativna analiza Državne kancelarije sudija)



Proučavajući podatke za 2014. godinu uočljivo je koliko su velika odstupanja od jednog suda do drugoga. Osnovane zaključke u vezi sa razlozima koji dovode do tih odstupanja mogli bismo izvesti u slučaju da raspoložemo podacima za više prethodnih godina, ali se već i iz upoređivanja podataka za 2011. i 2012. godinu vidi da postoje sudovi na čijem je području mesne nadležnosti kontinuisano viši procenat žalbi nego na teritoriji mesne nadležnosti drugih sudova.

Jedna od uočljivih tendencija je ta da je signifikantno visoki procenat žalbi kod opštinskih sudov i kvartovskih sudova koji deluju na teritoriju pod ingerencijom Glavnogradskog suda. Ova pojava može da ima više uzroka. Moguće je naime, da na sudovima sa većim opterećenjem sudije imaju manje vremena za temeljno pretresanje sporova, pa su zbog toga stranke nezadovoljnije izrečenim presudama.<sup>32</sup> Visoki procenat žalbi podnešenih u prestolnici može da bude posledica i toga što se pred tamošnjim sudovima procentualno odvija mnogo više sporova u kojima se zainteresovane stranke spore o ozbiljnim finansijskim i drugim interesima, pa zato one nastoje da iskoriste svaku, pa i najmanju mogućnost da ostvare svoje interese uprkos visokim taksama i naknadama koje treba platiti u žalbenom postupku.

Međutim, drugo objašnjenje može da bude i to što na sudovima van centralne regije u državi funkcioniše relativno mali broj drugostepenih sudskih veća u pojedinim odeljenjima, pa je za očekivati da se lakše formirala jedinstvena sudska praksa koje se pridržavaju i sudije opštinskih sudova, budući da im je dostupna i poznata. Zato će tamo biti manji broj uspešnih žalbenih postupaka, što oslabljuje sklonost procesnih stranaka da ulože žalbu.

Ovom obrazloženju ipak protivureči činjenica da je između nekih opštinskih sudova koji deluju na teritorijama pojedinih regionalnih sudova primetno veliko odstupanje u pogledu procenata podnešenih žalbi (u prvoj polovini 2014. godine je razlika između županija sa najvišim i najnižim procentom podnešenih žalbi iznosila blizu 80 %). Ova situacija po našim sadašnjim saznanjima proizlazi iz dva razloga. Sa jedne strane je moguće da postoje drugostepena veća koja sude dosledno ili manje dosledno, pa je stoga manji broj žalbi tamo gde žalbena veća deluju doslednije. Drugi mogući razlog je taj da, zaista postoji razlika u kvalitetu suđenja između pojedinih opštinskih sudova, pa je u tom slučaju viši procenat uložених žalbi jedan od načina kojim parnične stranke iskazuju nezadovoljstvo prema donešenim sudskim odlukama.

---

<sup>32</sup> Nesrazmerno veliko opterećenje centralne regije problem je koji već godinama postoji, te na što ukazuju i godišnji izveštaji predsednika Državne sudske kancelarije. Ovakvo stanje navodi se i u najnovijem izveštaju za 2014. godinu. Vidi: [http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/obh/elnoki\\_beszamolok/elnoki\\_beszamolo\\_2014.pdf](http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/obh/elnoki_beszamolok/elnoki_beszamolo_2014.pdf)

### *Lično ocenjivanje*

Ponegde se kvalitet suđenja obezbeđuje putem ocenjivanja rada svakog pojedinog sudije. U smislu važećeg zakona je opšte pravilo da se sudije ocenjuju nakon proteka roka od tri godine od dana njihovog prvog imenovanja, a zatim se njihovo ocenjivanje sprovodi osmogodišnje.<sup>33</sup>

Tokom ocenjivanja nadležni rukovodilac sudskog kolegijuma (ili sudija koga on odredi) treba da proveri sudijino znanje i iskustvo u poznavanju materijalnog i procesnog prava, njegovu sposobnost vođenja pretresa kao i sudijsko iskustvo. Sudija svake godine mora da sastavi godišnji izveštaj o svom radu, koji treba da sadrži podatke o broju predmeta u kojima je sudio, njegovo delovanje, zatim mora prikazati svoj rad i na osnovu drugostepenih i žalbenih odluka. Sve to zajedno treba da se uzme u razmatranje prilikom donošenja ocene o njegovom radu. Osim toga ocenjivač treba da obavi preispitivanje izvesnog broja sporova koje je sudija pravosnažno završio, a moraju se pribaviti i zabeleške predsednika veća koje je on u ispitivanom vremenskom periodu zabeležio o sudijinim predmetima (ocenu koju je dao predsednik žalbenog veća koje je rešavalo po žalbama na sudijine odluke), kao i mišljenje rukovodioca nadležnog sudskog kolegijuma (sudske sekcije) čija nadležnost se utvrđuje shodno stručnom području u kojem dotični sudija sudi (ako on nije sudija koji sprovodi ispitivanje).

Ocenjivanje rada sudije sprovode njemu stručno neposredno nadređene sudije, koji ga lično poznaju, te od kojih u suštini zavisi njegovo stručno napredovanje. Ovakva situacija nameće problem da pored inače detaljno propisanih kriterijuma ocenjivanja (Pravilnik Državnog veća za pravosuđe broj 4. iz 2011. godine) u vrednovanju rada sudije ulogu može da dobije i lično mišljenje koje o ocenjivanom sudiji stekne vršilac ocenjivanja. Subjektu ocenjivanja se time sugerše da svoju delatnost presuđivanja vezuje uz stanovište ili stil suđenja njemu direktno nadležnog drugostepenog suda koji rešava o žalbama na presude koje ocenjivani sudija donosi (čak i u slučaju da on sam ima drugačije stručno mišljenje).

Ovaj način ocenjivanja lako može da dovede do razmimoilaženja pravne prakse. Budući da do Kurije (vrhovnog suda) dolazi samo mali segment žalbi podnešenih na odluke opštinskih sudova, stoga na smer pravne prakse u odlučujućoj meri utiče pravno mišljenje sudija drugostepenih sudova koji rešavaju o najvećem broju žalbi na prvostepene odluke opštinskih sudova. Imajući u vidu da i ocenjivač sudije nižeg suda dolazi iz redova sudija direktno nadređenog višeg suda, stoga mehanizam ocenjivanja sudija može da pomogne divergovanju pravne prakse regionalnih sudova. To posebno važi u onim pitanjima suđenja koja nisu tipično u fokusu preispitivanja vrhovnog suda (na primer stil vođenja pretresnog postupka, praksa u izvođenju dokaza ili izricanje kazne).

---

<sup>33</sup> O detaljnim propisima vidi Zakon broj CLXII. iz 2011. godine 71-77. §.

Ocenjivanje rada sudije i njegovih odluka moglo bi se – u cilju isključivanja pristrasnosti i radi obezbeđivanja primene jedinstvene sudske prakse na teritoriji cele države – obavljati i na način koji se koristi prilikom ispitivanja nivoa kvaliteta naučnih publikacija. Shodno tome bi se ocenjivanje presuda donešenih od strane sudije moglo poveriti u struci priznatim i cenjenim kolegama sudijama sa drugih žalbenih sudova, koji bi na osnovu anonimnih odluka (eventualno sudskih predmeta) donosili mišljenje o radu sudije. Na taj bi način sem objektivnog ocenjivanja sudije, lakše mogla na površinu isplivati odstupanja koja postoje u sudskoj praksi na državnom nivou. Ova vrsta sistema „blind peer-review” bi čitav proces suđenja učinila svesnijim i promišljenijim.

### **Lični i strukturni faktori koji utiču na kvalitet suđenja**

#### *Personalni sastav*

Ni najbolji sistem ocenjivanja sudija, sam po sebi, nije u stanju da garantuje visok nivo suđenja, ukoliko lični kvaliteti sudija nisu odgovarajući.<sup>34</sup> Međutim, stručnu osposobljenost sudija i njihovu sposobnost primene znanja nismo u stanju egzaktno izmeriti, pa zato možemo da izvlačimo zaključke samo iz onih podataka, koji se odnose na kategoriju sudija. Ali, ako se složimo sa bazičnim stavom sociologije prava da, naime, sudija ne sudi u „vakuumu”, pa se zato i na njega mogu primeniti izvesne sociološke i socijalpsihološke zakonitosti, onda bi u tom svetlu moglo biti zanimljivo i vredno posmatranje i sa tog aspekta. Između ostalog, može da se ispituje životna dob, pol, imovinsko stanje sudija, odnosno uolikoj meri su pripadnici nacionalnih ili etničkih manjina zastupljeni u sudskim telima.

U pogledu strukture sudija u Mađarskoj raspoložemo sa malo pouzdanih podataka. Jedan od njih odnosi se na kategorizaciju sudija po životnoj dobi. On nam pokazuje da je 2012. godine više od polovine sudija lokalnih sudova, na kojima se presuđuje najveći broj sporova, relativno mlado, sa manje od deset godina stručnog iskustva (tabela br. 5.). Ovakav procenat nam delimično objašnjava činjenicu da se u praksi potvrdilo da su mađarske sudije koje sude u krivičnim predmetima „skloni javnim tužiocima” (već godinama tužilaštvo beleži uspešnost

<sup>34</sup> Badó, Attila: *La justice hongroise dans le cadre du système démocratique et le controle judiciaire de l'administration publique TDP*: La Tribune du droit public, 2002 (2) Paper 1.; Badó Attila: „Fair” selection of judges in a modern democracy In: Badó, Attila (ed.) *Fair Trial and Judicial Independence: Hungarian Perspectives*. 242 p. Berlin; Heidelberg; New York: Springer, 2014. pp. 25-51.; Badó Attila, Nagy Zsolt: *Some aspects of legal training in Hungary*. University of Toledo Law Review 2005, 37:(Fall) pp. 7-13.; Badó Attila: Die Vergleichsanalyse der konstitutionellen Lage der Recht sprechenden Gewalt und deren einzelner Grundsätze Forum: *Acta Juridica et Politica* 2011 (1) pp. 5-54.

svojih optužnih predloga od 96-97%).<sup>35</sup> Naime, očigledno je da jedan mlad, manje iskusan sudija radije prihvata stanovište javnog tužioca i činjenično stanje navedeno u tužbi, nego da se izloži opasnosti da pogreši u svojoj proceni. Broj i procenat ovih mladih sudija povećan je od 1. januara 2012. godine kada je starosna dob propisana za odlazak sudija u starosnu penziju snižen sa 70 godina na 62 godine, što je dakako imalo i određene posledice.<sup>36</sup> Načelno govoreći možemo kazati da podizanju nivoa kvaliteta sudskih odluka sigurno nije doprinelo to što je velik broj iskusnih sudija odjednom nestao iz pravosudnog sistema, naročito ako uzmemo u obzir da nikakva istraživanja ili praksa nisu potvrdili da su sudije iz starosne grupe od 62 do 70. godina života na bilo kojem području bili manje efikasni od njihovih mlađih kolega.

Tabela br. 5. Kategorizacija sudija u Mađarskoj prema godinama stručnog iskustva (sopstveni rad na osnovu godišnjih izveštaja Državne kancelarije sudija)

|       | 0-10 godina<br>(ukupno) | preko 10 godina<br>(összesen) | 0-10 godina<br>(na opštinskim<br>sudovima) | preko 10 godina<br>(na opštinskim<br>sudovima) |
|-------|-------------------------|-------------------------------|--------------------------------------------|------------------------------------------------|
| 2012. | 1009                    | 1758                          | 842                                        | 831                                            |
| 2013. | 990                     | 1817                          | n/a                                        | n/a                                            |
| 2014. | 1087                    | 1728                          | n/a                                        | n/a                                            |

Dalju opasnost predstavlja to što dobro osposobljene i ambiciozne sudije – bilo da je to izgovoreno ili neizgovoreno – motiviše želja za karijernim napredovanjem i usponom na što viši stepen u sudskoj hijerarhijskoj lestvici. Zbog toga je u funkcionisanje opštinskih sudova kodirano da na njemu u velikom broju rade sudije sa kratkotrajnim iskustvom,<sup>37</sup> koji sami moraju da se potrude za utvrđivanje činjeničnog stanja, vođenje spora i tumačenje primarnih pravnih propisa. Za razliku od njih sudije koji rade na višim sudskim instancama samo u veoma uskom krugu predmeta ili čak ni uopšte ne treba da učestvuju u procesu utvrđivanja činjenica, nego u suštini samo vrše kontrolu rada sudije nižeg suda koji je rešavao spor.

Opštinske sudove sa manje iskusnim sudijama dodatno opterećuje i to što živimo u sve složenijem i specijalizovanijem svetu, što se oslikava i u sastavu predmeta koji dospevaju pred sudove. Prilikom nastanka moderne pravosudne

<sup>35</sup> Podatak je to koji se nalazi u godišnjim izveštajima glavnog javnog tužioca podnesenima parlamentu.

<sup>36</sup> Prema zvaničnim izvorima ova se mera odnosila na ukupno 276 sudija od blizu 3000 sudija. <http://www.mabie.hu/node/1147>.

<sup>37</sup> [http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/obh/elnoki-beszamolok/obhe\\_beszamolok\\_2012\\_ifelev\\_teljes.pdf](http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/obh/elnoki-beszamolok/obhe_beszamolok_2012_ifelev_teljes.pdf)

strukture (u XIX. veku) je za presuđivanje u pojedinim tipičnim sudskim predmetima bilo dovoljno imati odgovarajuće pravničko znanje i opšte životno iskustvo. Danas, međutim, pred sudove dolazi izuzetno mnogo pravnih problema za čije potpuno razumevanje činjeničnog stanja ili utvrđivanje odgovornosti bi sudija morao da ima specijalna znanja (na primer ekonomska, finansijska, knjigovodstvena, informaciono-tehnička). Takvim znanjima sudije uglavnom ne raspolažu, a niti mađarsko procesno pravo poznaje institucije i procese koji bi mogli da pomognu rad sudije (naravno, sudija i sada može da zatraži mišljenje veštaka, ali je često već i za postavljanje pitanja veštaku potrebno da ima odgovarajuće stručno znanje). Zbog toga je u sistemu u kodiranom obliku prisutna činjenica da se složeni sporovi velikog volumena razvlače na dug vremenski period i često se rađaju oprečna rešenja na pojedinim nivoima sudske hijerarhije, a to može da dovede do smanjivanja poverenja u sudove.<sup>38</sup>

Ovu situaciju otežava činjenica da sudija opštinskog suda sudi praktično kao sudija pojedinac, dok drugostepeni i trećestepeni sudovi sude u većima sastavljenim od profesionalnih sudija. Zbog gore navedenih posebnosti prvostepenog postupka se upravo najmanje iskusni sudija pojedinac, koji postupa na nižem stepenu sudske vlasti, mora istodobno koncentrisati na više stvari, a sudije drugostepenih i trećestepenih sudova trebaju da ulože manje energije u procesu donošenja odluka, tim pre što žalba određuje smer na koji se žalbeni sud mora fokusirati. Uzimajući u obzir sve navedeno čini se rasipništvom to što stručni i politički aparat odgovoran za ovaj sistem organizacije sudova i za procesna pravila i dalje održava postojeću strukturu.

Razumnijim rešenjem ovog problema činilo bi se ono po kojem bi prvostepeni sudovi sudili u većima sastavljenim od tri profesionalne sudije, pa bi tako i teret rada bio podeljen među njima. Tako bi postojao manji rizik od toga da sudija nešto „previđi”, veći bi bili izgledi da žalbeni sud potvrdi prvostepenu odluku, a isto tako bi se i smanjio broj uložених žalbi. U tom slučaju bi drugostepeni i trećestepeni sudovi mogli funkcionisati sa manjim brojem sudija, a i ujednačavanje sudske prakse bi bilo mnogo efikasnije.<sup>39</sup>

Uz ovaj krug pitanja vezuje se i sam institut karijernog suđenja. Naime, u mađarskom sudskom sistemu sudijom se postaje usled sleđenja zacrtanog puta napredovanja. Prva stanica tog tipičnog puta jeste položaj sudskog formulatora akata, nakon koje sledi mesto sudskog sekretara, a zatim kandidat čeka dok ne bude imenovan za sudiju.<sup>40</sup> Od njega se ne traži da za to vreme kao pravnik barem nekoliko meseci provede na nekom drugom mestu (na primer kod advokata ili nekog organa koji primenjuje pravo) i da tamo stekne praktično iskustvo. U vezi

<sup>38</sup> Vidi opširnije: *Author*, 2012.

<sup>39</sup> Vidi detaljnije *Author*, 2014.

<sup>40</sup> Lamm, Vanda – Fleck, Zoltán: *Az igazságszolgáltatás újabb 10 éve – Mit akart és mit ért el az igazságszolgáltatási reform?* <http://mta.hu/fileadmin/2008/11/17-igzasagszolg.pdf>.

sa time više bivših sudija a sadašnjih advokata ističe da danas, nakon stečenog advokatskog iskustva, sasvim drugačije razmišlja, pa kad bi da se kojim slučajem opet vratio na stolicu sudije, u nekim procesima bi sada presudio različito od onoga kako je to svojevremeno uradio. Imajući ovo u vidu smatramo kako ne bi trebalo unapred odbaciti rešenje prema kome bi se od budućih sudija zahtevalo da pre imenovanja za sudiju izvesno vreme provedu obavljajući druge poslove u okviru pravničke struke (ali ponajpre advokatske zadatke).

Pored vremenskog perioda provedenoga na funkciji sudije, drugi empirički podatak kojim raspolažemo, a karakteriše sastav sudija, odnosi se na pol sudija. Pre tranzicije se jednim od najvećih problema sudstva smatralo to da je ono „poženstvenjeno”. Jedan od razloga tome jest taj što je u odnosu na bolje plaćeni, ali istovremeno i stresniji advokatski posao, poziv sudije stalan i stabilan, uz fiksno radno vreme. Zbog toga su mnoge pravnice koje su uz stručnu karijeru želele imati i skladan porodični život, pokazale veću sklonost prema radu na sudu. Ova se situacija od 1990-ih godina do danas donekle promenila, ali je i danas primetna dominacija žena među sudijama. Gotovo 70% sudija u lokalnim i županijskim sudovima su ženskog pola (prema raspoloživim podacima njihov se broj kreće između 68-70%).<sup>41</sup> Ovaj je procenat zanimljiv zbog toga što u presuđivanju pojedinih slučajeva mogu da postoje suštinske razlike u stanovištima između sudija muškoga i ženskog pola.<sup>42</sup> Sem pola, na suđenje na indirektan način može da utiče i materijalno stanje sudija te njihov stepen kulture. U Mađarskoj od tranzicije do danas nije napravljeno anketno istraživanje o tome iz kakvih se društvenih grupa regrutiraju članovi zbora sudija, pa je upravo to razlog što imamo tako malo izvora na raspolaganju ukoliko našu pažnju usmerimo na ispitivanje društvene pozadine iz koje dolaze mađarske sudije. Valjda se nedostatku empirijskih istraživanja može pripisati i to što su se u pogledu političkih stavova sudija – bez posebne činjenične pozadine – pre nekoliko godina formirala dva međusobno dijametralno suprotstavljena mišljenja. Prof. dr. Béla Pokol piše da je većina mađarskih sudija socijalno-liberalnog svetonazora,<sup>43</sup> dok filozof i politolog Miklós Tamás Gáspár smatra da značajan deo sudija ima krajnje desna stajališta.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Prema izveštaju predsednika državne sudske kancelarije za 2014. godinu među sudijama je bilo 68% žena. ([http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/obh/elnoki-beszamolok/elnoki\\_beszamolok\\_2014.pdf](http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/obh/elnoki-beszamolok/elnoki_beszamolok_2014.pdf)). Na žalost taj izveštaj nije sadržavao podatke o sastavu provostepenih, drugostepenih i trećestepenih sudova i pojedinih njihovih sekcija po polu.

<sup>42</sup> Vidi fusnotu broj 35. Prema usmenom saopštenju jednog veštaka iz područja psihologije razlika u presuđivanju se ogleda na drugom mestu, na shvatanju sudija bez dece i onih koji imaju decu. Sudije bez dece nemaju jasnu predstavu o tome kako treba odgajati decu, otvoreniji su za različite odgojne metode i za različite običaje vezane za odgoj dece lica koja se nalaze u različitoj društvenoj i materijalnoj situaciji.

<sup>43</sup> Pokol Béla: *A bírói hatalom*. Századvég Kiadó, Budapest, 2003. 46. p.

<sup>44</sup> [http://www.magyarhirlap.hu/Archivum\\_cikk.php?cikk=74888&archiv=1&next=20](http://www.magyarhirlap.hu/Archivum_cikk.php?cikk=74888&archiv=1&next=20)



U Mađarskoj nije sprovedeno ni istraživanje o materijalnom položaju sudija koji ima odlučujuću ulogu na njihov društveni status. U smislu jednog zakonskog propisa<sup>45</sup> svaki sudija mora da podnese izjavu o imovinskom stanju, ali ona nije javna, pa su zato plate i naknade za rad jedini pokazatelj iz koga možemo proceniti materijalni položaj sudija. Uopšteno govoreći može da se kaže da je pre tranzicije zbor sudija u Mađarskoj bio potplaćen. Prvi koraci preduzeti na poboljšanju njihovog položaja učinjeni su 1992. godine, a zatim su plate i prihodi sudija dodatno povećani reformom pravosuđa iz 1997. godine.<sup>46</sup> Sledeći veliki skok predstavljalo je dvokratno povećanje plata 2003. godine, kada su one porasle za više od 50%.<sup>47</sup> Time je prilikom priključenja Mađarske Evropskoj uniji 1. maja 2004. godine mađarske sudije u pogledu plata imale prilično visoko mesto među novoprimitljenim državama EU.<sup>48</sup> Naravno, lični dohoci mađarskih sudija ni nakon toga nisu dosegli one iznose koje zarađuju poznatiji advokati, ali su oni u odnosu na druge državne službenike bili visoki i sigurno je da su obezbedili odgovarajuću egzistenciju.

Međutim, u proteklih deset godina su osnovne plate sudija sveukupno povećane za svega 11,72%.<sup>49</sup> Bruto plata početnika raspoređenog na najnižem stepenu sudske hijerarhije iznosila je 2015. godine 430.760 forinti, a kada taj sudija na kraju karijere dosegne najviši platni razred (ukoliko ne prima dodatak za rukovođeće poslove ili dodatak za titulu, odnosno ako ne dospe na viši sud) njegova plata će iznositi 724.460 forinti. Vredi ove brojke uporediti sa bruto platom drugih zaposlenih lica sa završenim visokoškolskim obrazovanjem, koja je 2014. godine iznosila 477.567 forinta.<sup>50</sup> Nije slučajno da je po rang listi CEPEJ-a (The European Commission for the Efficiency of Justice) sastavljenoj na osnovu podataka za 2012. godinu bruto prosečna zarada mađarskog sudije bila na pretposlednjem mestu među svim članicama Evropske unije.<sup>51</sup>

Početna plata sudije se, dakle, ne može smatrati preterano privlačnom u odnosu na druga područja zapošljavanja. Nadalje, ne treba da se zanemari ni negativna okolnost da se diplomirani pravnik može imenovati sudijom tek nakon što navršši 30. godinu života, što znači da se 5-7 godina, ili još i duže vremena nakon završetka fakulteta mora zadovoljiti platom koja je manja i od plate sudije početnika.

<sup>45</sup> Zakon o pravnom statusu i dohocima sudija broj CLXII iz 2011. godine (2011. évi CLXII. törvény a bírák jogállásáról és javadalmazásáról) 197. §.

<sup>46</sup> Vidi: Badó, Attila – Bóka, János: *Európa kapujában*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2002. 162. p.

<sup>47</sup> [http://24.hu/belfold/2002/10/09/megegyezes\\_szulett\\_biroi\\_fizetesek/](http://24.hu/belfold/2002/10/09/megegyezes_szulett_biroi_fizetesek/)

<sup>48</sup> Od svih novoprimitljenih država Evropske unije iz bivšeg „Istočnog bloka” samo su slovenačke sudije imale više bruto lične dohodke. Vidi: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ%282006%29Evaluation&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff-2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6>

<sup>49</sup> <http://www.mabie.hu/sites/mabie.hu/files/letp%C3%A1lya%20I-II.r%C3%A9sz-1.pdf>

<sup>50</sup> [http://nfsz.munka.hu/engine.aspx?page=afsz\\_stat\\_egyeni\\_berek\\_2014](http://nfsz.munka.hu/engine.aspx?page=afsz_stat_egyeni_berek_2014)

<sup>51</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport\\_2014\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf)

Nepovoljna situacija u pogledu plata skriva u sebi čak dva faktora rizika. Prvi od njih je onaj koji se tiče opasnosti kontraselekcije. Naime, sudijski posao je vrlo odgovoran, zahteva znanje i predstavlja ozbiljan intelektualan napor te iskušenje tim pre što se radi o vršenju javnih ovlašćenja, pa bi bilo poželjno da poziv sudije izaberu najbolji pravnici. Međutim, uz postojeće uslove u pogledu sudijskih plata ovaj poziv je sve manje privlačan i to naročito u onim delovima države (centralni deo države i zapadna Mađarska) gde su prosečni lični dohoci fakultetski obrazovanih građana i inače viši od državnog proseka. Drugu veliku opasnost predstavlja rizik od porasta korupcije, budući da jednog premalo plaćenog sudiju koji presuđuje u procesima u kojima se ne primenjuju klasična procesna i organizaciona rešenja (javni pretres, kontradiktorni proces, sistem pravnih lekova, kolektivno suđenje), ili se oni samo ograničeno koriste (postupak registracije firmi, produženje i preispitivanje pritvora-istražnog zatvora, proces likvidacije firmi itd.), sudiju samo njegova lična čast zaštićuje od pokušaja da se na nelegitimni način utiče na njegovo odlučivanje. Odgovorni zakonodavac bi svakako morao nastojati da svim razumnim sredstvima smanji mogućnosti za korupciju, a plata dostojna časti i odgovornosti sudije je jedno od takvih sredstava.

Očigledno je da se sa time ne može povući direktna veza, ali вреди razmisliti o tome da je u vremenskom periodu od 2011. do 2013. godine protiv troje sudija pokrenut krivični postupak zbog davanja i primanja mita, a za sada je donešena jedna pravosnažna presuda kojom je utvrđena odgovornost za navedeno krivično delo.<sup>52</sup>

## ZAKLJUČAK

U ovome radu smo pokušali da izvršimo analizu mađarskog sudskog sistema. Dva njegova bazična elementa su efikasnost i kvalitetno suđenje, koji najbolje oslikavaju stanje pravosudnog sistema. Njihova komparacija sa pravnim sistemima drugih država moguća je samo delimično, jer naime, zbog razlika u pravnim sistemima pojedinih država ne postoji jedinstveni metod podesan za međunarodno upoređivanje. Podaci izneseni u javnosti u nekim pogledima oslikavaju gotovo idealno stanje, te bez pružanja pozadinskih informacija pokazuju sliku o izuzetno efikasnom pravosuđu. Takvim se smatra statistički podatak da se na nivou Evropske unije Mađarska nalazi na 7. mestu u pogledu broja sudija na 100.000 stanovnika. Isto tako na efikasnost pravosuđa ukazuju i statistički podaci u vezi sa vremenskim periodom potrebnim za završetak krivičnih procesa. Po istima se mađarski sudovi nalaze na 6. mestu među državama Evropske unije u pogledu

---

<sup>52</sup> Vidi godišnje izveštaje predsednika Državne sudske kancelarije za vremenski period 2011. – 2013. godine: <http://birosag.hu/obh/elnoki-beszamolok/feleves-eves-beszamolok>

brzine rešavanja sporova u građanskim i privrednim predmetima, te na 4. mestu u vezi rešavanja upravnih sporova. Ovi podaci mogu da se smatraju izvanrednima naročito u svetlu činjenice da su budžetska sredstva namenjena sudovima u evropskim okvirima izuzetno niska. Naime, u pogledu izdataka za sudove na 100.000 građana Mađarska se u EU nalazi tek na 18. mestu. U radu ukazujemo i na to da gore navedeni pokazatelji mogu dovesti do iskrivljene slike, a izbegavanje stvaranja takve slike moglo bi se otvoriti samo stvaranjem jedinstvenog opšteevropskog metoda za ocenjivanje uspešnosti funkcionisanja sudova. Postojeći evropski model ocenjivanja naime, pre svega inspiriše rukovodioce sudova u državama članicama da u cilju prikazivanja što bolje ocene, poboljšaju površinske pokazatelje, što je puno jednostavnije nego li postići onaj cilj da sudovi predmete rešavaju temeljno, a opet unutar razumnih rokova. Iako po našem mišljenju procenat uložених žalbi pruža realnu mogućnost da se efikasnost sudija i sudova prikaže objektivno, ipak bi i za taj način ocenjivanja bilo poželjno pronaći jedinstveni model, kako bi se mogla provoditi međunarodna komparacija. Ukazali smo i na to da nedovoljna plaćenost mađarskih sudija nosi u sebi stvarnu opasnost od ugrožavanja principa nezavisnosti sudija. Prema podacima CEPEJ-a za 2012. godinu prosečna bruto plata mađarskih sudija bila je druga najniža plata unutar svih država Evropske unije.<sup>53</sup> Reč je o činjenici koja predstavlja realnu mogućnost kontra selekcije čiji se simptomi već sada naziru. Sva napred navedena mađarska iskustva mogu da budu dragocena za Srbiju i za druge države koje čekaju na članstvo u Evropskoj uniji.

---

<sup>53</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport\\_2014\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf)

*Matyas Bencze, Ph.D., Associate Professor*  
*University of Debrecen*  
*Faculty of Law*  
*bencze.matyas@law.unideb.hu*

## **What to Learn from the Hungarian Judicial Reform?**

**Abstract:** *Hungary has gone through profound constitutional changes in the past five years. The Hungarian justice system has also been affected by these changes. The question is how these structural reforms have influenced the efficiency and quality of judicial practice. The paper charts and evaluates the performance of the Hungarian court system in empirical terms and sheds light on the determining factors of court performance in Hungary. As a general conclusion the paper pays attention to the dangers of putting more emphasis on the surface numbers (such as speed of the trial) by court leaders than on enforcing the fair trial and substantive quality requirements. This should be taken seriously by any country that is seeking to reconstruct its justice system according to European expectations.*

**Key words:** *transitional justice, selection of judges, court performance, efficiency of justice systems, workload of judges, analysis and evaluation of judges' work*

Datum prijema rada: 06.06.2016.

Bojan N. Vlaški, viši asistent  
Univerzitet u Banjoj Luci  
Pravni fakultet u Banjoj Luci  
b.vlaski@pravobl.org

## OBLICI I MODELI ZAŠTITE KONKURENCIJE U UPOREDNOM PRAVU

**Sažetak:** Predstojeći rad razmatra osnovne oblike i modele zaštite konkurencije sa uporedno-pravnog stanovišta. Na samom početku ovog rada određuje se pojam zaštite konkurencije, a konkurencija se posmatra sa različitih aspekata, sve u cilju definisanja njene suštine i određivanja njenog društvenog značaja. Zatim će biti riječi o karakterističnim oblicima zaštite konkurencije, koji će u ovom radu biti grupisani pod opšte kategorije neposredne i posredne zaštite konkurencije. Oba ova oblika obezbjeđuju zaštitu konkurencije kroz različite pravom regulisane procedure, od kojih će naročita pažnja biti posvećena pristupima zaštiti konkurencije prisutnim u komparativnom pravu. Nakon toga, biće izvršen kratak uvid u najznačajnije uporednopravne modele zaštite konkurencije, njihovu istorijsku genezu, te prikazane osnovne karakteristike ovih modela. Kao ishod preduzetog istraživanja u zaključnim razmatranjima će biti istaknuti elementi modela zaštite konkurencije primjenjivog u pravnim sistemima država nastalih na prostoru bivše Jugoslavije.

**Ključne reči:** zaštita konkurencije; neposredna i posredna zaštita konkurencije; američki model zaštite konkurencije; evropski model zaštite konkurencije.

### 1. UVOD

Ekonomski odnosi u XXI vijeku, gotovo bez izuzetka počivaju na konceptu tržišne privrede. Bez obzira na međusobne razlike, države savremenog svijeta su se listom opredijelile za tržišnu privredu kao temelj njihovog razvoja. S tim u vezi se kao jedan od primarnih zadataka regulatora ekonomskih procesa (država i međudržavnih asocijacija) izdvaja podsticanje i očuvanje odgovarajućeg stepena konkurencije na tržištu. S obzirom da konkurencija podrazumijeva stalno takmičenje, pa i sukobljavanje tržišnih aktera, neophodno je izgraditi adekvatna pravila

igre, kako bi odvijanje tržišne utakmice ostalo u društveno prihvatljivim okvirima. Tako se kao najvažnije sredstvo zaštite konkurencije javljaju različite pravno regulisane procedure, koje se manifestuju kroz nekoliko oblika. Danas je malo država čiji pravni sistemi ne sadrže posebne regule o zaštiti konkurencije, a pravo konkurencije se neprestano nadograđuje i usavršava. Stoga se u ovom radu nastoje identifikovati oblici i modeli zaštite konkurencije koji su zastupljeni u uporednom pravu.

## 2. POJAM I ZNAČAJ ZAŠTITE KONKURENCIJE

Termin konkurencija ima više značenja i može se dovesti u vezu kako sa različitim društvenim djelatnostima, tako i sa određenim procesima u prirodi. Izraz konkurencija (lat. *concurrentia* – suparništvo, takmičenje, nadmetanje)<sup>1</sup> postavljen u kontekst tržišnih privrednih odnosa, predstavlja „sistem u kome svaki privredni subjekt nastupa na tržištu svojom privrednom inicijativom, tako da među njima nastaje privredno takmičenje“<sup>2</sup>. Iako se radi o ekonomskoj kategoriji, konkurencija je proučavana ne samo u okvirima ekonomske teorije, nego i od strane poslenika pravnih, te političkih nauka.

Pojam konkurencije na relevantnom tržištu se može odrediti kao proces nadmetanja privrednih subjekata<sup>3</sup>, pri čemu svaki od tih subjekata nastoji da kupcima ponudi robu po cijeni, količini i kvalitetu koji će mu omogućiti da prisvoji maksimalan ekonomski profit. Usljed takvih međusobnih odnosa, privredni subjekti su izloženi pritisku za stalnim usavršavanjem i unaprjeđenjem efikasnosti. Djelovanje konkurentskog pritiska, doprinosi stvaranju uslova za ekonomsku efikasnost pojedinačnih privrednih subjekata, ali i privrede kao cjeline, čime se pozitivno djeluje na privredni rast i društveno blagostanje. Međutim, konkurentski pritisak može da dovede i do neželjenih efekata. Naime, pojedini privredni subjekti nastoje da umanje djelovanje konkurentskog pritiska, preduzimajući određene aktivnosti usmjerene protiv odvijanja konkurencije na tržištu, bilo da je ograničavaju, narušavaju ili u potpunosti sprječavaju<sup>4</sup>. Postojanje prikazanih ambivalentnih motiva ponašanja privrednih subjekata pod dejstvom konkurentskog pritiska zahtjeva razvijanje adekvatnih mehanizama zaštite konkurencije, u cilju afirmisanja njenih pozitivnih efekata i suzbijanja mogućih negativnih posljedica.

Savremena društva, odnosno države poznaju različite metode i oblike regulacije ponašanja privrednih subjekata, koji obuhvataju širok spektar normi, standar-

---

<sup>1</sup> *Ekonomski leksikon*, Savremena administracija, Beograd 1975, 594.

<sup>2</sup> *Pravna enciklopedija, I*, Savremena administracija, Beograd 1985, 649.

<sup>3</sup> Pod privrednim subjektima u ovom radu podrazumijevamo proizvođače dobara, pružaoce usluga, distributere, te druge subjekte koji se javljaju na strani ponude robe/usluga.

<sup>4</sup> Boris Begović, Vladimir Pavić, *Uvod u pravo konkurencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 11-16.

da i pravila ponašanja, formalnih i neformalnih, među kojima se izdvajaju javno-pravne i privatnopravne norme, vanpravna pravila profesionalnih organizacija i udruženja, te privredna praksa<sup>5</sup>. Ukupnost propisa, mjera i drugih aktivnosti države (ali i određenih oblika povezivanja država) koje se usvajaju i preduzimaju radi zaštite konkurencije označavaju se pojmom – politika zaštite konkurencije. Bez obzira na pluralitet metoda i oblika regulacije, pravo ostaje osnovni instrument regulacije tržišnih privreda i primarno sredstvo zaštite konkurencije. Nepostojanje odgovarajućeg pravnog okvira ili izostanak njegove dosljedne realizacije u praksi, povećavaju opasnost od povreda konkurencije i štetnih posljedica po odvijanje ekonomskog života. O tome svjedoči globalna ekonomska kriza koja je eskalirala 2008. godine, a čiji se korijeni mogu naći u neadekvatnom regulatornom okviru i izigravanju propisa o finansijskim tržištima. Kao rezultat svijesti o potrebi odgovarajućeg pravnog okvira za odvijanje konkurencije na tržištu, više od sto država je izgradilo kapacitete svojih pravnih sistema za zaštitu konkurencije<sup>6</sup>.

Pravna regulacija tržišne konkurencije se usmjerava kako na materijalno-pravna, tako i na procesno-pravna pitanja. Tako je stvoreno pravo konkurencije, kao posebna grana prava, čije materijalno-pravne norme postavljaju osnovne zahtjeve zaštite konkurencije, odnosno zabrane njenog ograničavanja, narušavanja ili sprječavanja. Ipak, pravni poredak toleriše određene povrede konkurencije koje, uzimajući u obzir kriterijum protoka vremena, imaju pozitivne efekte na društveno blagostanje, a koje se izuzimaju iz režima sankcionisanja putem instituta izuzeća restriktivnih sporazuma. Uspješnost zaštite konkurencije, između ostalog, zavisi od sistema procesno-pravnih normi koje treba da osiguraju prevenciju i sankcionisanje ponašanja kojima se povređuje konkurencija. Najvažnije među tim normama su upravno-procesne, građansko-procesne i krivično-procesne norme. Na temelju prethodnih postavki, „pravo konkurencije može da se definiše kao skup propisa koji treba da obezbede da se konkurencija na tržištu ne narušava na način kojim se umanjuje društveno blagostanje“<sup>7</sup>. Valja napomenuti da pojedini autori razlikuju pravo konkurencije u užem smislu (koje obuhvata regulisanje zabranjenih sporazuma, zabrane zloupotrebe dominantnog položaja i kontrole koncentracija) i pravo konkurencije u širem smislu (obuhvata kontrolu državne pomoći, tzv. nelojalnu konkurenciju i javne nabavke)<sup>8</sup>.

Tržišna konkurencija ima višestruki značaj u savremenim tržišnim privredama. S obzirom da predstavlja motor privrednog rasta, njena zaštita je postala

<sup>5</sup> Tatjana Jovanić, *Proces regulacije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 185-262.

<sup>6</sup> Vid. Web stranicu Međunarodne konkurencijske mreže, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>, 21. januar 2016.

<sup>7</sup> B. Begović, V. Pavić, 23-24.

<sup>8</sup> Kanita Imamović-Čizmić, „Modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije i njihova veza sa ekonomskom ulogom države“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LV-2012, 267.



imperativ ne samo u nacionalnim državama, nego i u međudržavnim asocijacijama, među kojima prednjači Evropska unija (dalje: EU). Recepcija *acquis communautaire* u oblasti zaštite konkurencije je jedan od najvažnijih zahtjeva koje Evropska komisija postavlja pred države kandidate za članstvo u EU, što pokazuju izvještaji Evropske komisije kojima se ocjenjuje napredak država kandidata i potencijalnih kandidata za članstvo u EU u procesu evropskih integracija<sup>9</sup>. U tom pogledu, važno je da države kandidati za članstvo u EU ne pribjegnu nekritičkom preuzimanju pravnih rješenja iz inostranstva, što može dovesti do pravne nesigurnosti i nanošenja veće štete po javne interese<sup>10</sup>.

Politika zaštite konkurencije treba da doprinese ostvarenju raznovrsnih ciljeva. U centru njenog interesovanja je potreba za očuvanjem optimalnog stepena konkurentskog pritiska. Takođe, politika zaštite konkurencije ima za cilj da unaprijedi kolektivnu zaštitu potrošača od praksi i radnji kojima se povređuje konkurencija, iz razloga što se time narušavaju prava i interesi potrošača. Paralelno sa kolektivnom zaštitom, pojedinačni interesi potrošača se štite neposrednijim putevima, kroz druge vidove (upravno)pravne zaštite potrošača<sup>11</sup>. Pored toga, zaštita konkurencije doprinosi sigurnosti i predvidivosti poslovanja privrednih subjekata, što ide u prilog stvaranju povoljnog ambijenta za investicije. Optimalan nivo konkurentskog pritiska je blagotvoran za investiranje u istraživanje i inovacije, čime se postižu značajne koristi za privredu i društvo. Postoji stanovište da politika konkurencije treba da osigura suzbijanje inflacije, integrisanje tržišta, zaštitu malih i srednjih preduzeća i dr<sup>12</sup>. Nasuprot tome, pojedini autori smatraju da je glavni cilj prava i politike zaštite konkurencije onemogućavanje narušavanja konkurencije koje dovodi do umanjenja društvenog blagostanja, dok se ostvarenje drugih ciljeva ostavlja drugim politikama<sup>13</sup>.

Zaštitna funkcija politike i prava konkurencije najprije je usmjerena ka omogućavanju odvijanja tržišnih odnosa koje karakteriše postojanje optimalnog konkurentskog pritiska, te što „zdravije“ konkurencije među privrednim subjektima, sve u cilju povećanja društvenog blagostanja. Ipak, ne može se negirati činjenica da se istim putem omogućava ostvarenje drugih, povezanih ciljeva. Koristi od efikasne zaštite konkurencije će u prvom redu imati potrošači, a uvećanje društvenog blagostanja, kao posljedica efikasne zaštite konkurencije, biće od uticaja i na borbu

---

<sup>9</sup> Vid. Izvještaje Evropske komisije o napretku Srbije (posebno str. 36) i Bosne i Hercegovine (posebno str. 41-42) u procesu evropskih integracija iz novembra 2015. godine, Strategy and Reports, [http://ec.europa.eu/enlargement/countries/strategy-and-progress-report/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/countries/strategy-and-progress-report/index_en.htm), 22. januar 2016.

<sup>10</sup> Dijana Marković-Bajalović, „Pravna sigurnost i pravo konkurencije“, *Pravo i privreda*, XLVII, 7-9/2013, 67.

<sup>11</sup> T. Jovanić, „Upravnopravna zaštita potrošača“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LXI, 2/2013.

<sup>12</sup> K. Imamović-Čizmić, 278-280.

<sup>13</sup> B. Begović, V. Pavić, 24.

protiv siromaštva, podizanje životnog standarda građana, suzbijanje inflacije i druge javne politike. Uostalom, pored zaštite konkurencije na tržištu kao osnovnog cilja, u uporednom pravu eksplicitno su prihvaćeni i drugi ciljevi, kao što su: zaštita potrošača (tako je u zakonskim propisima o zaštiti konkurencije u Kanadi, NR Kini, Poljskoj, Južnoafričkoj Republici, Rumuniji, Danskoj, Mađarskoj, Indiji, Republici Irskoj, Japanu, Makedoniji i Srbiji), osiguranje efikasnosti privrede, odnosno tržišta (u Kanadi, NR Kini, Južnoafričkoj Republici, Ruskoj Federaciji, Mađarskoj i Makedoniji), stvaranje uslova za rad i razvoj malih i srednjih preduzeća (u Kanadi i Južnoafričkoj Republici), zaštita javnih interesa (u NR Kini, Južnoafričkoj Republici i Mađarskoj), društveno i/ili ekonomsko blagostanje i razvoj (u Južnoafričkoj Republici, Mađarskoj, Indiji i Japanu), osiguranje jedinstvenog ekonomskog prostora (u Ruskoj Federaciji), efikasna alokacija društvenih resursa (u Danskoj) i povećanje nivoa zaposlenosti (u Japanu).

### 3. OBLICI ZAŠTITE KONKURENCIJE

Postoji više oblika putem kojih se vrši zaštita konkurencije, među kojima se ističu upravno-procesna, građansko-procesna i kazneno-procesna zaštita konkurencije<sup>14</sup>. Prema kriterijumu prevashodnog cilja postup(a)ka kojim se štiti konkurencija moguće je razlikovati: 1) neposrednu zaštitu konkurencije, koja se ostvaruje pred organima nadležnim za zaštitu konkurencije, u upravnom ili odgovarajućem sudskom postupku i 2) posrednu zaštitu konkurencije, koja se ostvaruje pred nadležnim sudovima i drugim organima u građanskim, krivičnim, prekršajnim i upravnim postupcima, koji za primaran cilj imaju druga pitanja (naknadu štete, utvrđivanje krivične/prekršajne odgovornosti, kontrolu postupaka javnih nabavki i državne pomoći i dr.).

#### 3.1. Neposredna zaštita konkurencije

Ključna obilježja neposredne zaštite konkurencije ogledaju se u postojanju posebnih organa i posebnih procedura kojima je osnovni cilj zaštita konkurencije. Generalno posmatrano, izdvajaju se dva pristupa neposrednoj zaštiti konkurencije: 1) privatnopravni model zaštite konkurencije i 2) javnopravni (upravnopravni) model zaštite konkurencije.

Privatnopravni model zaštite konkurencije je prvi stupio na istorijsku scenu, a počeci mu se mogu pratiti od 1890. godine i usvajanja Šermanovog zakona u Sjedinjenim Američkim Državama (dalje: SAD). Prema ovom modelu, centralna uloga u zaštiti konkurencije je namijenjena sudovima koji ispituju eventualno

---

<sup>14</sup> Značenje izraza „kazneno“, u ovom radu je shvaćeno u smislu mogućnosti izricanja kazne (krivične ili prekršajne sankcije) počiniocima akata koji imaju antikongkurencijski predznak.

postojanje povrede konkurencije, najčešće primjenom građansko-procesnih normi, a pravo pokretanja postupka je osigurano širokom krugu pravnih i fizičkih lica. Danas se izrazitim predstavnicima ovog modela zaštite konkurencije smatraju SAD i Kanada, iako su u ovim državama istovremeno prihvaćeni određeni elementi javnopravnog (upravnopravnog) modela.

Većina savremenih država se opredijelila za javnopravni (upravnopravni) model zaštite konkurencije. Centralnu ulogu u ovakvom sistemu zauzimaju nezavisna i/ili samostalna tijela specijalizovana za zaštitu konkurencije, koja postupaju u skladu sa opštim i posebnim upravno-procesnim normama, pri čemu se ne smije zanemariti značaj komplementarne primjene građansko-pravnih i kaznenopravnih normi kao dopuna ovog modela<sup>15</sup>. Ovaj oblik zaštite konkurencije je, *mutatis mutandis*, prihvaćen u NR Kini, EU i većini država evropskog kontinenta.

Analizom propisa o zaštiti konkurencije u 27 država<sup>16</sup>, posebno odredbi koje se odnose na nadležne organe, postupak i kontrolu odluka u postupcima zaštite konkurencije, zaključili smo da se danas ne može govoriti o ostrim i nepremostivim granicama između privatnopravnog i javnopravnog (upravnopravnog) modela neposredne zaštite konkurencije. Evidentno je da se razlike između modela smanjuju, te da se sistemi uzajamno dopunjuju, sve u cilju iznalaženja najboljih rješenja za zaštitu konkurencije. Zajedničko za oba modela je da se zaštita konkurencije shvata kao djelatnost od javnog interesa (pri čemu se, u pravilu, ne zanemaruje pravo zainteresovanih lica da zaštite svoja prava i pravne interese), te da se normira zakonskim putem, uglavnom uz upotrebu upravno-procesnih instrumenata i značajnu ulogu sudova<sup>17</sup>. Iz preduzete komparativne analize proizlazi nekoliko zaključaka o osobenostima neposredne zaštite konkurencije.

Sve posmatrane države formirale su posebne organe, koji se mogu svrstati u okvire javne uprave, a čiji je osnovni zadatak zaštita konkurencije. U većini analiziranih zakonodavstava riječ je o nezavisnim i/ili samostalnim kolegijalnim organima sa svojstvom pravnog lica, koji imaju 5, 6, 7 ili 8 članova.<sup>18</sup> Izuzetak

---

<sup>15</sup> B. Begović, V. Pavić, 131.

<sup>16</sup> Za potrebe ovog rada analizirane su pojedine odredbe propisa o zaštiti konkurencije u Albaniji, Austriji, Bosni i Hercegovini, Brazilu, Bugarskoj, Grčkoj, Danskoj, Indiji, Italiji, Južnoafričkoj Republici, Kanadi, Mađarskoj, Makedoniji, Meksiku, NR Kini, Poljskoj, Republici Irskoj, Rumuniji, Rusiji, SAD, Sloveniji, Srbiji, SR Njemačkoj, Hrvatskoj, Crnoj Gori, Češkoj i Švajcarskoj. Izvorima informacija je pristupljeno putem web stranice Međunarodne konkurencijske mreže: Member Directory, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/members/member-directory.aspx>, 3. februar 2016.

<sup>17</sup> Sanja Danković-Stepanović, „Efektivna zaštita konkurencije (pravo, privreda i država)“, *Pravo i privreda*, XLVII, 7-9/2013, 92.

<sup>18</sup> Vid. čl. 18 albanskog Zakona o zaštiti konkurencije, čl. 20-22 Zakona o konkurenciji BiH, čl. 3-4 bugarskog Zakona o zaštiti konkurencije, čl. 12 grčkog Zakona o zaštiti slobodne konkurencije, čl. 7-8 Zakona o konkurenciji Indije, čl. 12 Zakona o konkurenciji i zaštiti potrošača Republike Irske, čl. 10 italijanskog Zakona o konkurenciji i slobodnoj trgovini, čl. 26 makedonskog Zakona o zaštiti konkurencije, čl. 10 meksičkog Saveznog zakona o ekonomskoj konkurenciji, čl. 16-17 ru-

predstavlja švajcarska Konkurencijska komisija (ima 12 članova), iako po slovu zakona nezavisna od upravnih vlasti, administrativno je u sastavu Saveznog odjeljenja za ekonomske poslove, obrazovanje i istraživanje.<sup>19</sup> Interesantno je da se istom odredbom švajcarskog zakona ostavlja mogućnost organizovanja Konkurencijske komisije u vijeća, koja imaju nezavisna ovlaštenja za odlučivanje. Pojedine države imaju nezavisne i/ili samostalne organe za zaštitu konkurencije koji imaju inokosni oblik, ali u čijem sastavu funkcionišu kolegijalna tijela (u Austriji ovo tijelo ima savjetodavni karakter)<sup>20</sup>. Druge države ove organe formiraju na inokosnom principu, od kojih su jedni organizaciono nezavisni i/ili samostalni<sup>21</sup>, a drugi djeluju u sastavu resornih ministarstava<sup>22</sup>. Specifičan je pristup organizovanju tijela nadležnih za zaštitu konkurencije u NR Kini, gdje djeluju: Ministarstvo finansija (nadležno za kontrolu koncentracija), Nacionalna komisija za razvoj i reforme (ima ovlaštenja u pogledu antikonkurencijskih ponašanja koja se odnose na pitanje cijena) i Državna uprava za industriju i trgovinu (nadležna za antimonopolско djelovanje necjenovnog karaktera), a svi su neposredno odgovorni kineskoj vladi<sup>23</sup>.

Sljedeća zajednička karakteristika odnosi se na karakter postup(a)ka koji nadležni organi vode u cilju zaštite konkurencije. Sve posmatrane države prihvataju upravni postupak kao, najčešće jedini, put do meritornog odlučivanja u cilju zaštite konkurencije. U mnogim zemljama se izričito normira supsidijarna primjena pravila opšteg upravnog postupka<sup>24</sup>. Druge države štite konkurenciju u postupcima propisanim konkurencijskim zakonima, uz shodnu primjenu pravila upravnog, krivičnog i/ili građanskog postupka, u zavisnosti od konkretnih procesnih radnji (npr. Brazil, Italija, Južnoafrička Republika, Kanada, Mađarska, Meksiko,

munskog Zakona o konkurenciji, čl. 1 Zakona o Federalnoj trgovinskoj komisiji SAD, čl. 12 slovenačkog Zakona o sprečavanju ograničavanja konkurencije, čl. 20 Zakona o zaštiti konkurencije Srbije, kao i čl. 27 Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja Hrvatske.

<sup>19</sup> Vid. čl. 19 švajcarskog Saveznog zakona o kartelima i drugim ograničenjima konkurencije.

<sup>20</sup> Vid. čl. 16 austrijskog Zakona o konkurenciji, čl. 14 danskog Zakona o konkurenciji, čl. 35 mađarskog Zakona o zabrani nepravilnih i restriktivnih tržišnih praksi, kao i čl. 40 Zakona o zaštiti konkurencije Ruske Federacije.

<sup>21</sup> Vid. čl. 19-20 Zakona o konkurenciji Južnoafričke Republike, čl. 7 Zakona o konkurenciji Kanade, čl. 29 poljskog Zakona o zaštiti konkurencije i potrošača, čl. 19 Zakona o zaštiti konkurencije Crne Gore, te čl. 1 češkog Zakona o okviru nadležnosti Kancelarije za zaštitu konkurencije.

<sup>22</sup> Vid. čl. 1 austrijskog Zakona o konkurenciji, čl. 4 brazilskog Zakona o zaštiti konkurencije i čl. 51 Zakona protiv ograničenja konkurencije SR Njemačke.

<sup>23</sup> Vid. čl. 9 Antimonopolskog zakona NR Kine, kao i tekst: Competition Policy and Enforcement in China, [https://www.uschina.org/sites/default/files/AML%202014%20Report%20FINAL\\_0.pdf](https://www.uschina.org/sites/default/files/AML%202014%20Report%20FINAL_0.pdf), 4. februara 2016.

<sup>24</sup> Vid. čl. 32 albanskog Zakona o zaštiti konkurencije, čl. 26 Zakona o konkurenciji BiH, čl. 31 makedonskog Zakona o zaštiti konkurencije, čl. 15 slovenačkog Zakona o sprečavanju ograničavanja konkurencije, čl. 34 Zakona o zaštiti konkurencije Srbije, čl. 35 Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja Hrvatske, čl. 26 Zakona o zaštiti konkurencije Crne Gore, čl. 25a češkog Zakona o zaštiti konkurencije i čl. 39 švajcarskog Zakona o kartelima i drugim ograničenjima konkurencije.

NR Kina, Poljska, Republika Irska, Rumunija, Ruska Federacija, SAD, SR Njemačka i Švajcarska). U Brazilu i Ruskoj Federaciji se u postupcima propisanim zakonima o zaštiti konkurencije supsidijarno primjenjuju opšte građanskoprocesne odredbe<sup>25</sup>, dok se u Grčkoj i Danskoj primjenjuju i pravila koja donose konkurencijska tijela<sup>26</sup>. U većini posmatranih zakonodavstava, upravni postupak je jednostepen (npr. u Albaniji, BiH, Brazilu, Bugarskoj, Grčkoj, Italiji, Mađarskoj, Makedoniji, NR Kini, Poljskoj, Rumuniji, SAD, Sloveniji, Srbiji, Hrvatskoj, Crnoj Gori i Švajcarskoj), a pojedina zakonodavstva predviđaju mogućnost pobijanja nemeritornih odluka u istom postupku<sup>27</sup>. Dvostepenost upravnog postupka je predviđena u Češkoj u skladu sa čl. 81-83 Zakona o upravnom postupku iz 2004. godine, koji se supsidijarno primjenjuje na osnovu čl. 25 češkog Zakona o zaštiti konkurencije. Žalba se izjavljuje direktoru Kancelarije za zaštitu konkurencije, u odnosu na prvostepene upravne akte rukovodioca unutrašnje organizacione jedinice za zaštitu konkurencije. U pojedinim državama nadležni organi imaju ovlašćenja na vođenje postupka zaštite konkurencije i utvrđivanje činjeničnog stanja, dok se donošenje meritornih odluka u najvećoj mjeri prepušta (kvazi)sudskim organima (npr. u Austriji, Južnoafričkoj Republici, Kanadi i djelimično u SAD). Interesantno je da u većini država upravni postupak ima karakteristike upravnog inspekcijskog postupka<sup>28</sup>, sa ovlašćenjima nadležnih organa na izricanje upravnih mjera i novčanih kazni. Osim toga, u pojedinim državama se komplementarno primjenjuju pravila upravnog i prekršajnog postupka<sup>29</sup>.

Konačno, razlike između pojedinih pravnih režima mogu se uočiti u pogledu kontrole meritornih odluka donesenih u postupcima zaštite konkurencije. U pravnim sistemima koji poznaju meritorno donošenje odluka od strane organa javne uprave po provedenom upravnom postupku, sudska kontrola se, po pravilu, obavlja u upravnom sporu od strane upravnih sudova ili redovnih sudova<sup>30</sup>. Izu-

---

<sup>25</sup> Vid. čl. 115 Zakona o zaštiti konkurencije Brazila i čl. 2 Zakona o zaštiti konkurencije Rusije.

<sup>26</sup> Vid. čl. 16 grčkog Zakona o zaštiti slobodne konkurencije i čl. 15 danskog Zakona o konkurenciji.

<sup>27</sup> Vid. čl. 81-82 mađarskog Zakona o zabrani nepravdičnih i restriktivnih tržišnih praksi, kao i čl. 38 Zakona o zaštiti konkurencije Republike Srbije.

<sup>28</sup> S. Danković-Stepanović, Dobrosav Milovanović, „Institut poravnanja i prekid postupka zaštite tržišne konkurencije od zloupotrebe dominantnog položaja“, *Pravna riječ*, XI, 39/2014, 268-270.

<sup>29</sup> Vid. čl. 31 Zakona o zaštiti konkurencije Makedonije, čl. 81-86 Zakona protiv ograničenja konkurencije SR Njemačke, čl. 35 Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja Hrvatske i čl. 26 Zakona o zaštiti konkurencije Crne Gore.

<sup>30</sup> Vid. čl. 40 albanskog Zakona o zaštiti konkurencije, čl. 46 Zakona o konkurenciji BiH, čl. 64 Zakona o zaštiti konkurencije Bugarske, čl. 30 grčkog Zakona o zaštiti slobodne konkurencije, čl. 33 st. 1 Zakona o konkurenciji i slobodnoj trgovini Italije, čl. 53 Zakona o zaštiti konkurencije Makedonije, čl. 53 Antimonopolskog zakona NR Kine, čl. 20 st. 6 rumunskog Zakona o konku-

zeci od ovog pristupa su zastupljeni u Brazilu, Mađarskoj, Meksiku, SR Njemačkoj, Poljskoj<sup>31</sup> i Ruskoj Federaciji, gdje se kontrola vrši prema odredbama zakona kojim se reguliše parnični postupak. Meksičko pravo poznaje posebno pravno sredstvo *amparo*, kojim se pred saveznim sudovima pokreće postupak zaštite prava, a koje se može podnijeti i protiv odluka organa javne uprave. U Poljskoj kontrolnu funkciju vrši poseban Sud za konkurenciju i zaštitu potrošača<sup>32</sup>, dok je u Ruskoj Federaciji kontrolna uloga povjerena posebnim arbitražnim sudovima (čl. 52 u vezi sa čl. 2 ruskog Zakona o zaštiti konkurencije). Smatramo da primjena pravila parničnog postupka prilikom kontrole odluka konkurencijskih tijela nije optimalno rješenje, imajući u vidu da se radi o pojedinačnim aktima organa javne uprave kojima se rješava o pravima i obavezama fizičkih ili pravnih lica. Osim toga, znatno je prisustvo javnih interesa u konkurencijskoj materiji, te bi stoga bi bilo adekvatnije ovu kontrolu vršiti prema pravilima upravno-sudskog postupka, što naročito važi za zemlje koje usvajaju javnopravni (upravnopravni) model zaštite konkurencije. Konačno, u Austriji, Danskoj, Južnoafričkoj Republici, Indiji, Kanadi, Republici Irskoj, djelimično u SAD, te u drugim državama koje prihvataju pretežno privatnopravni model zaštite konkurencije, nadležnost za zaštitu konkurencije kako putem meritornog odlučivanja, tako i kroz kontrolu takvog odlučivanja od strane organa javne uprave nadležnih za zaštitu konkurencije, pripada (kvazi)sudskim organima. Građansko-pravna sudska zaštita konkurencije kao dopuna upravnopravnoj je prisutna i u državama koje usvajaju javnopravni model zaštite konkurencije (npr. u Albaniji, Bugarskoj, Italiji, Makedoniji, Meksiku, NR Kini, Sloveniji, Srbiji, Hrvatskoj, Crnoj Gori i Švajcarskoj), a uglavnom se svodi na mogućnost obraćanja sudu radi dosuđivanja naknade štete koja je pričinjena antikonkurencijskim djelovanjem.

Očigledno je da, bez obzira na modalitete neposredne zaštite konkurencije, zajedničko svojstvo organa za zaštitu konkurencije je njihova prvenstvena usmjerenost na pružanje (u)pravne zaštite tržišnoj konkurenciji. U tome se ogleda *differentia specifica* neposredne u odnosu na posrednu zaštitu konkurencije.

---

renciji, čl. 54 slovenačkog Zakona o sprečavanju ograničavanja konkurencije, čl. 71-72 Zakona o zaštiti konkurencije Srbije, čl. 67 Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja Hrvatske, čl. 64 Zakona o zaštiti konkurencije Crne Gore, čl. 4 st. 1 češkog Zakona o administrativnoj pravdi i čl. 44-47 švajcarskog Saveznog zakona o upravnom postupku.

<sup>31</sup> Vid. čl. 115 Zakona o zaštiti konkurencije Brazila u vezi sa čl. 5 XXXV brazilskog Ustava, čl. 327 i 339 mađarskog Zakona o građanskom postupku u vezi sa čl. 83 st. 4 Zakona o zabrani nepravilnih i restriktivnih tržišnih praksi, čl. 2 meksičkog Amparo zakona u vezi sa čl. 103 i 107 st. 1 tač. IV meksičkog Ustava, čl. 73 Zakona protiv ograničenja konkurencije SR Njemačke i Mateusz Błachucki, *Polish competition law-commentary, case law and texts*, Office of Competition and Consumer Protection, Warsaw 2013, 74.

<sup>32</sup> Izuzetno, upravni sudovi vrše kontrolu zbog nerješavanja i određenih povreda upravno-procesnih pravila učinjenih od strane Kancelarije za konkurenciju i zaštitu potrošača. M. Błachucki, 30-31.



### 3.2. Posredna zaštita konkurencije

Pod pojmom posredna zaštita konkurencije podrazumijevamo određene postupke koji nisu primarno usmjereni na zaštitu konkurencije, ali rezultat njihovog provođenja može biti sankcionisanje ponašanja kojima se povrjeđuje tržišna konkurencije ili se negativno utiče na njeno odvijanje. Izdvajaju se građansko-procesna zaštita konkurencije, kazнено-procesna zaštita konkurencije, te kontrole javnih nabavki i državne pomoći.

Građansko-procesna zaštita konkurencije se odvija u dva pravca. Prvo, kroz privatnopravni model neposredne zaštite konkurencije, i to u pravnim sistemima koji sudskim organima prepuštaju ulogu glavnih subjekata zaštite konkurencije. S druge strane, građansko-procesna zaštita konkurencije ima posredan oblik u slučajevima vođenja postupaka naknade štete prouzrokovane aktima i radnjama kojima se narušava ili ograničava konkurencija na tržištu, te u vezi sa pitanjem utvrđivanja ništavosti restriktivnih sporazuma u parničnom postupku<sup>33</sup>. Građansko-procesni vid zaštite konkurencije je najstariji i više od jednog vijeka se primjenjuje u SAD, a u posljednje vrijeme se koristi u praksi Suda pravde EU<sup>34</sup>.

Kazнено-procesna zaštita konkurencije se javlja u dva vida: 1) kao dopuna upravno-procesnoj zaštiti konkurencije, u pravnim sistemima koji sankcionisanje povreda konkurencije utvrđenih u upravnom postupku omogućavaju putem prekršajnog postupka (npr. u Crnoj Gori) i 2) kao krivično-pravna zaštita konkurencije, u smislu postojanja krivične odgovornosti subjekata prava koji izvrše najteže povrede konkurencije, pojačavajući zaštitu konkurencije u pravnom sistemu, kako sa stanovišta generalne, tako i po pitanju specijalne prevencije<sup>35</sup>.

Uticaj javnih nabavki na odvijanje tržišne utakmice proizlazi iz činjenice da su država, kao i organi lokalne samouprave među najvećim kupcima robe i usluga na tržištu<sup>36</sup>. Ovo posebno dolazi do izražaja u državama koje preduzimaju „kejnzijske“ mjere pokretanja ekonomskih aktivnosti. Stoga je formulisanje preciznih i transparentnih procedura o javnim nabavkama, neophodan preduslov zaštite javnih i privatnih interesa učesnika u postupcima javnih nabavki, ali i posredan faktor zaštite konkurencije na tržištu. Prema tome, jedan od osnovnih ciljeva politike javnih nabavki se odnosi na zaštitu konkurencije. Tako se zabranjuje favorizovanje određenih dobavljača, pružalaca usluga i vršilaca radova, kako bi se javna sredstva koristila za zadovoljavanje javnih potreba, a ne koruptivnim aktivnostima usmjeravala u njihov ekstraprofit<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> B. Begović, V. Pavić, 140-141.

<sup>34</sup> S. Danković-Stepanović, 81.

<sup>35</sup> B. Begović, V. Pavić, 141-142.

<sup>36</sup> Vid. Size of public procurement market, <http://dx.doi.org/10.1787/888932391013>, 6. februar 2016.

<sup>37</sup> T. Jovanić (2014), 167.



Najzad, jedan od pojavnih oblika posredne zaštite konkurencije srećemo u materiji pružanja državne pomoći, kao specifičnog vida uticaja države na odvijanje tržišne konkurencije<sup>38</sup>. Naime, nisu rijetke situacije u kojima država svojim aktivnostima pomaže određene privredne subjekte, čime narušava konkurenciju umanjujući konkurentski pritisak. Kako bi se takve aktivnosti spriječile ili ograničile, posebni organi u upravnom postupku kontrolišu pružanje državne pomoći,<sup>39</sup> istovremeno doprinoseći i zaštiti konkurencije.

#### 4. UPOREDNO-PRAVNI MODELI ZAŠTITE KONKURENCIJE

Istorijski posmatrano, prvi pojavni oblici zaštite konkurencije se mogu uočiti još u periodu antičkog Rima (*Lex Iulia de Annona*) i srednjevjekovnoj kontinentalnoj Evropi (*lex mercatoria*). Ipak, direktna inspiracija stvaraocima američkog antimonopolskog prava bila je doktrina ograničenja trgovine (*restraint of trade*), koja je nastala u engleskom opštem pravu (*common law*)<sup>40</sup>. Pod uticajem ove doktrine, počevši od kraja XIX vijeka, razvija se američki model zaštite konkurencije. Od druge polovine XX vijeka, prema iskustvima američkog uzora, a u okvirima Evropskih zajednica, nastaje evropski model zaštite konkurencije, koji će izvršiti uticaj na nacionalna prava većine država Evrope.

##### 4.1. Američki model zaštite konkurencije

Počeci pravnog regulisanja zaštite konkurencije u SAD se vezuju za kraj XIX vijeka. U ovom periodu jačaju korporacije, pojavljuju se monopoli na tržištu, a formiraju se i prve regulatorne agencije, čiji je zadatak otklanjanje nesavršenosti tržišta. To je doba intenzivnog razvoja američkog upravnog prava, koje će od 30-ih godina XX vijeka postati važno sredstvo intervencije države u ekonomiji<sup>41</sup>.

Prvim federalnim propisom o zaštiti konkurencije, tzv. Šermanovim zakonom (*Sherman's Act*) iz 1890. godine<sup>42</sup>, zabranjeni su monopoli. Inače, jedan od osnov-

<sup>38</sup> B. Begović, V. Pavić, 108-120.

<sup>39</sup> U pojedinim državama, funkcije kontrole državne pomoći obavljaju tijela koja su nadležna za zaštitu konkurencije (tako je u Danskoj, Makedoniji, Poljskoj, Češkoj i Španiji).

<sup>40</sup> Paolo Buccirossi (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press, Cambridge-Massachusetts, 2008, xi.

<sup>41</sup> Marko Davinić, *Koncepcija upravnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Dosije, Beograd 2004, 64.

<sup>42</sup> An Act To Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies – Sherman Antitrust Act, *U.S. Code*, Title 15, 1-7; Poznato je obrazloženje za donošenje ovog zakona, koje je njegov glavni autor, senator Džon Šerman dao u govoru Kongresu SAD: „Ako ne trpimo kralja kao političku vlast ne bi smjeli da trpimo kralja u oblasti proizvodnje, transporta i prodaje bilo koje od životnih potreba“. Nav. prema: Bogdan Gecić, „Novi zakon o zaštiti konkurencije“, *Pravni informator*, XII, 9, Beograd 2009, 48.

nih razloga njegovog donošenja bila je pojačana monopolizacija u privrednom životu SAD krajem XIX vijeka (neka od imena tadašnjih vodećih monopolista su prisutna i danas, kao što su Rokfeler, Dž.P. Morgan, Ford i drugi). Na osnovu Šermanovog zakona, fizička i pravna lica koja su bila pogođena monopolskim ponašanjem su mogla dobiti zaštitu pred federalnim sudovima, a postupak je pokretao nadležni javni tužilac, odnosno Antimonopolsko odjeljenje Ministarstva pravde. Klejtonovim zakonom (*Clayton's Act*) iz 1914. godine je usavršen sistem pravne zaštite konkurencije<sup>43</sup>, a iste godine je usvojen i Zakon o federalnoj trgovinskoj komisiji (*Federal Trade Commision Act*), kojim je predviđeno formiranje Federalne trgovinske komisije i postavljene institucionalne osnove djelotvornije zaštite konkurencije u SAD. Navedeni propisi su, uz druge propise, do danas ostali temelji pravne zaštite konkurencije u SAD, zabranjujući kartele i zloupotrebu dominantnog položaja, te omogućavajući kontrolu koncentracija. Od 60-ih godina XX vijeka je primjetna tendencija povjeravanja širokih diskrecionih ovlašćenja izvršnim organima (u skladu sa doktrinom *rule of reason*, a pod uticajem shvaćanja tzv. čikaške škole)<sup>44</sup>, od čije procjene zavisi donošenje odluka o dopuštenosti određenih akata i ponašanja, čime se prema pojedinim autorima „odstupilo od apsolutnih zabrana iz Šermanovog zakona pod uticajem ekonomskog lobija multinacionalnih kompanija“<sup>45</sup>. Na ovaj način je nesumnjivo u značajnoj mjeri otvoren prostor podređivanju javnih interesa i potreba društva interesima bogatih i moćnih korporacija.

Kao rezultat višedecenijskog razvoja, zaštita konkurencije u SAD je predmet regulacije kako na federalnom nivou, tako i na nivou saveznih država. Osnovni subjekti zaštite konkurencije na federalnom nivou su: Antimonopolsko odjeljenje Ministarstva pravde (u daljem tekstu: AOMP), Federalna trgovinska komisija (u daljem tekstu: FTK) i federalni sudovi (okružni sudovi i Vrhovni sud SAD).

AOMP i FTK dijele izvršne (upravne) nadležnosti i staraju se o primjeni relevantnih propisa o zaštiti konkurencije. Kako bi se izbjegao sukob nadležnosti AOMP i FTK, prije otvaranja postupka se provode obavezne konsultacije između ovih agencija. Uopšteno uzevši, priroda konkretne stvari opredjeljuje nadležan organ, s obzirom da su AOMP i FTK specijalizovane za određene vrste pitanja

---

<sup>43</sup> D. Marković-Bajalović, Ivana Stanković, „Pravo konkurencije u Sjedinjenim Američkim Državama“, *Uvod u pravo SAD* (ur. Jovan Ćirić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2008, 183-184.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 186.

<sup>45</sup> Ilija Zindović, „Potpuna konkurencija i razlozi njenog ograničenja u pozitivno-pravnim sistemima“, *Pravo i privreda*, 7-9/2010, 377. Na tom tragu, ukazujemo samo na primjer koncentracije multinacionalnih korporacija *Exxon* i *Mobile* 1999. godine, čime je stvorena najveća korporacija iz oblasti naftne i gasne industrije u svijetu – *ExxonMobile*. U ovom slučaju, vidljivo je „ukrupnjavanje“ velikih korporacija, pri čemu ne treba zaboraviti da su ove dvije korporacije nekada bile dijelovi korporacije Džona D. Rokfelera pod nazivom *Standard Oil*, koja je 1911. godine sankcionisana i podijeljena na nekoliko odvojenih privrednih subjekata u skladu sa Šermanovim zakonom.

(npr. AOMP je nadležno za krivično gonjenje prekršilaca antimonopolskih pravila, dok FTK vrši funkciju kontrolora koncentracija). Zajedničko ovim organima je da vode upravne postupke i donose pojedinačne upravne akte, kojima se ostvaruje zaštita konkurencije. O zakonitosti njihovih konačnih upravnih akata je obezbjeđena sudska kontrola pred federalnim okružnim sudovima, te u krajnjoj liniji pred Vrhovnim sudom SAD<sup>46</sup>. Ipak, specifičnost sistema zaštite konkurencije u SAD je mogućnost fizičkih i pravnih lica da sudskim putem zahtjevaju sprječavanje aktivnosti kojima se povrjeđuje konkurencija<sup>47</sup>. U krajnjoj liniji, o postojanju povrede, odnosno ograničenja konkurencije, konačnu riječ daju sudski organi.

Iako su u početnim fazama razvoja antimonopolskog prava u SAD, najvažnije funkcije zaštite konkurencije bile povjerene nadležnim sudovima, tokom XX vijeka je postepeno porastao uticaj izvršnih organa. Ipak, primat sudskih organa u ovoj oblasti nikada nije osporen, o čemu svjedoče presude Vrhovnog suda SAD koje se odnose na pitanje primjene doktrine primarne nadležnosti agencija<sup>48</sup>. Upravni put zaštite predstavlja samo dopunu sudskoj zaštiti konkurencije, pa nema jednaku ulogu i značaj kao u okvirima evropskog modela zaštite konkurencije.

## 4.2. Evropski model zaštite konkurencije

Pravna regulativa zaštite konkurencije na evropskom kontinentu nalazi svoju osnovu u pojedinim odredbama osnivačkih ugovora Evropskih zajednica<sup>49</sup>, pri tom ne gubeći iz vida uticaj američkog modela i rudimentarnih oblika regulacije zaštite konkurencije u pojedinim evropskim državama. Evropski model zaštite konkurencije u okvirima EU danas počiva na odredbama čl. 101-109 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije<sup>50</sup>, a dodatno je razrađen nizom sekundarnih izvora prava Evropske unije<sup>51</sup> i vanpravnih dokumenata, te primijenjen kroz praksu

<sup>46</sup> M. Davinić, 164.

<sup>47</sup> Vid. Guide to Antitrust Laws – The Enforcers, <http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>, 11. februar 2016.

<sup>48</sup> M. Davinić, 178-180.

<sup>49</sup> U tom smislu, osnovni izvor prava konkurencije Evropskih zajednica su bili čl. 81 i 82 Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici iz 1957. godine (tzv. Rimski sporazum).

<sup>50</sup> Izdvajamo čl. 101, koji zabranjuje sporazume, odluke i dogovorene prakse koji mogu poremetiti konkurenciju na jedinstvenom tržištu EU, odnosno trgovinu između država članica EU, te čl. 102, koji zabranjuje zloupotrebu dominantnog položaja na jedinstvenom tržištu EU ili njegovom znatnom dijelu, ali i sadrži pravni osnov kontrole koncentracija u EU.

<sup>51</sup> Navodimo neke od njih: Uredba Savjeta EU 1/2003/EC od 16. decembra 2002. o implementaciji pravila o konkurenciji propisanih čl. 81 i 82 Ugovora, sa kasnijim izmjenama i dopunama; Uredba Evropske komisije 773/2004/EC od 7. aprila 2004. u vezi sa vođenjem postupka pred Komisijom u skladu sa čl. 81 i 82 Ugovora, sa izmjenama i dopunama; Uredba Savjeta EU (ES) br. 139/2004 od 20. januara 2004. o kontroli koncentracija između preduzeća (eng. skr. *the EC Merger Regulation*). Vid. Research in the field of competition policy, [http://ec.europa.eu/competition/publications/research\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/publications/research_en.html), 14. februar 2016.

Evropske komisije (posebno njenog Generalnog direktorata za konkurenciju) i Sudu pravde EU, ali i institucija nadležnih za zaštitu konkurencije u državama članicama EU<sup>52</sup>.

EU je u pogledu zaštite konkurencije izgradila složen sistem institucija i njihovih međusobnih odnosa. Pri tom se razlikuju subjekti koji propisuju pravila i učestvuju u njihovom donošenju, od onih koji objedinjuju regulatorne i izvršne funkcije, te subjekti koji vrše kontrolnu ulogu. U prvu grupu mogu se svrstati Savjet EU, Evropski parlament i Ekonomsko-socijalni savjet. Kao centralni subjekt u primjeni prava i politike zaštite konkurencije, izdvaja se Evropska komisija, odnosno njen Generalni direktorat za konkurenciju (dalje: GDK), u čijem sastavu su organizovane posebne organizacione jedinice (za politike i strategije konkurencije, kartele i zloupotrebu dominantnog položaja, kontrolu koncentracija i kontrolu državne pomoći). Pored ovih, u GDK postoje i organizacione jedinice formirane na sektorskom (horizontalnom) principu, čije se nadležnosti odnose na različite segmente jedinstvenog tržišta (energetiku i životnu sredinu; informatiku, komunikacije i medije; finansijske usluge; osnovnu industriju, proizvodnju i poljoprivredu; saobraćaj, poštanske i druge usluge). Konačno, ulogu kontrolora primjene komunitarnog prava konkurencije vrše Opšti sud EU i Sud pravde EU. Svi ovi organi, zajedno sa nacionalnim konkurencijskim tijelima i sudovima država članica treba da ostvaruju ciljeve politike konkurencije EU<sup>53</sup>.

Praktično ostvarenje zaštite konkurencije u EU je u najvećoj mjeri predmet regulacije Uredbe Savjeta EU 1/2003/EC, kojom se omogućava realizacija odredbi čl. 101 i 102 Ugovora o funkcionisanju EU. Postupak zaštite konkurencije koji vodi Evropske komisija (uz eventualno učešće nadležnih organa država članica EU) ima pretežna obilježja upravnog (pogotovo inspeksijskog) postupka, iako mu se ne mogu osporiti određene sličnosti sa krivičnim postupkom. Ovaj postupak započinje istragom koju otvara Evropska komisija po službenoj dužnosti ili po prigovoru države članice EU, odnosno pravnog ili fizičkog lica koje za to ima legitiman interes. Na samom početku postupka, nadležna sektorska organizaciona jedinica GDK objavljuje poziv na dostavljanje izjava ili drugih neophodnih informacija od strane privrednih subjekata ili njihovih udruženja, a sve u vezi sa stanjem konkurencije u predmetnom ekonomskom sektoru ili povezanim sektorima. Pored ovih upravnih radnji, GDK može preduzimati mjere prema privrednim su-

---

<sup>52</sup> Iako su osnovne postavke evropskog modela zaštite konkurencije prihvaćene ne samo u EU i većini njenih država članica, nego i u drugim državama Evrope i svijeta, ovdje će ukratko biti prikazane njegove osnovne karakteristike u okvirima EU, kao reprezentativnog predstavnika ovog modela.

<sup>53</sup> Radi uspješne saradnje institucija EU i država članica nadležnih za zaštitu konkurencije, uspostavljena je Evropska konkurencijska mreža (eng. *European Competition Network*), čiji je cilj efikasna podjela rada i uspostavljanje mehanizma koordinacije u primjeni konkurencijskog prava EU. Vid. Siniša Varga, „Organi vlasti nadležni za primenu prava konkurencije EU“, *Pravni život*, 14/2007, 230-234.

bjektima u odnosu na koje je upravljen postupak, prema privrednim subjektima povezanim s njima, pa čak i prema fizičkim licima, uključujući pretres njihovih kuća ili stanova<sup>54</sup>. U sljedećoj procesnoj fazi, obavlja se usmeno saslušanje privrednog subjekta prema kojem je upravljen postupak. Ovo saslušanje vrše posebni službenici za saslušanja, koji su organizaciono nezavisni od GDK, što ima za cilj da pruži garancije objektivnosti. Na liniji osiguranja prava na odbranu i fer postupka su procesni instituti prava na pristup dokumentima Evropske komisije, te zaštite poslovnih tajni stranaka. Nakon navedenih aktivnosti, službenici za saslušanja prosljeđuju izvještaj o saslušanju u GDK, a ovlašćeni službenici GDK izrađuju nacrt odluke Evropske komisije. Odluka Komisije se objavljuje u Službenom glasniku EU, a ukoliko je utvrđena povreda konkurencije, od privrednog subjekta se traži da prestane sa antikonkurencijskim ponašanjem. U tom cilju Komisija može izreći odgovarajuće mjere ponašanja, strukturne mjere, ali i novčane kazne. Uredba Savjeta EU 1/2003/EC propisuje i mogućnost ponavljanja postupka, kao vanrednog pravnog sredstva u postupku zaštite konkurencije, naravno, uz ispunjenje propisanih uslova. Posebno efikasno sredstvo „u rukama“ Komisije predstavlja mogućnost izricanja različitih novčanih kazni. Razlikujemo lakše novčane kazne (do 1% ukupnog godišnjeg prihoda ili do 5% ukupnog dnevnog prihoda privrednog subjekta u prethodnoj poslovnoj godini), koje služe uspješnom upravljanju postupkom i teže novčane kazne (do 10% ukupnog godišnjeg prihoda privrednog subjekta u prethodnoj poslovnoj godini), kojima se sankcionišu antikonkurencijska ponašanja. Sužavanju prostora za diskreciono odlučivanje Komisije doprinose odredbe o odmjeravanju novčane kazne, prema kojima Komisija uzima u obzir ozbiljnost povrede konkurencije (razlikuju se manje, srednje i veoma ozbiljne povrede konkurencije), trajanje povrede konkurencije (u zavisnosti od kojeg se povećava visina novčane sankcije), kao i otežavajuće i olakšavajuće okolnosti. Još jedan od instituta krivično-procesnog karaktera u postupku zaštite konkurencije je tzv. program izuzimanja od sankcionisanja restriktivnog sporazumjevanja tržišnih učesnika (eng. *leniency program*), koji omogućava imunitet od kažnjavanja ili blaže sankcionisanje učesnicima kartelnih i drugih restriktivnih sporazuma koji pruže Komisiji odgovarajuće dokaze i informacije o postojanju tih sporazuma<sup>55</sup>. Sve odluke Komisije donesene u postupku zaštite konkurencije podliježu kontroli pred Opštim sudom EU (nekadašnji Sud prve instance), a njegove sudske

<sup>54</sup> Posljednje od ovih ovlašćenja ima izrazit krivično-procesni karakter, te je za preduzimanje takve mjere neophodno da je pretpostavljena povreda konkurencije ozbiljna, da GDK izda obrazloženi nalog, koji je potvrdio Sud pravde EU, zatim prethodno konsultovanje sa konkurencijskim tijelom države članice na čijoj se teritoriji namjerava preduzeti ova mjera, te obavezno odobrenje za njeno preduzimanje izdato od strane nadležnog suda konkretne države članice EU.

<sup>55</sup> Bez obzira na mogućnost ovakvog tretmana privrednih subjekata koji (sa)učestvuju u povredama konkurencije, a koji ima obilježja sporazuma o priznanju krivice u krivičnom postupku, ovi privredni subjekti podliježu građansko-pravnoj odgovornosti za štetu pričinjenu drugim subjektima učešćem u takvim sporazumima.

odluke su iz taksativno pravno utvrđenih razloga dalje napadljive pred Sudom pravde EU. U postupku kontrole, sudovi mogu poništiti odluke Komisije, a imaju ovlaštenje da vršenjem pune sudske jurisdikcije povećaju ili smanje iznos izrečene novčane kazne<sup>56</sup>.

Odredbе o kontroli koncentracija između preduzeća sadržane su u Uredbi Savjeta EU (EC) br. 139/2004. Postupak kontrole koncentracija može imati dvije faze. U prvoj, obaveznoj fazi, preduzeća imaju dužnost obavještanja Komisije o koncentracijama koje imaju komunitarnu dimenziju. Po prijemu obavještenja o koncentraciji, Komisija prikuplja relevantne informacije, a zatim ispituje ispunjenost uslova za dozvolu koncentracije<sup>57</sup>. Na kraju prve faze, Komisija može donijeti odluku da konkretna koncentracija nije predmet regulisanja Uredbe 139/2004, odlučiti da odobri koncentraciju ili pokrenuti drugu fazu postupka u slučaju da predmetna koncentracija izaziva ozbiljnu sumnju u njenu dopuštenost. U drugoj fazi ovog postupka vrši se detaljnije ispitivanje dozvoljenosti predmetne koncentracije od strane istih organa kao u prvoj fazi, zatim se objavljuje deklaracija o inkompatibilnosti koncentracije sa komunitarnim pravom, uz pravo stranaka na pristup dokumentima i usmenu raspravu, te se pribavlja mišljenje Savjetodavnog komiteta država članica EU. Na osnovu prethodnih radnji u postupku, Komisija donosi konačnu odluku o odobrenju ili zabrani predmetne koncentracije<sup>58</sup>. Ova odluka se u roku od dva mjeseca može pobijati žalbom pred Opštim sudom EU, čija je odluka podložna preispitivanju pred Sudom pravde EU<sup>59</sup>.

Model zaštite konkurencije satkan od upravno-procesnih i kvazi krivično-procesnih pravnih normi i ovlaštenja primjenjuje se u mnogim državama Evrope i svijeta. Poseban uticaj ovog modela je vidljiv u odnosu na države članice EU i potencijalne članice EU. Naime, pravila o zaštiti konkurencije se direktno primjenjuju u cijeloj EU, a politika zaštite konkurencije je predmet posebnog poglavlja u pregovorima države kandidata sa EU<sup>60</sup>. Stoga je evropski model zaštite konkurencije zastupljen u pravnim regulama o zaštiti konkurencije u Republici Srbiji, Bosni i Hercegovini i drugim državama nastalim na prostoru bivše SFRJ.

---

<sup>56</sup> S. Varga, "The administrative procedure for the enforcement of the EU anti-trust law", *Revija za evropsko pravo*, VII (2005) 2-3, 33-50.

<sup>57</sup> S tim u vezi, Komisija može tražiti dostavljanje informacija od preduzeća, vršiti mjere inspekcijanskog nadzora, a u ove aktivnosti mogu biti uključeni i nadležni organi država članica EU.

<sup>58</sup> Ta odluka može imati različite modalitete: 1) odluka o odobrenju koncentracije; 2) odluka o odobrenju uz izricanje uslova i obaveza kako bi se koncentracija uskladila sa komunitarnim pravom; 3) odluka o zabrani koncentracije; 4) odluka o razvrgavanju koncentracije; 5) odluka o privremenim mjerama; 6) odluka o opozivu zbog kršenja odluke o uslovnom odobrenju koncentracije.

<sup>59</sup> Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32004R0139>, 18. februar 2016.

<sup>60</sup> Vid. Pregovaračka poglavlja – 35 koraka ka Evropskoj uniji, [http://europa.rs/images/publikacije/34-35\\_koraka\\_ka\\_EU.pdf](http://europa.rs/images/publikacije/34-35_koraka_ka_EU.pdf), 18. februar 2016.



## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zaštita konkurencije predstavlja važnu djelatnost savremenih država, neophodnu za normalno funkcionisanje tržišnih privreda, te obezbjeđenje optimalnih uslova za privredni rast i povećanje društvenog blagostanja. Pored osiguranja optimalnog konkurentskog pritiska na tržištu, zaštita konkurencije doprinosi ostvarenju drugih značajnih društvenih ciljeva. Dakle, riječ je o djelatnosti koja je nesumnjivo prožeta javnim interesima i kao takva je predmet zakonskog regulisanja u većini pravnih sistema današnjice. U takvom društvenom miljeu, konkurencija se štiti kroz dva opšta oblika: 1) neposrednu i 2) posrednu zaštitu konkurencije. Neposrednu zaštitu konkurencije karakteriše postojanje posebnih organa, specijalizovanih da putem odgovarajućih pravno propisanih procedura sankcionišu povrede tržišne konkurencije koje umanjuju društveno blagostanje. Iako neposredna zaštita konkurencije poznaje različite modele, privatnopravne (američkih korijena) i javnopravne (evropskog porijekla), uporedno-pravna analiza propisa o zaštiti konkurencije je pokazala da se razlike između modela smanjuju.

Na temelju preduzetog istraživanja, moguće je identifikovati elemente poželjnog modela zaštite konkurencije, primjenjivog u pravnim sistemima Republike Srbije i država sa prostora bivše Jugoslavije. Smatramo da je postojanje kolegijalnog tijela nadležnog za zaštitu konkurencije optimalno sa organizacionog aspekta, a u pogledu pravila postupka za zaštitu konkurencije adekvatne su opšte i posebne upravno-procesne norme. Valjalo bi razmotriti mogućnost rada kolegijalnog konkurencijskog tijela u vijećima. Tako bi vijeća sastavljena od manjeg broja članova kolegijuma donosila prvostepene odluke, dok bi kontrolu njihovog odlučivanja u drugom stepenu vršio plenum kolegijalnog tijela. Na ovaj način bi se kakvoj-takvoj kontroli podvrglo vršenje značajnih diskrecionih ovlašćenja koja posjeduju konkurencijska tijela, a koja su izvan dometa upravno-sudske kontrole. Kontrola zakonitosti konačnih odluka vršila bi se u upravnom sporu. Predlažemo detaljnije uređenje zaštite lica oštećenih antikonkurencijskim ponašanjima u građanskim postupcima pred redovnim sudovima. Sudovi bi pored odlučivanja o naknadi štete, izričito trebali biti ovlašćeni za stavljanje van snage ništavih odredbi ugovora kojima se sprječava ili ograničava konkurencija, odnosno na naganje strankama da ugovorne odredbe i prakse usaglase sa javnim poretom i tako otklone njihovo antikonkurencijsko dejstvo. Preduslov za efikasnu sudsku kontrolu odluka konkurencijskih tijela je specijalizacija sudija u oblasti prava konkurencije.



Bojan N. Vlaški, Assistant  
University of Banja Luka  
Faculty of Law Banja Luka  
b.vlaski@pravobl.org

## Forms and Models of Protection of Competition in Comparative Law

**Abstract:** *A forthcoming work considers the basic forms and models of protection of competition from comparative legal standpoint. At the beginning of this work the very concept of protection of competition is determined, while the competition is observed from different aspects, in order to define its essence and determination of its social significance. Then, the characteristic forms of competition protection will be discussed, which will in this paper be grouped under the general categories of direct and indirect competition protection. Both of these forms provide protection of competition through different procedures regulated by law, of which special attention will be given to approaches to protect competition in comparative law. After that, a brief overview of the most important comparative law models of the protection of competition will be done, and their historical genesis and basic characteristics will be presented. As a result of this paper, elements of the model of protection of competition that is applicable in the legal systems of the countries formed on the territory of the former Yugoslavia will be highlighted in the concluding remarks.*

**Key words:** *protection of competition; direct and indirect protection of competition; American model of protection of competition; European model of protection of competition.*

Datum prijema rada: 09.03.2016.

# ODELJAK ZA STUDENTE



Milica Z. Kulidžan, student doktorskih studija  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
milicakulidzan88@gmail.com

## PRAVO NA RAD U USTAVU REPUBLIKE SRBIJE

**Sažetak:** *Pravo na rad je elementarno ljudsko pravo čije ostvarivanje je izazov za svaku državu. Značaj garantovanja prava na rad u ustavu države se danas ne dovodi u pitanje. Ustavno jemčenje prava na rad danas ne znači obavezu države da svakom građaninu obezbedi zaposlenje, nego veću angažovanost države u pogledu stvaranja uslova za njegovo ostvarenje, odnosno vođenje politike pune zaposlenosti. Ustav Republike Srbije iz 2006. godine je nastavio kontinuitet garantovanja prava na rad započet Ustavnim zakonom iz 1953. godine. Vodeći se dostignutim nivoom priznatih ljudskih prava, principa i vrednosti, Ustav Republike Srbije iz 2006. godine je zajemčio pravo na rad i prava koja suštinski gledano čine pravo na rad u širem smislu, kao što su pravo na ograničeno radno vreme, bezbedne i zdrave uslove rada, pravo na dnevni, nedeljni i plaćeni godišnji odmor, pravo na pravičnu naknadu za rad i pravnu zaštitu za slučaj nezaposlenosti. Osnovna obeležja koja karakterišu zajemčeno pravo na rad su sloboda izbora rada i dostupnost svih radnih mesta pod jednakim uslovima.*

**Ključne reči:** *pravo na rad, sloboda izbora rada, dostupnost radnih mesta pod jednakim uslovima.*

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Pravo na rad predstavlja jedno od elementarnih ljudskih prava čijim ostvarivanjem pojedinac može steći ne samo sredstva za obezbeđivanje osnovnih životnih potreba, nego i sredstva sa kojima u značajnoj meri može unaprediti kvalitet svog života. Ostvarivanjem prava na rad zadovoljavaju se kako pojedinačni interesi, radnik obezbeđuje sebi i svojoj porodici ekonomsku i socijalnu sigurnost, ali i širi, državni, jer se ostvaruju društveni napredak i prosperitet. Država u ostvarivanju ovog prava ima kompleksnu obavezu. Ona mora da obezbedi pravne i ma-

terijalne uslove kako bi radno sposobni građani mogli da ostvare to pravo, istovremeno starajući se o interesima i zahtevima tržišta za ograničenom državnom intervencijom u oblasti radnih odnosa i zahtevima radnika za garantovanje i uživanje prava na rad u punom kapacitetu. Donošenjem nacionalnih propisa, koji će pomiriti ove zahteve, osiguraće se u budućnosti kontinuirani socijalni mir u društvu, što će neminovno dovesti do dugotrajnijeg i stabilnijeg društvenog progressa.

Pravo na rad je prvi put propisano u Montanjarskom ustavu iz 1793. godine, u kome je njegovo priznavanje ostalo samo na nivou normativne proklamacije, jer zbog nestabilnosti u Francuskoj državi ovaj ustav nije doživeo svoje ostvarivanje u praksi. „Zahtev za priznavanje prava na rad postavili su radnici (kao najzainteresiraniji) još od časa kada su postali „slobodni” na tržištu rada. Međutim, prve koncepcije o pravu na rad potječu od socijalista utopista.”<sup>1</sup> Ideja prava na rad nastaje u XIX veku, u delima Šarla Furijea, Sen-Simona i Prudona. U njihovim shvatanjima uočavaju se ideje uspostavljanja društva na osnovi samoupravljanja, ukidanju kapitalizma i privatne svojine, garantovanju ravnopravnosti, jednakosti i prava na rad svim pojedincima. Furije je svoje viđenje prava na rad izneo u sledećoj rečenici: „Na sitnim sporovima o pravima čoveka izgubili smo čitave vekove, ali uopšte nismo ni pomišljali na priznavanje najosnovnijeg prava, kao što je pravo na rad, bez koga se sva ostala prava svode na ništa”.<sup>2</sup>

Pravo na rad svrstava se u grupu ekonomskih prava, u širem smislu u grupu socijalno-ekonomskih prava, čije proklamovanje, ali još bitnije čije ostvarivanje, jeste osnova za obezbeđivanje materijalne sigurnosti građana i postizanje i očuvanje socijalnog mira u društvu. Pravo na rad datira iz kasnijeg perioda u odnosu na lična i politička prava, koja po nastanku spadaju u prava prve generacije, odnosno pravo na rad pripada drugoj generaciji ljudskih prava. Ova grupa „prava pojavila su se sistematizovano u Vajmarskom ustavu iz 1919. godine.”<sup>3</sup>

Istovremeno pored regulisanja na nacionalnom nivou, obezbeđuje se regulisanje i priznavanje ovog prava na međunarodnom nivou, u okviru međunarodnih i regionalnih organizacija, osnovanih radi ujednačavanja prava radnika i uslova rada na širem prostoru od prostora pojedinačne države. Od međunarodnih dokumenata bitno je istaći Opštu deklaraciju o pravima čoveka donetu 1948. godine od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine, kao i mnogobrojne konvencije usvojene od strane Međunarodne organizacije rada. Od regionalnih dokumenata važno je istaći Evropsku socijalnu povelju iz 1961. godine Saveta Evrope.

Jedna od *differentia specifica* prava na rad, pa i drugih socijalno-ekonomskih prava, u poređenju sa prvom generacijom ljudskih prava, jeste potreba većeg anga-

---

<sup>1</sup> N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Zagreb 1969, str. 71

<sup>2</sup> R. Pešić, V. Brajić, *Radno pravo*, Senta 1979, str. 197

<sup>3</sup> S. Jašarević, *Socijalno pravo*, Novi Sad 2013, str. 86

žovanja države, njena aktivna uloga u obezbeđivanju određenih uslova, pre svega ekonomskih i pravnih, radi ostvarivanja ovog prava. „Ustav samo garantuje najznačajnija prava i najvažnije principe njihove realizacije, a zakonodavcu delegira utvrđivanje ne samo načina realizacije prava, već i njihovog sadržaja.”<sup>4</sup> Imajući u vidu napred navedeno, ustav se zadržava samo na opštem proklamovanju ovog prava, dok uslove pod kojima se ono ostvaruje, način na koji se to čini i druga pitanja u vezi sa njegovom konkretizacijom, prepušta na regulisanje zakonodavnom telu. Pozitivno i aktivno delovanje države u ostvarivanju ovog prava odgovara shvatanju ovog prava kao zakonskog prava.

## 2. DEFINISANJE PRAVA NA RAD

Priznavanje prava na rad u ustavu kao najvišem pravnom aktu ne znači mogućnost ostvarivanja ovog prava prinudnim putem. Ustavnim proklamovanjem prava na rad, pojedinac ne stiče subjektivno pravo tj. ovlašćenje da u slučaju neostvarivanja prava na rad realizaciju istog sprovede sudskim putem. Ovo pravo je ustavom definisano na opšti način, a njegovo ostvarivanje uređuje se zakonom i u direktnoj je korelaciji sa društveno – ekonomskim stanjem u državi. „Pravo na rad nije apsolutno i bezuslovno pravo da se dobije zaposlenje, i u tom smislu pravo na rad nema strogo pravno značenje (pravo pojedinca da dobije zaposlenje i da ga zadrži) već političko-programsko značenje – obavezuje vladu da vodi politiku pune zaposlenosti.”<sup>5</sup> Država ne može svakom građaninu da garantuje ostvarenje prava na rad. Međutim, ona je dužna da građaninu prizna pravo da pod jednakim uslovima konkuriše na određeno radno mesto, da zabrani bilo koji oblik diskriminacije, te da mu prizna pravo na slobodan izbor rada, a u slučaju povrede tih prava da mu garantuje pravnu zaštitu pred nadležnim organima, kao i da mu pruži odgovarajuće materijalno osiguranje u slučaju izostanka realizacije prava na rad. Za ostvarivanje ovog prava bitno je stvoriti pravne i ekonomske preduslove. Država odgovarajućim zakonskim normama mora propisati uslove za njegovo ostvarivanje, konkretizujući ustavom definisano pravo, kao i, što je važnije, da preduzima različite mere u cilju privrednog razvoja zemlje i stvaranja materijalnih mogućnosti za ostvarenje ovog prava. Pokazatelj uspešnosti da li je država uspeła da ostvari politiku pune zaposlenosti utvrđuje se na osnovu statističkih podataka. „Teoretičari smatraju da puna zaposlenost postoji: kada broj nezaposlenih ne prelazi 3% aktivnog stanovništva, odnosno 4 % do 5 %”<sup>6</sup> Poređenja radi, treba istaći da je prema podacima Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije iz drugog kvartala 2015. godine, stopa nezaposlenosti lica radnog uzrasta 15-64

<sup>4</sup> M. Pajvančić, *Ustavno pravo – Ustavne institucije*-, Novi Sad 2007, str. 148

<sup>5</sup> B. Lubarda, *Uvod u radno pravo*, Beograd 2013, str. 97

<sup>6</sup> Videti više N.Tintić, *nav.delo*, str 68.

godine u našoj državi bila 18,4%<sup>7</sup>, dok je u SAD nezaposlenost ispod 6%, a u Japanu, Koreji i Norveškoj ispod 4%.<sup>8</sup> U pogledu smanjivanja stope nezaposlenosti Vlada Republike Srbije je donela Nacionalnu strategiju zapošljavanja za period 2011-2020. godine.<sup>9</sup> Pored zastupljenog shvatanja u pogledu suštine priznatog prava na rad, da je obaveza države vođenje aktivne politike zapošljavanja, treba pomenuti i nekadašnju dilemu teoretičara, da ustavom zajemčeno pravo na rad može značiti i obavezu države da garantuje pravo na radno mesto, odnosno zaposlenje svakom građaninu.<sup>10</sup> Međutim, kako se pokazalo da politiku pune zaposlenosti ne mogu ostvariti ni najrazvijenije zemlje sveta, ovakvo shvatanje nije prihvaćeno.

Problemom definisanja prava na rad bavili su se brojni autori. Jedna od definicija jeste da je pravo na rad „mogućnost da svaki pojedinac ličnim slobodno izabranim radom u bezbednoj radnoj okolini, koji dugoročno neće narušiti njegovo zdravlje, obezbedi sebi i svojoj porodici socijalnu sigurnost”<sup>11</sup>.

### 3. PRAVO NA RAD U USTAVU REPUBLIKE SRBIJE IZ 2006. GODINE

„Posle Drugog svetskog rata pravo na rad proklamuje se u većem broju zemalja (kako kapitalističkih tako i socijalističkih).”<sup>12</sup> „U Jugoslaviji pravo na rad je prvi put zajemčeno Ustavnim zakonom iz 1953. godine (član 5).”<sup>13</sup> Kontinuitet regulisanja prava na rad nastavili su i potonji ustavi, a isto je učinjeno i Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine.

---

<sup>7</sup> <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/ReportResultView.aspx?rptKey=indId%3d24000200IND01%2635%3d6%266%3d1%2c2%2c3%2c4%262%3d2015K1%2c2015K2%2640%3d15%2cL15-24%2cL15-64%26sAreaId%3d24000200%26dType%3dName%26lType%3dSerbian-Cyrillic>, pristupljeno 01.01.2016. godine

Ovde treba imati u vidu činjenicu da u navedenu statistiku ne ulaze radno sposobni građani koji nisu prijavljeni kod Nacionalne službe za zapošljavanje ili koji su izbrisani sa evidencije, što govori da je procenat stvarno nezaposlenih znatno veći u odnosu na procenat koji pokazuju zvanični podaci.

<sup>8</sup> [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/employment/oecd-employment-outlook-2015\\_empl\\_outlook-2015-en#page13](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/employment/oecd-employment-outlook-2015_empl_outlook-2015-en#page13), pristupljeno 08.1.2016. godine

<sup>9</sup> „Sl. glasnik RS” br. 37/2011

<sup>10</sup> Ove dileme postojale su u pogledu shvatanja prava na rad koje je bilo regulisano u Ustavu SFRJ iz 1963. godine. Jedna grupa autora smatrala je da ono znači pravo zajemčenog zaposlenja svima i u svako doba, po drugima ono ima samo deklaratoran karakter, ostvaruje se tek kada budu ostvareni svi uslovi i treće shvatanje, jeste da pravo na rad podrazumeva obavezu društvene zajednice da se brine za stvaranje sve širih mogućnosti za puno zaposlenje svih građana. Videti više N.Tintić, *nav.delo* str 78.

<sup>11</sup> S. Jašarević, *nav.delo*, str. 94

<sup>12</sup> P. Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015, str. 129

<sup>13</sup> Ibid.



Ustav Republike Srbije u članu 60. stav 1. jemči pravo na rad, u skladu sa zakonom. Ustavotvorac je, kao što se može uočiti, jednom opštom odredbom priznao pravo na rad, prepuštajući nižem pravnom aktu uređivanje uslova za ostvarivanje ovog prava. Pravo na rad se može realizovati zasnivanjem radnog odnosa i samozapošljavanjem<sup>14</sup>. Da bi se ostvarilo pravo na rad zasnivanjem radnog odnosa moraju se ispuniti uslovi propisani zakonima, ali i uslovi koje poslodavci, najčešće u pravilniku o organizaciji i sistematizaciji poslova, propisuju za konkretno radno mesto. Zakonom o radu<sup>15</sup> uzrast je propisan kao opšti uslov koji mora svaki građanin da ispuni kako bi ostvario pravo na rad i prema njemu radna sposobnost se stiče sa navršених 15 godina života. Treba istaći da maloletno lice ostvarivanjem prava na rad ne stiče poslovnu sposobnost u njenom punom obimu, ova sposobnost je delimična, ograničena je na sticanje prava i obaveza iz radnog odnosa i zavisna je od postojanja radnog odnosa. Opšta zdravstvena sposobnost je ranije bila opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, ali ista više nije propisana kao uslov Zakonom o radu. Na ovaj način je izbegnuto zadiranje poslodavca u privatni život zaposlenog, a zadržano je samo u slučajevima kada je to zbog prirode posla opravdano da traži (npr. poslovi sa povećanim rizikom – rad na visini). Zakon o radu se primenjuje kao opšti propis, s tim što se u nekim oblastima rada primenjuje i propis koji predstavlja *lex specialis*, a koji propisuje posebne uslove za ostvarivanje prava na rad.<sup>16</sup> Posebno je interesantno pitanje propisanih uslova za ostvarivanje prava na rad od strane stranaca u našoj državi. Stranci, u skladu sa međunarodnim ugovorima, imaju sva prava zajemčena Ustavom i zakonom, izuzev prava koja po Ustavu i zakonu imaju samo državljani Republike Srbije.<sup>17</sup> Na osnovu ovog opšteg ustavnog garantovanja stranci u Republici Srbiji uživaju pravo na rad, u skladu sa zakonom. Zakonodavac je regulišući ostvarivanje ovog prava doneo dva posebna zakona, Zakon o strancima<sup>18</sup> i Zakon o zapošljavanju stranaca<sup>19</sup>. Ovim zakonima

<sup>14</sup> Samozapošljavanje je, u smislu Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, osnivanje radnje, zadruge, poljoprivrednog gazdinstva ili drugog oblika preduzetništva od strane nezaposlenog ili udruživanjem više nezaposlenih, kao i osnivanjem privrednog društva ukoliko osnivač zasniva u njemu radni odnos.

<sup>15</sup> „Službeni glasnik RS”, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14

<sup>16</sup> Zakon o visokom obrazovanju („Sl. glasnik RS”, broj 76/05, 100/07, 67/08, 44/10, 93/12, 89/13, 99/14, 45/15 i 68/15), Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja („Sl. glasnik RS”, broj 72/09, 52/11 i 55/13, 35/15 i 68/15), Zakon o radnim odnosima u državnim organima („Sl. glasnik RS”, broj 48/91, 66/91, 44/98, 34/01, 39/02, 69/05, 83/05 i 23/13), Zakon o državnim službenicima („Sl. glasnik RS”, broj 79/05, 27/07, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09 i 99/14), Zakon o uređenju sudova („Sl. glasnik RS”, broj 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 106/15 i 40/15), Zakon o policiji („Sl. glasnik RS”, broj 6/16), Zakon o javnom tužilaštvu („Sl. glasnik RS”, broj 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 111/14, 117/14, 106/15)

<sup>17</sup> Član 17. Ustava Republike Srbije

<sup>18</sup> „Sl. glasnik RS” broj 97/2008

<sup>19</sup> „Sl. glasnik RS” broj 128/2014

su propisani posebni uslovi koji stranci (strani državljani i lica bez državljanstva) moraju da ispune kako bi se zaposlili i realizovali pravo na rad samozapošljavanjem. Ti uslovi su sa jedne strane odobrenje za privremeni boravak ili odobrenje za stalno nastanjenje (u nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova), i sa druge strane dozvola za rad u skladu sa zakonom (u nadležnosti Nacionalne službe za zapošljavanje). Zakonom o zapošljavanju stranaca Republika Srbija je, u cilju vođenja politike pune zaposlenosti svojih državljana, propisala razloge zbog kojih može doći do ograničavanja zapošljavanja stranaca, a što neminovno dovodi do ograničavanja stranaca u ostvarivanju prava na rad u Republici Srbiji. Tim zakonom Vlada Republike Srbije je ovlašćena da u slučaju poremećaja na tržištu rada, u skladu sa migracionom politikom i stanjem i kretanjem na tržištu rada, ograniči broj stranaca kojima će izdati dozvole za rad.

Ostvareno pravo na rad u principu teži stalnosti i stabilnosti. Stalnost zaposlenja izražava se kroz institut zasnivanja radnog odnosa na neodređeno vreme, radnog odnosa čije trajanje nije unapred vremenski određeno. Izuzetak od opšteg pravila zasnivanja radnog odnosa na neodređeno vreme predstavljaju slučajevi zasnivanja radnog odnosa na određeno vreme, izričito propisani zakonom (npr. rad na određenom projektu).<sup>20</sup> „Stalnost zaposlenja omogućava trajno korišćenje prava na rad. Ovo je posebno značajno iz aspekta obezbeđivanja zarade i drugih pretpostavki za materijalnu i socijalnu sigurnost čoveka. Stabilnost zaposlenja znači da radni odnos, po pravilu, prestaje po volji radnika.”<sup>21</sup> Zaposlenom ne može prestati radni odnos isključivom voljom poslodavca, nego tek ispunjenjem zakonskih uslova i na način predviđen zakonom i opštim aktima poslodavca, čime se zaposleni štiti od samovolje poslodavca.

„Treba podvući da pravo na rad podrazumeva zaposlenje koje odgovara fizičkim i stručnim sposobnostima radnika (odgovarajuće zaposlenje).”<sup>22</sup> Ono što treba da bude cilj vođenja aktivne politike zaposlenja je da se licima sa određenim

---

<sup>20</sup> U poslednjih dvadesetak godina uočena je pojava „fleksibilnih”, „atipičnih” oblika radnog angažovanja (u EU neke od novih formi rada su: masovni ili grupni rad, neformalni rad, deljenje zaposlenih, deljenje posla, privremeni menadžment, zajedničko zapošljavanje). Pojava fleksibilizacije vezuje se za društvene i ekonomske promene, globalizaciju, visoku stopu nezaposlenosti i preregulisanost radnih odnosa. U cilju prilagođavanja novim društvenim i ekonomskim uslovima uvode se novi oblici radnog angažovanja koji se znatno udaljuju od klasičnog angažovanja zaposlenog (ugovora na neodređeno vreme). „Fleksibilan rad” podrazumeva elastičan, prilagodljiv pristup radu i bitnim pitanjima koja se tiču organizovanja i odvijanja rada. Pored navedenih pozitivnih strana fleksibilizacije, ne smeju se zanemariti njegove negativne strane, a koje se sastoje u smanjenju prava i standarda zaposlenih, neizvesnijih uslova rada i zaposlenja, pojavi eksploatacije. O ovome videti više: S. Jašarević, *Fleksibilizacija rada – Rešenje ili zabluda*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2012, broj 4, str. 173-192 i S. Jašarević, *Nove forme rada u Evropskoj uniji*, Tematski zbornik – Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, Knjiga III, Novi Sad, 2015, str. 281-298.

<sup>21</sup> P. Jovanović, *nav.delo*, str. 134

<sup>22</sup> P. Jovanović, *nav.delo*, str. 133

stepenom obrazovanja i radnim sposobnostima obezbedi odgovarajući posao. Uslov za postizanje navedenog cilja jeste da država projektuje i uskladi sistem obrazovanja sa potrebama tržišta rada. Dakle, država mora sistemski da uredi za kojim poslovima će u budućnosti postojati potražnja i da u skladu sa tim pripremi odgovarajući kadar. U suprotnom, dolazi do dvostrukog gubljenja vremena, energije i sredstava, kako od strane pojedinca tako i od strane države. Naime, pojedinac se obrazuje za posao u pogledu kojeg u budućnosti neće moći da ostvari svoje pravo na rad i država u toj situaciji mora da izdvaja dodatna sredstva kako bi taj pojedinac ostvario pravo na rad (npr. prekvalifikacija) i kako bi isti imao socijalnu sigurnost (npr. zdravstveno osiguranje).

Ustav u članu 60. stav 2. propisuje da svako ima pravo na slobodan izbor rada. Sloboda rada jeste uslov za ostvarivanje prava na rad i njegov je neodvojivi deo. Titular ovog prava je slobodan da odluči hoće li ovo pravo ostvariti, odnosno on je ovlašćen da odluči da li će da radi i koji posao će da obavlja, a ukoliko odluči da radi, da li će i kada će isti prestati da obavlja, što nužno isključuje mogućnost da bude primoran od strane drugog da obavlja rad. Ropstvo, položaj sličan ropstvu i prinudni rad, kao kategorije koje potiru načelo slobode rada, izričito se zabranjuju našim Ustavom. Ustavom se pod prinudnim radom ne smatra rad ili služba lica na izdržavanju kazne lišenja slobode, ako je njihov rad zasnovan na principu dobrovoljnosti, uz novčanu nadoknadu, rad ili služba lica na vojnoj službi, kao ni rad ili služba za vreme ratnog ili vanrednog stanja u skladu sa merama propisanim prilikom proglašenja ratnog ili vanrednog stanja.<sup>23</sup> „Ipak, izvesno ograničavanje slobode rada nezaposlenih lica javlja se u sistemu obaveznog osiguranja za slučaj privremene nezaposlenosti, kada privremeno nezaposleno lice gubi pravo na novčanu naknadu ako odbije ponuđeni odgovarajući posao.”<sup>24</sup> Zakonom o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti<sup>25</sup> propisani su slučajevi kada licu koje prima novčanu naknadu prestaje ovo pravo. Pored ostalih taksativno navedenih slučajeva, nezaposlenom licu prestaje da se isplaćuje naknada ukoliko bude obrišan sa evidencije koju vodi Nacionalna služba za zapošljavanje, u skladu sa uslovima utvrđenim zakonom, kao i ukoliko prestane da se vodi evidencija o nezaposlenom licu.<sup>26</sup> Neki od osnova za brisanje sa evidencije rada jesu i ukoliko nezaposleno lice bez opravdanog razloga odbije ponuđeno posredovanje za odgovarajuće zaposlenje i ako se nezaposleno lice bez opravdanog razloga ne javi poslodavcu upućenom od strane Nacionalne službe za zapošljavanje. Ovakvim stavom zakonodavca, čini da se proklamovana sloboda izbora zaposlenja implicitno obesmišljava.

<sup>23</sup> Član 26. stav 4. Ustava Republike Srbije

<sup>24</sup> B. Lubarda, *nav. delo*, str. 37

<sup>25</sup> „Sl. glasnik RS” broj 36/2009, 88/2010, 38/2015

<sup>26</sup> Videti više član 87. Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti

Danas se sloboda rada posmatra znatno šire u odnosu na njeno prvobitno shvaćanje. „Naime, suština slobode rada znači i slobodu (mogućnost) radnika da učestvuje u regulisanju svog rada i u upravljanju svojim radom. To se, u manjoj ili većoj meri, i dešava kroz učešće radnika u zaključivanju kolektivnih i individualnih ugovora o radu i kroz učešće (participaciju) u upravljanju radom.”<sup>27</sup>

Članom 60. stav 3. propisano je da su svima, pod jednakim uslovima, dostupna sva radna mesta. Diskriminacija po bilo kom osnovu u pogledu ostvarivanja ovog prava se zabranjuje. U cilju sprovođenja ove ustavne odredbe, Zakonom o radu propisana je zabrana posredne i neposredne diskriminacije lica koja traže zaposlenje i zaposlenih.<sup>28</sup> Diskriminatorni osnovi koji se navode u zakonu (pol, rođenje, jezik, rasa itd.) nisu predstavljeni sistemom enumeracije, odnosno postojanje diskriminacije je moguće utvrđivati i s obzirom na druga lična svojstva lica koja traže zaposlenje i zaposlenih. Zakon o zabrani diskriminacije<sup>29</sup> reguliše i diskriminaciju u oblasti rada i svrstava je, zajedno sa drugim oblicima diskriminacije koji su taksativno nabrojani, u posebne slučajeve diskriminacije. Pozivajući se na relevantne odredbe o zabrani diskriminacije, u smislu dostupnosti radnih mesta svima pod jednakim uslovima, Ustavni sud je u jednoj svojoj odluci<sup>30</sup> utvrdio da odredbe Odluke Upravnog odbora Advokatske komore Srbije, kojima je bila propisana različita, znatno niža, visina naknade za upis u imenik advokata za advokatske pripravnike i volontere koji su celokupan staž ostvarili kod advokata od visine naknade za upis kandidata koji taj staž nisu ostvarili kod advokata, nisu u saglasnosti sa Ustavom i zakonom.<sup>31</sup> Takođe, treba napomenuti da je Usta-

---

<sup>27</sup> P. Jovanović, *nav. delo*, str. 133

<sup>28</sup> Pod neposrednom diskriminacijom, u smislu Zakona o radu, smatra se svako postupanje uzrokovano nekim od osnova (pol, rođenje, jezik, rasa, boja kože, starost, trudnoća, zdravstveno stanje, odnosno invalidnost, nacionalna pripadnost, veroispovest, bračni status, porodične obaveze, seksualno opredeljenje, političko ili drugo uverenje, socijalno poreklo, imovinsko stanje, članstvo u političkim organizacijama, sindikatima ili neko drugo lično svojstvo) kojim se lice koje traži zaposlenje ili zaposleni stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji. Posredna diskriminacija, u smislu Zakona o radu, postoji kada određena naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa stavlja ili bi stavila u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica-lice koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, zbog određenog svojstva, statusa, opredeljenja ili uverenja koja su napred navedena.

<sup>29</sup> „Sl. glasnik RS” br.22/2009

<sup>30</sup> Odluka Ustavnog suda IUO broj 684/2012 od 20. februara 2014. godine, objavljena u „Sl. glasniku RS” broj 54/2014 od 20. maja 2014. godine

<sup>31</sup> U obrazloženju ove odluke Ustavnog suda, između ostalog, navedeno je i sledeće: „Imajući u vidu da se osporenim odredbama člana 2. Odluke određeni troškovi upisa u imenik advokata u visini od 5.000 evra, u dinarskoj protivrednosti po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan uplate, ne zasnivaju na objektiviziranim kriterijumima koji bi se mogli dovesti u vezu sa pravnom prirodom i svrhom troškova upisa u imenik advokata, a isključili proizvoljnost, te polazeći od toga da je za advokate bavljenje advokatskom delatnošću ostvarivanje prava na rad, Ustavni sud ocenjuje da osporene odredbe člana 2. Odluke nisu saglasne načelu vladavine prava u smislu pravne sigurnosti i Ustavom zajamčenog prava na rad iz člana 60. st. 1. i 2. Ustava. Ovo stoga što ekonom-

vom izričito zajemčena ravnopravnost muškaraca i žena i da država razvija politiku jednakih mogućnosti, a što se svakako odnosi i na ostvarivanje prava na rad i sa tim u vezi propisane zabrane diskriminacije po osnovu pola.<sup>32</sup>

Obavljanje rada nužno ima za posledicu trošenje fizičkih i psihičkih resursa radnika. Sposobnost radnika da u dužem vremenskom periodu obavlja rad sa jednakim kvalitetom i zalaganjem iziskuje garantovanje određenih prava, koja sadržinski posmatrano, u širem smislu, čine pravo na rad. U tom pravcu Ustav Republike Srbije u članu kojim zajemčuje pravo na rad jemči da svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad i na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa. Niko se tih prava ne može odreći.<sup>33</sup> Obezbeđivanje zdravih i bezbednih uslova rada jedna je od bitnih pretpostavki za dugoročnije ostvarivanja prava na rad. Suprotno tome, neobezbeđivanje adekvatnih uslova rada prouzrokuje mnogobrojne negativne posledice za zaposlenog i za državu. Izloženost štetnim uslovima rada i povrede na radu narušavaju zdravlje zaposlenog, smanjuju njegovu radnu sposobnost, odnosno u težim slučajevima dovode do potpunog gubitka radne sposobnosti zaposlenog. Takav pojedinac nužno postaje briga države. Zakonodavac je nastojeći da obezbedi ostvarivanje ustavom proklamovanog prava doneo Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, kojim su propisane obaveze i dužnosti za poslodavca i zaposlenog u cilju stvaranja bezbednih i zdravih uslova rada. Pored ovog zakona doneti su i mnogobrojni podzakonski akti kojima se predviđaju prava i obaveze u pogledu izloženosti različitim rizicima na radu. Ustavi koji prethode važećem Ustavu (npr. Ustav iz 1963. godine) regulisali su trajanje radnog vremena (npr. najduže 42 časa u sedmici), minimum broja dana plaćenog godišnjeg odmora (npr. 14 dana), dok Ustav iz 2006. godine nije precizirao sadržinu ovih prava u vremenskom smislu, već je to prepustio zakonodavcu, odnosno u krajnjoj liniji, kada se radi o broju dana godišnjeg odmora, utvrđivanje tačnog broja dana povereno je poslodavcu. Regulišući trajanje dnevnog i nedelnog radnog vremena zakonodavac je propisao i minimum trajanja odmora u toku dnevnog rada, kao i minimum tra-

ska moć obveznika u najširem i najopštijem smislu, počiva na opštim ekonomskim prilikama u zemlji, a ekonomske prilike u Republici, po nalaženju Ustavnog suda, nesporno su takve da objektivno troškove upisa u imenik advokata u iznosu od 5.000 evra čine ograničavajućim uslovom za jednaku dostupnost obavljanja advokatske profesije. U tom smislu, Ustavni sud nalazi da se ovako propisani iznos troškova upisa ne može prihvatiti kao ustavnopravno utemeljen, budući da neprimerenost visine postaje uslov koji, u suštini, vodi onemogućavanju onih koji žele da se bave advokaturom, a ispunjavaju sve druge uslove za upis u imenik advokata, odnosno čini im ta radna mesta nedostupnim zbog visine troškova koji su enormno određeni i postaje ograničavajući uslov sa stanovišta dostupnosti svakog radnog mesta pod jednakim uslovima i zabrane diskriminacije po osnovu imovnog stanja.

<sup>32</sup> Član 15. Ustava Republike Srbije

<sup>33</sup> Član 60. stav 4. Ustava Republike Srbije

janja dnevnog i nedeljnog odmora. Zakonom o radu je izričito propisano da se odmor u toku dnevnog rada uračunava u radno vreme. „Pod radnim vremenom se u uporednim radnopravnim sistemima (EU, SAD, Japan, Rusija, itd.), ne smatraju pauze u toku rada, dok je u domaćem i crnogorskom pravu zadržano za zaposlene povoljnije rešenje (iz perioda socijalizma) – pauza, tj. odmor u toku rada je sastavni deo radnog vremena.”<sup>34</sup>

Ustav Republike Srbije propisuje da zaposleni za obavljeni rad imaju pravo na pravičnu naknadu. „Pravična zarada kao ustavni izraz može se shvatiti šire kada obuhvata socijalne kriterijume i tržišna merila ili uže kada se pod tim terminom podrazumevaju samo tržišni kriterijumi. S obzirom da se u Ustavu polazi od načela principa privatne privrede, proizilazi da će mera u kojoj će socijalni i etički principi biti uključeni u zarade zaposlenih zavisiti od snage sindikata u pregovorima sa poslodavačkim udruženjima ili državom. Da je u oblasti zarada zaposlenih Ustav prihvatio potpuno drugačiji koncept, nezavisno od proklamovanja principa socijalne pravde, potvrđuje činjenica da se u njemu više ne nalazi pravo zaposlenih na minimalnu zaradu.”<sup>35</sup> Minimalna zarada, čija je osnovna svrha garantovanje minimuma materijalne sigurnosti zaposlenog, sada je regulisana zakonom.<sup>36</sup> Ustavotvorac je zajemčio i pravo na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa. Neostvarivanje prava na rad iz razloga koji ne potiču od volje pojedinca, ustanovljava obavezu državi da istom pruži odgovarajuću pomoć za vreme privremene nezaposlenosti. „Ona je nužna, baš zato jer je supsidijarna i jer bi, u protivnom, pravo na rad za sve one koji to pravo ne uspiju ostvariti, postalo puka deklaracija”<sup>37</sup> U skladu sa tim, ukoliko zaposlenom prestane radni odnos, a ispunjeni uslovi utvrđeni zakonom, isti će ostvariti pravo na isplatu naknade za slučaj nezaposlenosti.

Zakonodavac je donetim zakonima utvrdio sadržinu i obim prava koja je proklamovao ustav, ali je evidentno da se ova prava u praksi ne ostvaruju u punom obimu<sup>38</sup>, posebno ukoliko se uzme u obzir poređenje ostvarivanja ovih prava kod

---

<sup>34</sup> B. Lubarda, *nav. delo*, str. 181

<sup>35</sup> M. Rapajić, *Ekonomika i socijalna prava u Ustavu Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2015, broj 1, str. 273-298

<sup>36</sup> Zakonom o radu propisano je da se minimalna zarada određuje na osnovu minimalne cene rada, vremena provedenog na radu i poreza i doprinosa koji se plaćaju iz zarade, dok se minimalna cena rada utvrđuje odlukom Socijalno-ekonomskog saveta, a ukoliko se ista ne donese u određenom roku, odluku donosi Vlada Republike Srbije. Prof. dr Branko Lubarda ističe: „Zakonsko utvrđivanje visine minimalne zarade javlja se veoma retko u uporednom pravu. Karakteristično je za SAD, gde se saveznim Zakonom o minimalnoj zaradi i zakonima na nivou federalnih jedinica, propisuje iznos minimalne zarade za najjednostavniji rad po radnom času.” – B. Lubarda, *nav. delo*, str. 166.

<sup>37</sup> N. Tinti, *nav. delo*, str. 70

<sup>38</sup> Poseban problem koji postoji u praksi jeste faktički rad kod poslodavca, rad bez zasnivanja radnog odnosa tzv. „rad na crno”, što za posledicu ima nemogućnost ostvarivanja svih ostalih prava po osnovu rada (dnevni, nedeljni, plaćeni godišnji odmor), veći stepen ugroženosti od povređivanja na radu.



poslodavaca u privatnom sektoru i obavljanje rada za državu kao poslodavca, tzv. državni sektor. Kako je obezbeđivanje navedenih prava, pogotovo za poslodavca koji posluje u privatnom sektoru, „dodatni” trošak, nije iznenađujuće da se dešava veliki broj povreda na radu, koje su posledica izostanka odgovarajuće opreme i zaštite na radu i nemogućnosti radnika da ostvari pravo na dnevni, nedeljni i godišnji odmor. Ovako gledište potvrđuje i autor Ratko Marković, koji ističe da ostvarivanje prava na rad zavisi od oblika svojine.<sup>39</sup>

Izričito propisivanje nemogućnosti zaposlenog da se odrekne prava garantovanih ustavom izraz je težnje da se obezbedi zaštita zaposlenog jer je u radnom odnosu on najčešće slabija ugovorna strana. Takođe, odricanjem od nekih prava (npr. odricanjem zaposlenog od zarade, a koja obuhvata i doprinose za obavezno socijalno i zdravstveno osiguranje) štetu bi pretrpela i država.

Načelo povoljnosti za zaposlene – in favorem laboratoris<sup>40</sup> je jedno od osnovnih načela radnog prava. Zaposlenima se zakonom garantuju određena prava, obim tih prava i određeni uslovi rada, ali se dozvoljava mogućnost da ista budu utvrđena u većem obimu, odnosno da se zaposlenima obezbede povoljniji uslovi rada nižim pravnim aktima. Iz toga neposredno proizlazi da se manji obim prava i nepovoljniji uslovi ne mogu utvrditi nižim aktima. Ovo načelo ostvaruje se zaključivanjem kolektivnih ugovora između sindikata zaposlenih i poslodavaca i zaključivanjem pojedinačnog ugovora o radu između zaposlenog i poslodavca. Zaposleni u gotovo svim oblastima rada teže udruživanju, stvaranju sindikata čiji će osnovni cilj biti zastupanje, unapređivanje i zaštita prava i interesa zaposlenih kod poslodavaca. Tako, kolektivni ugovori, kao dvostrani akti, postaju značajan izvor radnog prava.<sup>41</sup>

Omladini, ženama i invalidima je zbog godina života, odnosno njihovog psihičkog i fizičkog stanja, Ustavom zajemčeno pravo na posebne uslove rada i posebnu zaštitu.<sup>42</sup> Prema Zakonu o radu maloletna lica ne mogu zasnovati radni odnos bez prethodne saglasnosti roditelja, usvojioca ili staratelja, kao i ukoliko takav rad ugrožava njihovo zdravlje, moral i obrazovanje, odnosno ako je takav rad zabranjen zakonom. U skladu sa ustavnom odredbom, ovim licima je zakonom propisano i najduže trajanje radnog vremena, zabrana prekovremenog rada, pre raspodele radnog vremena, a rad noću je dozvoljen samo u izuzetnim slučajevima. Podsticanje zapošljavanja invalida u većem obimu jedan je od osnovnih razloga za donošenje Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invalidi-

<sup>39</sup> R. Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, str. 483

<sup>40</sup> B. Lubarda, *nav. delo*, str. 52

<sup>41</sup> Kolektivni ugovori se zaključuju na različitim nivoima: opšti, granski i kolektivni ugovor kod poslodavca.

<sup>42</sup> Član 60. stav 5. Ustava Republike Srbije



ditetom.<sup>43</sup> Ovim Zakonom su predviđene obaveze za poslodavce koji imaju određeni broj zaposlenih, da zavisno od njihovog broja, zasnuju radni odnos sa određenim brojem lica sa invaliditetom, odnosno ukoliko to ne učine, da uplate određene iznose u Fond za profesionalnu rehabilitaciju i podsticanje zapošljavanja osoba sa invaliditetom. Posebni uslovi rada i zaštita na radu žena regulisani su brojnim odredbama Zakona o radu (zaštita zaposlene žene za vreme trudnoće i materinstva).

#### 4. PRAVO NA RAD U USTAVIMA POJEDINIH DRŽAVA

Kao jedno od fundamentalnih ljudskih prava, pravo na rad zajemčeno je u ustavima susednih država.

Ustav Republike Hrvatske propisuje se da svako ima pravo na rad, na slobodu rada, izbora poziva, zaposlenja i da je svakome pod jednakim uslovima dostupno svako radno mesto i dužnost. Najduže radno vreme se određuje zakonom, zaposlenima se priznaje pravo na nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor i tih prava se niko ne može odreći. Svaki zaposleni ima pravo na zaradu kojom može osigurati sebi i porodici slobodan i dostojan život. Zaposleni mogu imati, u skladu sa zakonom, udeo pri odlučivanju u preduzeću.<sup>44</sup> Pravo na zaradu regulisano je tako da zaposleni ostvarivanjem iste može osigurati sebi i porodici slobodan i dostojanstven život. Čini se da Ustav Republike Hrvatske ovakvim definisanjem prava na zaradu, za razliku od našeg Ustava, konkretnije reguliše ovo pravo. Dalje se može primetiti da Ustav Republike Hrvatske u odredbama koje se odnose na prava radnika, ne reguliše pravo na dnevni odmor, kao ni pravo na bezbedne i zdrave uslove rada, ali zajemčuje, za razliku od našeg Ustava, pravo zaposlenih na učešće u odlučivanju u preduzeću.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> „Sl. glasnik RS” br. 36/2009 i 32/2013

<sup>44</sup> Ustav Republike Hrvatske, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=1841>, pristupljeno 1.1.2016. godine

<sup>45</sup> U Hrvatskoj su tokom 2014. i 2015. godine, postojala velika neslaganja, a koja će se verovatno nastaviti i ubuduće, između sindikata radnika i Vlade u pogledu uvođenja outsourcing-a u javnom sektoru. Razmatranja su bila da se ovaj model uvede za obavljanje poslova čišćenja, pripremanja hrane i pića, prevoza i zaštite, pranja i peglanja. Njegovo uvođenje Vlada Republike Hrvatske je predlagala kako bi racionalizovala troškove obavljanja tih poslova. Outsourcing „ili izdvajanje pratećih delatnosti” jeste model ugovaranja u kojem firme ili javne ustanove radi poboljšanja produktivnosti ustupaju određene, uglavnom sporedne poslove (non core), spoljnim preduzećima koja se njima bave. Sindikati u Hrvatskoj su isticali da bi uvođenje ovog modela obavljanja poslova imalo za rezultat otpuštanje zaposlenih a da zaposlenima, koji bi prešli u privatna preduzeća koja obavljaju te vrste poslova, prava iz radnog odnosa bi bila znatno umanjena. Videti više o ovome: L. Heka, Outsourcing u Mađarskoj, Hrvatskoj i Srbiji, Tematski zbornik – Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, Knjiga III, Novi Sad, 2015, 495-514.

U članu 2. Ustava Bosne i Hercegovine, koji reguliše ljudska prava i sloboda, načelno je propisano je da sva lica u okviru Bosne i Hercegovine uživaju pravo da ne budu držana u ropstvu ili potčinjenosti ili da obavljaju prisilni ili obavezni rad. Takođe, s obzirom na poseban pravni status ove države, propisano je i da se prava i slobode određeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim Protokolima neposredno primenjuju u Bosni i Hercegovini i da imaju prvenstvo pred svim drugim zakonodavstvom.<sup>46</sup> Na taj način ljudska prava i slobode zajemčena u navedenoj konvenciji zagarantovana su i u Bosni i Hercegovini.

Ustavom Republike Slovenije zajemčena je sloboda rada, sloboda izbora zanimanja, dostupnost svakog radnog mesta pod istim uslovima a prinudni rad je zabranjen. U delu Ustava koji se odnosi na ekonomsko-socijalna prava, u članu 66 – čiji rubrum nosi naziv „obezbeđenje zapošljavanja“, propisuje se odgovornost države za stvaranje mogućnosti za zapošljavanje i rad i da se njihova zaštita obezbeđuje zakonom.<sup>47</sup> Prava koja se mogu steći nakon što se ostvari pravo na rad (pravo na zaradu, godišnji odmor, zdrave i bezbedne uslove rad) ovim Ustavom nisu propisana, ali je za razliku od našeg Ustava, istim eksplicitno propisana obaveza države da se stara o obezbeđivanju uslova za ostvarivanje prava na rad.

Ustavom Republike Crne Gore zajemčeno je pravo na rad, slobodan izbor zanimanja i zapošljavanja, pravični i humani uslovi rada, zaštita za vreme nezaposlenosti i zabrana prinudnog rada. Dalje je propisano, da se prinudnim radom ne smatra rad uobičajen u sklopu izdržavanja kazne lišenja slobode, obavljanje službe vojne prirode ili službe koja se zahteva umesto nje, rad koji se zahteva u slučaju krize ili nesreće koja pretili ljudskim životima ili imovini.<sup>48</sup> Odredbe Ustava Crne Gore o regulisanju prava na zaradu, zaštite na radu i posebne zaštite na radu omladine, žena i invalida su gotovo identične kao i norme našeg Ustava.

Ustav Republike Makedonije propisuje pravo na rad, slobodan izbor zanimanja, zaštitu na radu i materijalnu pomoć za slučaj privremene nezaposlenosti. Svima je pod jednakim uslovima dostupno svako radno mesto. Svaki zaposleni ima pravo na odgovarajuću zaradu. Svaki zaposleni ima pravo na plaćeni dnevni, nedeljni i godišnji odmor. Zaposleni se ovih prava ne mogu odreći. Ostvarivanje prava zaposlenih i njihov položaj regulisani su zakonom i kolektivnim ugovorom.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> [http://www.oscebih.org/dejtonski\\_mirovni\\_sporazum/SR/annex4.htm#ArticleIIHumanRightsandFundamentalFreedoms](http://www.oscebih.org/dejtonski_mirovni_sporazum/SR/annex4.htm#ArticleIIHumanRightsandFundamentalFreedoms), pristupljeno 1.1.2016. godine

<sup>47</sup> Ustav Republike Slovenije, <http://www.us-rs.si/media/constitution.pdf>, pristupljeno 1.1.2016. godine

<sup>48</sup> Ustav Republike Crne Gore, <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/ustav-crne-gore.pdf>, pristupljeno 1.1.2016. godine

<sup>49</sup> Ustav Republike Makedonije <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/mk/mk014en.pdf>, pristupljeno 2.1.2016. godine

Ustav Republike Mađarske proklamuje slobodu rada, zanimanja i preduzetništva i obavezuje svako lice koje radi da svojim radom doprinosi obogaćenju zajednice, a prema svojim najboljim sposobnostima i potencijalima. Država će nastojati da stvori uslove kojima će obezbediti da svako lice koje je sposobno i spremno da radi ima priliku to i da ostvari.<sup>50</sup> U odnosu na ustave susednih država, pa i naš Ustav, odredbe Ustava Mađarske ustanovljavaju obavezu građaninu koji ostvari pravo na rad da obavljanjem istog mora da doprinosi obogaćenju zajednice, čime se ističe da realizovanje prava na rad nema značaja samo zapojeđinca nego da benefite mora imati i država koja preduzima mere da se to pravo ostvari.<sup>51</sup>

Odredbe Ustava Republike Bugarske zajemčuju pravo građana na rad i propisuju da će se država pobrinuti da obezbedi uslove za ostvarivanje ovog prava, odnosno da će stvarati pogodne uslove za ostvarivanje prava na rad osoba sa psihičkim ili fizičkim invaliditetom. Proklamovana je sloboda izbora zanimanja i radnog mesta kao i da niko ne sme biti primoran na prinudni rad. Zaposlenima se garantuje pravo na zdrave i bezbedne uslove rada, minimalna zarada, naknada za stvarni rad, pravo na odmor i odsustvo, u skladu sa uslovima i procedurom koja je regulisana zakonom.<sup>52</sup> Ustavom Republike Bugarske je isto kao i Ustavom Republike Slovenije propisana obaveza države da obezbeđuje i stvara uslove koji će omogućiti ostvarivanje prava na rad. Ustav je garantujući pravo na minimalnu zaradu, na najvišem nivou obezbedio pravo svakom pojedincu koji vrši rad da za obavljeni rad ostvaruje najmanje propisanu minimalnu zaradu. Republika Bugarska je primer države koja pokušava da ostvari politiku pune zaposlenosti i koja je u tom pokušaju donela zakon koji sadrži odredbu za koju će se kasnije ispostaviti da nije u skladu sa najvišim pravnim aktom Republike Bugarske. Naime, zakonska izmena se sastojala između ostalog u propisivanju novčane kazne, predviđene u trostrukom iznosu od visine doprinosa koji se plaćaju za osiguranje zaposlenog, za svakog ko obavlja rad bez validno zaključenog ugovora o radu. Međutim, Ustavni sud Republike Bugarske je ovu zakonsku odredbu proglasio neustavnom. Obra-

<sup>50</sup> [https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary\\_2011.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf), pristupljeno 1.1.2016. godine

<sup>51</sup> Treba spomenuti da tendencija regulisanja tzv. „atipičnih” odnosno fleksibilnih oblika radnog angažovanja u nacionalnom radnom zakonodavstvu nije mimoišla Mađarsku. Na regulisanje atipičnih oblika zapošljavanja u Mađarskoj su uticali, između ostalog, tržišni uslovi, veći broj stranih poslodavaca u državi i pristupanje Mađarske Evropskoj uniji 2004. godine. Novim Zakonom o radu iz 2012. godine Mađarska je u posebnim odeljcima propisala već poznate „atipične” oblike radnih odnosa, koji su u ranijem periodu bili samo sporadično regulisani (rad na određeno vreme, rad sa nepunim radnim vremenom, rad uz pomoć informatičke tehnologije, rad na daljinu, radni odnos preko studentske zadruga, privremeno ustupanje radnika preko agencija, angažovanje radnika sa umanjenom radnom sposobnošću, privremeni i povremeni poslovi), kao i uvela tri nova oblika – rad po pozivu, deljenje istog radnog mesta i deljenje zaposlenih. O ovome videti više: J. Hajdú, *Main Forms of Atypical Employment in Hungarian Labour Law*, Tematski zbornik – Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, Knjiga III, Novi Sad, 2015, str. 343-366.

<sup>52</sup> <http://www.parliament.bg/en/const>, pristupljeno 1.1.2016. godine

zlažući neustavnost te zakonske odredbe, Ustavni sud je istakao da se njom krši ustavna norma koja propisuje da se rad štiti zakonom, te da se tom odredbom ne štiti rad, nego kažnjava zaposleni. Dalje, Ustavni sud je istakao da se pomenutom izmenom krše odredbe Ustava koje propisuju pravo zaposlenih na rad i odredba koja propisuje pomoć države građanima u pronalaženju posla, a da se osporenim odredbom čini suprotno od onoga što je zajemčeno u Ustavu.<sup>53</sup>

Proučavajući garantovanje prava na rad u ustavnopravnoj regulativi susednih država, može se doći do zaključka da države koje su nekada zajedno sa Republikom Srbijom činile saveznu državu, kao i druge države u okruženju, uz minimalne razlike, jemče pravo na rad i prava na osnovu rada na sličan način kao i Ustav naše države. Naravno, ostvarivanje ovog prava i drugih prava koje su sa njim u vezi prevashodno je uslovljeno društveno – ekonomskim stanjem u državama.

Zanimljivo je pomenuti i odredbe „zakonodavstva o pravu na rad” koje postoje u više od dvadeset država SAD. „To zakonodavstvo zabranjuje klauzule koje zasnivanje radnog odnosa – zaposlenje uslovljavaju prethodnim ili naknadnim učlanjenjem u sindikat. Za ove propise se kaže da su propisi o pravu na rad, a klauzule koje su zahtevale uključivanje u sindikat se kvalifikuju kao povreda prava na rad.”<sup>54</sup> Države koje su donele ove zakone smatraju da zasnivanje radnog odnosa ne sme biti ničim uslovljeno i da članstvo u sindikatima treba da se zasniva na slobodnoj volji radnika, iako je prvenstvena uloga sindikata zaštita interesa i prava radnika. Postoji mišljenje da je „zabrana ovih dveju klauzula u stvari usmerena na slabljenje sindikata, jer se radnici navode na nepripadanje sindikatu”.<sup>55</sup> Ovakvim zakonskim odredbama prikriveno se favorizuju poslodavci i sprovodi očuvanje kapitalističkih interesa istih, budući da se zaposleni nečlanstvom u sindikatu razjedinjuju i slabe.

## 5. ZAKLJUČAK

Pravo na rad je elementarno ljudsko pravo čije ostvarivanje je izazov za svaku državu. Značaj garantovanja prava na rad u ustavu države se danas ne dovodi u pitanje. Koreni prava na rad nalaze se u Montanuarskom ustavu iz 1793. godine, u kom je ono egzistiralo samo na nivou normativne proklamacije bez daljeg razrađivanja, dok svoje zajemčenje u punom obimu pravo na rad prvi put dostiže u Vajmarskom ustavu 1919. godine, a nakon toga su doneta brojna međunarodna dokumenta u vezi istog.

<sup>53</sup> [http://www.labourlawnetwork.eu/national%3Cbr%3Elabour\\_law/national\\_court\\_rulings/national\\_court\\_decisions\\_-\\_labour\\_law/prm/64/v\\_\\_detail/id\\_\\_2171/category\\_\\_5/index.html](http://www.labourlawnetwork.eu/national%3Cbr%3Elabour_law/national_court_rulings/national_court_decisions_-_labour_law/prm/64/v__detail/id__2171/category__5/index.html), pristupljeno 05.01.2016.godine

<sup>54</sup> Videti više: V. Brajić, Radno pravo, Beograd 1991, str. 113

<sup>55</sup> Ibid.

Ustavno jemčenje prava na rad danas ne znači obavezu države da svakom građaninu obezbedi zaposlenje, nego veću angažovanost države u pogledu stvaranja uslova za njegovo ostvarenje, odnosno vođenje politike pune zaposlenosti. Imajuću u vidu statističke podatke o procentu nezaposlenosti u našoj državi, opšti je utisak da bi Republika Srbija morala da preduzme konkretnije mere, kao što su davanje većih subvencija poslodavcima za otvaranje novih radnih mesta, finansiranje većeg broja programa stručnih praksi za sticanje radnog iskustva, sprovođenjem prekvalifikacija i dokvalifikacija u cilju usklađivanja obrazovnog kadra sa potrebama tržišta rada, a koje bi dovele do smanjenja broja nezaposlenih građana tj. kojima bi povećala broj građana koji su ostvarili ustavom priznato pravo na rad.

Ustav Republike Srbije iz 2006. godine je nastavio kontinuitet garantovanja prava na rad započet Ustavnim zakonom iz 1953. godine. Vodeći se dostignutim nivoom priznatih ljudskih prava, principa i vrednosti, Ustav Republike Srbije iz 2006. godine je zajemčio pravo na rad i prava koja suštinski gledano čine pravo na rad u širem smislu, kao što su pravo na ograničeno radno vreme, bezbedne i zdrave uslove rada, pravo na dnevni, nedeljni i plaćeni godišnji odmor, pravo na pravičnu naknadu za rad i pravnu zaštitu za slučaj nezaposlenosti. Osnovna obeležja koja karakterišu zajemčeno pravo na rad su sloboda izbora rada i dostupnost svih radnih mesta pod jednakim uslovima.

Susedne države su priznale pravo na rad i prava koja su sa njim u vezi na sličan način kao i Republika Srbija, uz minimalne razlike, a u skladu sa dostignutim tekovima ovog ljudskog prava.

Dakle, Ustavom iz 2006. godine i donetim zakonima Republika Srbija je stvorila pravne uslove u pogledu ostvarivanja prava na rad, ali je neophodno veće angažovanje države u cilju realizacije istog, a kako ono ne bi ostalo samo puka proklamacija i kako ne bi postojao preveliki jaz između ustavnog zajemčenja ovog prava i društvene realnosti.

Milica Z. Kulidžan, Ph.D. Student  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
milicakulidzan88@gmail.com

## **The Right to Work in the Constitution of the Republic of Serbia**

**Abstract:** *The right to work is a fundamental human right which is a challenge for every country to accomplish achieve. Importance of guaranteeing the right to work in a constitution of a country does not come into question. Constitutional guarantee of the right to work does not imply the obligation for a country to provide employment for its every citizen, but rather to increase country's activities in order to make the conditions for achieving the right to work, that is, to conduct the policy of full employment. The Constitution of the Republic of Serbia, passed in 2006, continues to guarantee the right to work, which was firstly guaranteed by the Constitutional Law of 1953. Considering the achieved level of recognized human rights, principles and values, the Constitution of the Republic of Serbia of 2006 has guaranteed the right to work and other rights that essentially constitute the right to work from a wider perspective, such as the right to limited working hours, safe and healthy working conditions, the right to daily, weekly interval for rest and a paid annual holiday, the right to a fair remuneration for work done and a legal protection in case of termination of working relations. The main characteristics of guaranteed right to work are the right to choose one's occupation freely and the equal opportunity for gaining employment under equal conditions.*

**Key words:** *right to work, free choice of employment, equal opportunity for gaining employment under equal conditions.*

Datum prijema rada: 12.05.2016.





*Jelena M. Vlajnić, student doktorskih studija  
Univerzitet u Beogradu  
Pravni fakultet u Beogradu  
jel.vlajnic@gmail.com*

## PRAVNI OSNOV UNILATERALNE HUMANITARNE INTERVENCIJE

**Sažetak:** *U ovom radu biće istraženo da li u savremenom međunarodnom pravu postoji pravni osnov za unilateralnu humanitarnu intervenciju. Legalnost unilateralne intervencije razmatraće se sa stanovišta međunarodnog ugovornog i međunarodnog običajnog prava, budući da su to dva glavna izvora međunarodnog prava. Najpre će biti obrađena izvesna opšta pitanja, kao što su istorijski razvoj koncepta, pojam i elementi pojma humanitarne intervencije. Zatim će biti analizirana Povelja UN kao i izvesni međunarodni dokumenti kako bi se utvrdilo da li u međunarodnom ugovornom pravu postoji pravni osnov unilateralne intervencije. Polazna tačka analize biće norma o zabrani upotrebe sile sadržana u čl. 2(4) Povelje UN, i biće izloženi argumenti u prilog i protiv ekstenzivnog tumačenja ove norme od strane pojedinih teoretičara. Nakon toga, analiziraće se odredbe pojedinih međunarodnih ugovora za koje u teoriji vlada mišljenje da mogu poslužiti kao pravni osnov humanitarne intervencije. Konačno, biće ispitana praksa država u cilju ispitivanja tačnosti tvrdnje da pravo na humanitarnu intervenciju pripada korpusu pravila običajnog prava. Kako su elementi običajnog pravila praksa i svest o obaveznosti, praksa država biće ispitana sa stanovišta oba ova elementa.*

**Ključne reči:** *Humanitarna intervencija, Pravni osnov, Povelja UN, Međunarodno ugovorno pravo, Međunarodno običajno pravo.*

### 1. POJAM I ISTORIJSKI RAZVOJ DOKTRINE

Koncept humanitarne intervencije primarno je vezan za XIX vek i vojne akcije evropskih sila, pripadnika tzv. Svete alijanse, protiv Turske u cilju zaštite hrišćanskog življa na Balkanu.<sup>1</sup> Začetke misli o dopuštenosti humanitarnih inter-

<sup>1</sup> Boris Krivokapić, „On the concept of humanitarian intervention and preventive self-defence“, *Adrias* 14(2008), 53.

vencija možemo naći i u delima istoričara i filozofa ranih civilizacija iako se, pre pojave hrišćanstva, humanitarna intervencija nije javljala kao *per se* validan razlog za pribegavanje ratu.<sup>2</sup> Ipak, pojavom hrišćanstva opravdanje ove ustanove bazira se na religijskoj solidarnosti i potrebom da se zaštite pripadnici iste vere.

U XVI i XVII veku možemo naći začetke ideje o humanitarnoj intervenciji, ali sam koncept je uglavnom kreacija XIX veka. Naime, pojavom političkog liberalizma, naročito koncepta ljudskih prava, koji su u 18. i 19. veku doveli do uspostavljanja prvih ustavnih demokratija ( SAD i neke zemlje Zapadne Evrope), pravo na humanitarnu intervenciju je ojačano.<sup>3</sup> Međutim, tokom prve polovine XX veka pravna doktrina humanitarne intervencije dobija i prve protivnike a broj intervencija je opao.<sup>4</sup> Na to su uticale inicijative da se upotreba sile u međunarodnim odnosima stavi van pravne opravdanosti, a rat kao sredstvo u međunarodnim odnosima bezuslovno zabrani (Kelog Brajanov pakt iz 1928).

U XX veku, u skladu sa principom neintervencije, praksa intervencije iz humanitarnih razloga uglavnom je napuštena. Donošenjem Povelje UN unilateralna humanitarna intervencija postala je ilegalna, jer član 2 (4) zabranjuje sve upotrebe oružane sile, izuzev u određenim slučajevima (o čemu će kasnije biti reči). Legislativna istorija Povelje pokazuje nameru onih koji su je sastavljali da učine zabranjenim svaki razlog pribegavanju upotrebi oružane sile, osim u slučajevima eksplicitno navedenim u Povelji.<sup>5</sup> Ipak, i nakon što je upotreba sile zabranjena Poveljom, dešavale su se intervencije pravdane humanitarnim razlozima, ali to su bili izolovani slučajevi bez podrške šire međunarodne zajednice.

Raspadom blokovske podele sveta razni autori i političari, kao i nevladine organizacije, počeli su otvorenije da zagovaraju ideju da je stari koncept suvereniteta prevaziđen, i da je dozvoljena oružana intervencija protiv države čija vlada ozbiljno krši osnovna prava svojih državljana. Tako je nastao koncept „novog intervencionizma“.<sup>6</sup> Tom prilikom došlo je do osnivanja doktrine „Odgovornosti za zaštitu“ (eng. „*Responsibility to Protect*“). Naime, kao odgovor na zahteve Generalnog sekretara UN Kofija Anana vlada Kanade je, zajedno sa grupom velikih fondacija, osnovala Međunarodnu komisiju o intervenciji i državnom suverenitetu koja je 2001. god. sastavila izveštaj pod nazivom „Odgovornost za zaštitu“.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Nebojša Raičević: *Humanitarna intervencija u međunarodnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2008, 131.

<sup>3</sup> Sava Savić, „Međunarodno pravo i humanitarna intervencija“, *Međunarodni problemi* 1/2007, 10.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Barry M. Benjamin, „Unilateral Humanitarian Intervention: Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities“, *Fordham International Law Journal*, 16/1992-93, 130.

<sup>6</sup> B. Krivokapić, 53.

<sup>7</sup> The Responsibility to Protect, *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, December 2001, dostupno na adresi <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> (16.05.2014)

Prema izveštaju, suverene države dužne su da zaštite svoje državljane od neizbežnih katastrofa poput masovnih ubistava, silovanja, gladi, ali ako nisu sposobne ili nisu spremne to da urade, ta odgovornost bi trebalo da bude predata široj zajednici država. Ova „odgovornost“ uključuje tri konkretne obaveze: prevencije, reakcije i obnove.<sup>8</sup>

U teoriji ne postoji saglasnost oko definicije humanitarne intervencije. Može se čak reći da definicija ima koliko i autora.<sup>9</sup> Kao nesumnjivi element pojma figurira humanitarizam, pa se humanitarna intervencija definiše kao akcija čiji je cilj zaštita državljana države protiv koje se interveniše. Akcija koja je u pitanju podrazumeva upotrebu oružane sile, što isključuje primenu nekih drugih mera političke, ekonomske ili slične prirode. Ono što izaziva najviše neslaganja prilikom definisanja jeste da li u pojam humanitarne intervencije treba uključiti postojanje odobrenja Saveta bezbednosti.

Nema sumnje da jedan deo međunarodne zajednice smatra da je Savet bezbednosti ovlašćen da u posebnim slučajevima povede oružanu akciju u određenoj zemlji iz humanitarnih razloga. Po tom gledištu, samo takva intervencija je legitimna i može da se označi kao „humanitarna“.<sup>10</sup> Sa druge strane, mnogi smatraju da je humanitarna intervencija bilo koja oružana akcija koja se iz humanitarnih razloga povede protiv određene države. U tom smislu nije bitno da li je postoji odobrenje Saveta bezbednosti – bitno je da su razlozi za pokretanje intervencije humanitarni.<sup>11</sup> Najzad, po trećem gledištu, humanitarnom može da se označi samo ona intervencija koja se preduzima od strane države ili grupe država *bez* odobrenja Saveta bezbednosti. Obrazloženje je da ako odobrenje Saveta postoji, onda je reč o dozvoljenom izuzetku od zabrane upotrebe sile koji potpada pod glavu VII Povelje.<sup>12</sup> Onda nema potrebe da se govori o nekoj posebnoj vrsti intervencije, jer pravni osnov postoji u Povelji. Nama se čini da je ovakvo stanovište ispravno, i da je za definiciju humanitarne intervencije određujuće nepostojanje odobrenja Saveta bezbednosti. Takve intervencije (koje se sprovedu bez odluke SB) nazivaju se unilateralnim.

Oružana intervencija na osnovu odluke Saveta bezbednosti, u smislu Glave VII Povelje, predstavlja dozvoljeni izuzetak od kogentnog pravila o zabrani upotrebe sile. Savet bezbednosti takvu odluku može doneti u slučaju teških i masovnih

<sup>8</sup> B. Krivokapić, 54.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*, 56.

<sup>11</sup> Vid. npr.: Humanitarian Intervention: Legal and Political Aspects, Danish Institute of International Affairs, Copenhagen, 1999, [http://subweb.diiis.dk/graphics/Publications/Andet/Humanitarian\\_Intervention\\_1999.pdf](http://subweb.diiis.dk/graphics/Publications/Andet/Humanitarian_Intervention_1999.pdf), 11

<sup>12</sup> Vid. npr.: Kurre Grimstad., Humanitarian Intervention, Historical, Legal and Moral Perspectives, [http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public\\_law/LLMPapers/grimstad.pdf](http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public_law/LLMPapers/grimstad.pdf), 6.; Robert Kolb., Note on humanitarian intervention, *Affairs courantes et commentaries – Current issues and comments*, [http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_849\\_kolb.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_849_kolb.pdf), 119.

povreda ljudskih prava, pod opštim uslovima neophodnim za preduzimanje kolektivnih mera od strane Saveta bezbednosti. Ali, tada prefiks „humanitarna“ ima prevashodno deskriptivno a ne pravno značenje.<sup>13</sup> Ovaj rad prihvata navedeno mišljenje i ograničava se na unilateralnu humanitarnu intervenciju, pa bi se humanitarna intervencija mogla definisati kao: „*Pretnja silom ili upotreba sile od strane države ili grupe država, u cilju sprečavanja ili zaustavljanja masovnih i teških povreda osnovnih ljudskih prava pojedinaca koji nisu državljani države koja interveniše, bez pristanka države na čijoj teritoriji se intervencija preduzima, i bez odobrenja Saveta bezbednosti UN.*“

Pokušaćemo da ukažemo na osnovne elemente definicije unilateralne humanitarne intervencije.

1) Oružana intervencija – humanitarna intervencija podrazumeva upotrebu oružane sile, po čemu se i razlikuje od sličnih ustanova koje za cilj imaju intervenciju u unutrašnje poslove država, ali nenasilnim merama. Postoje mišljenja da u pojam humanitarne intervenije treba uključiti i pretnju upotrebe oružane sile. U svakom slučaju, generalno se smatra da se u ovaj koncept ne uklapaju neoružane intervencije poput mirnih protesta, diplomatskih nota i slično.<sup>14</sup>

2) Subjekti intervencije – Postoje aktivni i pasivni subjekti humanitarne intervencije.<sup>15</sup> Aktivni subjekti su oni koji donose odluku i sprovode intervenciju na teritoriji druge države, i to mogu biti država, grupa država ili međunarodna organizacija. Međunarodne organizacije, bilo regionalne ili OUN, dugo su bile uzdržane i nisu se pojavljivale u ulozi aktivnih subjekata. One takvu ulogu preuzimaju tek u poslednjoj deceniji XX veka. Obično se podudaraju subjekti koji donose odluku o intervenciji i oni koji je preduzimaju, mada može doći i do razmimoilaženja – tada jedan subjekt donosi odluku, a drugi je sprovodi u praksi.<sup>16</sup> Pasivni subjekti su oni na čijoj se teritoriji sprovodi humanitarna intervencija. Pasivni subjekt je država, i to obično politički, ekonomsko i vojno slabija. Važno je napomenuti da ne postoji intervencija ukoliko se država meša u poslove dela svoje populacije koja je jednostrano proglasila nezavisnost od te države.<sup>17</sup>

3) Humanitarni razlozi – Pošto humanitarna intervencija duboko zadire u suverenost države na čijoj teritoriji se sprovodi, moraju postojati ozbiljni razlozi za njeno preduzimanje. Razlog zbog kog se interveniše je i *conditio sine qua non* ove ustanove, jer ako ne postoji valjan razlog, onda intervencija predstavlja akt agresije.<sup>18</sup> Postignuta je saglasnost da razlog za preduzimanje intervencije predstavlja kršenje ljudskih prava, ali nije sigurno o kom kvalitetu i kvantitetu kršenja se radi.

---

<sup>13</sup> Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2010, 189.

<sup>14</sup> B. Krivokapić, 55.

<sup>15</sup> N. Raičević, 24.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*, 31.

Najčešće se kao povod za intervenciju navode ozbiljna i masovna kršenja ljudskih prava. To znači da nisu bilo kakva kršenja podobna da budu razlog za preduzimanje intervencije, već samo ona koja imaju određene kvantitativne i kvalitativne karakteristike. Tako se termin „ozbiljna” odnosi na kvalitativnu, a „masovna” na kvantitativnu osobinu. Razni autori pokušali su da daju odgovor na pitanje kada se kršenja ljudskih prava smatraju ozbiljnim. Uglavnom se smatra da su kršenja ozbiljna onda kada određena država masivno krši osnovna ljudska prava (npr. masovna ubistva, genocid), dakle traži se znatno kršenje međunarodnog humanitarnog prava.<sup>19</sup> Neki autori široko određuju krug ljudskih prava koja mogu biti razlog za humanitarnu intervenciju, tvrdeći da to mogu biti „nedela poput genocida, ozbiljnih ratnih zločina, masovnog ubistva, torture, i prirodna stanja po Hobsovom shvatanju (rat svih protiv svih)“.<sup>20</sup> Sa druge strane, termin „masovna” odnosi se na broj žrtava koji je pogođen kršenjem ljudskih prava. Da bi kršenje osnovnih ljudskih prava bilo razlog za intervenciju, ne može se odnositi samo na pojedine, izolovane slučajeve već mora obuhvatiti veći broj ljudi. Obično se ne precizira koliki je taj broj, ali to nikako ne može biti jedna osoba, kao što je sigurno da je u slučaju miliona ubijenih stanovnika (slučaj Kambodže) intervencija opravdana.<sup>21</sup> Dakle, najveći broj autora jednostavno ističe da treba da se radi o masovnom, tj. rasprostranjenom kršenju ljudskih prava bez posebnog pojašnjenja upotrebljenih izraza.<sup>22</sup>

4) Odsustvo saglasnosti države protiv koje se interveniše – Humanitarna intervencija postoji samo ako država na čijoj teritoriji se preduzima nije dala saglasnost za takvu intervenciju, U suprotnom, ako odobrenje postoji, reč je o drugoj ustanovi – intervenciji uz saglasnost države.

5) Unilateralizam – Bez obzira na broj država koje učestvuju u humanitarnoj intervenciji, ona ostaje unilateralna dokle god se preduzima van sistema UN. Problem značaja odobrenja OUN-a za postojanje humanitarne intervencije pojavio se tek nakon nastanka ove univerzalne međunarodne organizacije. Pre toga, u međunarodnim odnosima nije postojala organizacija koja bi odlučivala o upotrebi sile, osim Društva naroda u periodu između dva svetska rata. Ali, tada ovaj problem nije dolazio do izražaja.<sup>23</sup> Napred je navedeno zašto nepostojanje odobrenja OUN smatramo za element definicije humanitarne intervencije.

<sup>19</sup> B.Krivokapić, 55.

<sup>20</sup> Fernando Teson „The Liberal Case for Humanitarian Intervention“, *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas* (Holzgrefe J.L. – Keohane R.O. eds.), Cambridge 2003, 95.

<sup>21</sup> N.Raičević, 38.

<sup>22</sup> Vid. npr.: Advisory Council on International Affairs-Advisory Committee on Issues of Public International Law: Humanitarian Intervention (Dutch Report No. 13), The Hague, 2000, [http://www.aiv-advies.nl/ContentSuite/upload/aiv/doc/AIV\\_13\\_Eng.pdf](http://www.aiv-advies.nl/ContentSuite/upload/aiv/doc/AIV_13_Eng.pdf), p.29; Danish Institute of International Affairs, 11; S.D.Murphy, *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, University of Pennsylvania Press, 1996, 17.

<sup>23</sup> N.Raičević, 49.

Čak i pristalice humanitarne intervencije svesne su da se moraju uvesti striktna ograničenja kako bi se sprečile moguće zloupotrebe. To su zapravo određeni principi prema kojima intervencija treba da se upravlja. Ove principe navela je Međunarodna komisija za intervenciju i državnu suverenost (*eng. International Commision on Intervention and State Sovereignty – ICISS*)<sup>24</sup>, i to su, bez nekog određenog redosleda:

1) Princip pravog ovlašćenja—postavlja se pitanje ko ima pravo da odobri oružanu intervenciju? Prema Povelji UN Savet bezbednosti je ovlašćen da se bavi mirovnim i bezbednosnim pitanjima. Međutim, SB ima „primarnu“ ali ne i ekskluzivnu odgovornost u materiji očuvanja mira i bezbednosti. Prema čl. 11 Povelje, određena ovlašćenja u tom smislu ima i Generalna skupština – doduše, Skupština je ovlašćena da donosi preporuke, ne i pravno obavezne odluke. U svakom slučaju, Komisija nalazi da nema pozvanijeg tela da odobri humanitarnu intervenciju od Saveta bezbednosti.<sup>25</sup> Ipak, u slučaju unilateralne humanitarne intervencije ne postoji odluka Saveta bezbednosti.;

2) Ispravna namera – primarni cilj intervencije (bez obzira na druge moguće motive država koje intervenišu) treba da bude zaustavljanje i sprečavanje ljudske patnje<sup>26</sup>;

3) Iscrpljenost svih sredstava – oružana intervencija mora da bude „poslednja opcija“, dakle najpre treba da se iskoriste sva sredstva mirnog rešenja krizne situacije;

4) Srazmernost sredstava – obim, trajanje i intenzitet planirane oružane intervencije treba da budu na dovoljnom nivou, ali ne i više od toga. Dakle, treba da postoji proporcija upotrebljenih sredstava (sile) i cilja;

5) Razumni izgled na uspeh – treba utvrditi da li postoji razumna šansa da se vojnom intervencijom popravi, a ne pogorša stanje.

## 2. HUMANITARNA INTERVENCIJA I POVELJA UN

Humanitarna intervencija predstavlja izuzetak od zabrane pretnje i upotrebe sile u međunarodnim odnosima. Ovo načelo uređeno je članom 2 (4) Povelje UN koji glasi: „Svi članovi se u svojim međusobnim odnosima uzdržavaju od pretnje ili upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti svake države, ili na svaki drugi način nesaglasan sa ciljevima UN.“<sup>27</sup> Zabrana upotrebe

---

<sup>24</sup> The Responsibility to Protect, *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, December 2001, dostupno na adresi <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> (16.05.2014)

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Charter of The United Nations*, dostupno na adresi: <http://www.un.org/en/documents/charter/> (17.05.2014).



sile predstavlja normu *jus cogens*-a i poseduje univerzalnu važnost. Ipak, nije apsolutne prirode već trpi izuzetke: kolektivne mere koje, u skladu sa glavom VII Povelje, preduzima Savet bezbednosti, individualnu i kolektivnu samoodbranu i mere protiv bivših neprijateljskih država. Treći izuzetak je istorijske prirode pošto se odnosi na bivše neprijateljske zemlje u Drugom svetskom ratu. I osnovno pravilo o zabrani upotrebe sile, kao i izuzeci od ovog pravila, kogentne su prirode, što znači da se mogu derogirati samo novonastalom normom *jus cogens*-a (*jus cogens superveniens*).

Za većinu pravnika, dalja rasprava o legalnosti humanitarne intervencije je okončana. Ništa u Povelji ne daje mogućnost da jedna takva intervencija bude dopuštena. Ipak, određena grupa međunarodnopravnih stručnjaka se ne slaže sa tim.<sup>28</sup> Oko ovog pitanja dolazi do sukoba dva gledišta: klasičnog i realističkog. Klasično orijentisani pisci poriču postojanje prava na humanitarnu intervenciju polazeći od norme o zabrani upotrebe sile iz člana 2(4) Povelje, koja eksplicitno predviđa samo dva izuzetka<sup>29</sup>. Neki među njima tvrde i da se princip neintervencije uzdigao do statusa norme *jus cogens*-a, dakle takve norme od koje nije dopušteno odstupanje.<sup>30</sup> Sa druge strane, realisti usko tumače član 2 (4) Povelje.<sup>31</sup> U prilog svojoj tvrdnji o tome da Povelja implicitno dozvoljava humanitarnu intervenciju oni posežu za određenim argumentima.

Prvi argument bazira se na uskom tumačenju člana 2 (4) Povelje. Tokom Hladnog rata neki autori (uglavnom američki) tvrdili su da član 2 (4) uspostavlja delimičnu zabranu i da treba da se tumači u kontekstu cele Povelje, kao i da zabrana upotrebe sile zavisi od funkcionisanja sistema kolektivne bezbednosti pod glavom

<sup>28</sup> J.L. Holzgrefe, "The Humanitarian Intervention Debate", *Humanitarian Intervention – Ethical, Legal and Political Dilemmas* (Holzgrefe J.L. –Keohane R.O eds.), Cambridge 2003, 37.

<sup>29</sup> Autori koji osporavaju doktrinu humanitarne intervencije su, između ostalih: Ian Brownlie, "International Law and the Use of Force by State Revisited", *Chinese Journal of International Law*, 1/ 2002, 1-19; W.D. Verwey, "Humanitarian Intervention", *The Current Legal Regulation of the Use of Force* (ed.A.Cassese), 1986, 57-75.; Aaron Schwabach, "The Legality of the NATO Bombing Operation in the Federal Republic of Yugoslavia", *Pace International Law Review*, 1999, 405-418.

<sup>30</sup> Jianming Shen, "The Non-Intervention Principle and Humanitarian Intervention under International Law", navedeno prema: Anthony D'Amato, "There is no Norm of Intervention or Non-Intervention in International Law: Comments", *Faculty Working Papers*, Paper 80, 2010, 33, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1079&context=facultyworkingpapers>

<sup>31</sup> Autori koji se zalažu za humanitarnu intervenciju su, između ostalih: W.Michael Reisman, "Humanitarian Intervention and Fledgling Democracies", *Fordham International Law Journal*, 18(3)/1994, 794-805.; D'Amato., "The Invasion of Panama Was a Lawful Response to Tyranny", *American Journal of International Law* 84/1990, 516-524.; Julie Mertus, "Reconsidering the Legality of Humanitarian Intervention: Lessons from Kosovo", *William & Mary Law Review*, 41(5)/2000, 1743-1787.



VII Povelje.<sup>32</sup> Pristalice humanitarne intervencije tvrde da se zabranjuje samo upotreba one sile koja ugrožava teritorijalni integritet ili političku nezavisnost država, ili koja nije u skladu sa ciljevima UN. Humanitarna intervencija je po njima upravo primer takve intervencije koja ne ugrožava napred pomenute državne atribute i ne protivreči ciljevima UN, pa je prema tome dozvoljena.<sup>33</sup> Može se reći da opravdanost ovog argumenta zavisi od shvatanja šta predstavlja teritorijalni integritet i političku nezavisnost određene zemlje. Pristalice humanitarne intervencije ove pojmove shvataju uže, a protivnici se opredeljuju za šire tumačenje. Kao primer užeg tumačenja može se navesti tvrdnja D'Amata kojom je opravdao invaziju SAD na Panamu 1989.: "SAD nisu nameravale da kolonizuju, aneksiraju ili pripoje Panamu niti su to uradile. Panama je bila i ostala nezavisna zemlja i pre a i posle intervencije."<sup>34</sup> Slično rezonuje i Teson, koji navodi da ako humanitarna intervencija ne rezultira teritorijalnim osvajanjem ili političkim pokoravanjem, pogrešno je tvrditi da je zabranjena članom 2(4).<sup>35</sup> Iako je ovaj argument podržan od strane raznih stručnjaka, međunarodni sudovi i internacionalni pravници nisu pokazali spremnost da na ovaj način ograniče domašaj člana 2(4) Povelje.

Sa druge strane, protivnici humanitarne intervencije opredeljuju se za šire tumačenje teksta Povelje. Tako, Šen (Shen) smatra da „teritorijalni integritet“ ne može biti tumačen usko tako da se jedino odnosi na neotuđivost državne teritorije. On se pre odnosi na teritorijalni suverenitet, dostojanstvo i nepovredivost teritorije. Slično tome, „politička nezavisnost“ ne podrazumeva samo očuvanje vlade u nekoj državi. Ovaj termin obuhvata i politički integritet države, njeno dostojanstvo i suverenost da upravlja svojim unutrašnjim i spoljnim poslovima bez ikakvog stranog uplitanja.<sup>36</sup> Takođe, Šahter smatra da intervencija, iako kratkotrajna, povređuje suštinu teritorijalnog integriteta (pravo države da kontroliše pristup svojoj teritoriji). Slično, kad strana sila zbaci vladu nezavisne države radi se o aktu koji je uperen protiv političke nezavisnosti države.

U prilog svojim tvrdnjama protivnici humanitarne intervencije navode i poznatu presudu Međunarodnog suda pravde u slučaju Krfski kanal, kojom je ovaj Sud odbacio tvrdnju Velike Britanije da je njena operacija uklanjanja mina u alban-

---

<sup>32</sup> Christine Gray, „The Use of Force and International Legal Order“, in *International Law*, ed. by M. Evans, 2003, dostupno na adresi: [http://www.jgu.edu.in/joss/PDF/TheUseofForceandtheInternationalLegalOrderinEvans\(InternationalLaw\).pdf](http://www.jgu.edu.in/joss/PDF/TheUseofForceandtheInternationalLegalOrderinEvans(InternationalLaw).pdf) (28.05.2014)

<sup>33</sup> Vid. npr.: Richard Lillich, „Intervention to Protect Human Rights“, *McGill Law Journal* 15(1969), 205-219.; Anthony Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, 2005, 231.; Francis Kofi Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, The Hague-London-Boston, 1999, 95.

<sup>34</sup> Anthony D'Amato, *The Invasion of Panama Was a Lawful Response to Tyranny*, 520.

<sup>35</sup> Fernando Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, Transnational Publishers, New York 1997, p.151.

<sup>36</sup> J. Shen, The Non-Intervention Principle and Humanitarian Interventions Under International Law, u N. Raičević, 282.

skim teritorijalnim vodama u skladu sa članom 2(4) Povelje jer ne ugrožava ni teritorijalni integritet ni političku nezavisnost Albanije.<sup>37</sup> Sud je ovako usko tumačenje odbacio, i našao da je doktrina intervencije opasna jer je po prirodi stvari rezervisana za najmoćnije države. Ova presuda dugo je bila tumačena na različite načine, ili kao potpuno odbacivanje uskog tumačenja člana 2(4) Povelje, ili kao odbacivanje samo argumenta Velike Britanije u konkretnom slučaju.<sup>38</sup>

Moglo bi se zaključiti da tekstualno tumačenje člana 2(4) Povelje ipak ne daje konačan odgovor na pitanje legalnosti humanitarne intervencije. Šire tumačenje više odgovara pravnoj sigurnosti koja nalaže da upotreba sile ne bude predmet arbitrarnih tumačenja i diskrecije. Ipak, oba tumačenja su u skladu sa tekstem člana 2(4) Povelje.

Takođe, postoje mišljenja da zbog izraza „ili na bilo koji drugi način suprotan ciljevima UN“ koji je upotrebljen u završnom delu čl. 2 (4) Povelje, pomenuti član zabranjuje samo upotrebu one sile koja je u nesaglasnosti sa ciljevima UN proklamovanim u prvom članu Povelje.<sup>39</sup> Pošto je jedan od ciljeva UN zaštita ljudskih prava, humanitarna intervencija ne može da potpada pod zabranu u čl. 2 (4) jer se i preduzima radi ostvarenja ovog cilja. Ako Savet bezbednosti ne reaguje i ne spreči masovne povrede ljudskih prava, države imaju pravo da to urade bez njegovog odobrenja. Takvo shvatanje nije prihvatljivo iz više razloga. Pre svega, pristalice humanitarne intervencije se pozivaju na neke ciljeve UN da bi opravdali ovakvu intervenciju, ne vodeći pritom računa da postoje i drugi ciljevi UN. Tako, Danski institut smatra da se generalno formulisani cilj iz čl.1 (3) nikako ne može izjednačiti sa ciljem očuvanja međunarodnog mira i bezbednosti koji je konkretizovan kroz jasnu zabranu upotrebe sile u međunarodnim odnosima.<sup>40</sup> Pored toga, pojedini autori primećuju da veznik „ili“ u rečenici „ili na bilo koji drugi način suprotan ciljevima UN“ ima svrhu da dopuni, pre nego da uslovi, zabranu neodobrene upotrebe oružane sile. Dakle, kreatori Povelje imali su nameru da zabrane državama upotrebu sile kako protiv teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti drugih država, tako i na bilo koji drugi način koji nije u saglasnosti sa unapređenjem ljudskih prava. Takođe, dodaju da je suprotna interpretacija ovog člana Povelje dvaput odbijena od strane Međunarodnog suda pravde.<sup>41</sup>

Dakle, korektno tumačenje teksta nalaže da se član 2(4) Povelje shvati tako da zabranjuje silu koja je uperena protiv teritorijalnog integriteta ili političke neza-

<sup>37</sup> International Court of Justice, The Corfu Channel Case (Merits), April 9. 1949, dostupno na adresi: <http://www.icj-cij.org/doCKET/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=90> (30.05.2014)

<sup>38</sup> Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2008, 32.

<sup>39</sup> N.Raičević, 286.

<sup>40</sup> Danish Institute of International Affairs, 82.

<sup>41</sup> J.L.Holzgrefe, p.40.

visnosti države, i koja nije u skladu sa ciljevima Povelje. Ukoliko upotreba sile ne povređuje teritorijalni integritet ili političku nezavisnost, ali je u suprotnosti sa ciljevima Povelje, ipak je nelegalna.

### 3. DRUGI MEĐUNARODNI UGOVORI

Pored Povelje UN treba razmotriti i druge međunarodne ugovore za koje u teoriji vlada mišljenje da mogu poslužiti kao pravni osnov za humanitarnu intervenciju. Iako ovi ugovori ne pominju izričito humanitarnu intervenciju, neki autori smatraju da ipak otvaraju mogućnost za intervenciju u cilju sprečavanja kršenja ljudskih prava.

Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) ponekad se tumači na način da ohrabruje ili dozvoljava intervenciju protiv genocidalnih režima, što se zasniva na članu I, koji glasi: „Strane ugovornice slažu se da je genocid, bilo da je počinjen u miru ili ratu, zločin prema međunarodnom pravu i obavezne su da ga spreče i kazne“.<sup>42</sup> Pojedini internacionalisti smatraju da ovaj član pruža dovoljno pokriće za države da u cilju „sprečavanja i kažnjavanja“ zločina genocida pribegnu oružanoj sili.<sup>43</sup> Javlja se dilema da li se ovo ovlašćenje država odnosi na upotrebu oružane sile preko državnih granica, ili se u vidu imaju nenasilne mere opisane u preostalom delu Konvencije, poput procesuiranja, ekstradicije ili ekonomskih sankcija. Prema Konvenciji, strane ugovornice mogu sprečiti akt genocida jedino pozivanjem nadležnih organa UN da preduzmu akciju koju oni smatraju odgovarajućom.<sup>44</sup> Dakle, nemaju pravo na unilateralnu upotrebu oružane sile. Osim toga, čak i da Konvencija ovlašćuje ugovornice na upotrebu oružane sile radi sprečavanja genocida, takva odredba bi bila ništava jer je u suprotnosti sa članom 103 Povelje koji izričito predviđa da „u slučaju sukoba između obaveza članice Ujedinjenih nacija na osnovu ove Povelje i njihovih obaveza na osnovu bilo kojeg drugog međunarodnog sporazuma, prevagu će imati njihove obaveze iz Povelje“.<sup>45</sup> Sprečavanje genocida može se ostvariti i primenom oružane sile, ali samo pod uslovom da takvu akciju odobri Savet bezbednosti UN.

Sve četiri Ženevske konvencije u zajedničkom članu 1 pozivaju ugovornice da „poštuju i obezbede poštovanje“ ovih konvencija. Ako dođe do teških povreda Konvencije i Protokola I, ugovornice imaju obavezu da „deluju, zajednički i po-

---

<sup>42</sup> Ian Hurd, „Is Humanitarian Intervention Legal? The Rule of Law in an Incoherent World“, *Ethics & International Affairs*, 25/2011, 299.

<sup>43</sup> Videti: William A. Shabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000, 496; Matthew C. Waxman, *Intervention to Stop Genocide and Mass Atrocities*, Council on Foreign Relations, Council Special Report 49, 2009, 9.

<sup>44</sup> Član VIII Konvencije

<sup>45</sup> N. Raičević, 308.

jedinačno, u saradnji sa Ujedinjenim nacijama i u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija“. Dakle, ukoliko su počinjene teške povrede međunarodnog humanitarnog prava, države su u obavezi da preduzmu pojedinačnu ili zajedničku akciju u saradnji sa Ujedinjenim nacijama i u skladu sa Poveljom (Protokol I, član 89). Od značaja za ocenu legalnosti humanitarne intervencije su i Dodatni protokoli iz 1977. godine. Prema Preambuli Dodatnog protokola I, „nijedna odredba ovog Protokola ili Ženevskih konvencija od 12. avgusta 1949. godine ne može biti protumačena tako da opravdava ili odobrava bilo koji akt agresije ili druge upotrebe sile koji nije u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija...“.<sup>46</sup> Čl. 3 Dodatnog protokola II zabranjuje pozivanje na bilo koju njegovu odredbu u cilju ugrožavanja suvereniteta država, ili radi opravdanja bilo koje druge intervencije u oružani sukob ili u unutrašnje odnosno spoljne poslove države ugovornice. Uzimajući u obzir ove odredbe, možemo zaključiti da Ženevske konvencije ne samo da ne mogu poslužiti kao pravni osnov unilateralne humanitarne intervencije, već takve intervencije implicitno zabranjuju.

Ugovori o osnivanju Organizacije američkih država (OAD) i Afričke Unije (AU) takođe se u teoriji navode kao mogući osnovi dopuštenosti humanitarne intervencije, jer omogućavaju preduzimanje prinudne kolektivne akcije protiv sopstvenih država članica.<sup>47</sup> Ustavni akt Afričke Unije stvara „pravo Unije da interveniše u državama članicama shodno odluci Skupštine AU u teškim okolnostima, poput: ratnih zločina, genocida i zločina protiv čovečnosti.“<sup>48</sup> Ovo nije individualno pravo država članica već kolektivno pravo Unije, tako da ne može da posluži kao pravni osnov unilateralne humanitarne intervencije.<sup>49</sup> AU još nije koristila svoje ovlašćenje, ali po svemu sudeći ono stvara pravno dozvoljenu mogućnost humanitarne intervencije među državama članicama. Sa druge strane, Povelja OAD ne ide tako daleko: ona izričito zabranjuje intervenciju u unutrašnje i spoljne poslove druge države, iz bilo kojih razloga.<sup>50</sup> Ali, Organizacija se takođe obavezuje da podržava demokratsku vladavinu u državama članicama, opisujući demokratsku vladavinu kao neodvojivu od poštovanja ljudskih prava.<sup>51</sup> Ovi elementi mogli bi da posluže kao osnov prava na intervenciju u cilju zaštite ljudskih prava i demokratije, ali to je malo verovatno. Pre se može reći da OAD ima ovlašćenje da osudi vladu države članice koja krši ljudska prava, ali ne i da preduzme oružanu intervenciju: najviše što može da uradi je da isključi takvu državu iz organizacije.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 306.

<sup>47</sup> I.Hurd, 300

<sup>48</sup> Constitutive Act of the African Union, Article 4(h), dostupno na adresi: [http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct\\_EN.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct_EN.pdf) (25.08.2014).

<sup>49</sup> I.Hurd, 300

<sup>50</sup> Tekst Povelje dostupan na adresi: [http://www.oas.org/dil/treaties\\_a-41\\_Charter\\_of\\_the\\_organization\\_of\\_american\\_states.htm#ch2](http://www.oas.org/dil/treaties_a-41_Charter_of_the_organization_of_american_states.htm#ch2) (28.05.2014)

<sup>51</sup> Inter-American Democratic Charter, September 11, 2001 Lima, Peru, [http://www.oas.org/charter/docs/resolution1\\_en\\_p4.htm](http://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm) (27.05.2014)

## 4. OBIČAJNO PRAVO

Postoje mišljenja da osnov unilateralne humanitarne intervencije treba potražiti u običajnom pravu. Pri tom, postoje dve škole mišljenja. Po jednom, pravo na humanitarnu intervenciju postojalo je kao običajna norma i pre usvajanja Povelje UN i nastavilo je da egzistira paralelno sa tim ugovorom. Sa druge strane, po nekim internacionalistima ne postoji kontinuitet između tradicionalnog običajnog prava na humanitarnu intervenciju i današnje običajne norme.<sup>52</sup>

Kako bi došli do odgovora na pitanje da li je pravo na humanitarnu intervenciju postalo deo običajnog prava, potrebno je da razmotrimo da li su ispunjeni uslovi za nastanak običaja. Pošto je za nastanak običajnog pravila neophodno postojanje dva elementa, materijalnog (*corpus*), koji predstavlja određenu praksu, i subjektivnog (*animus*) koji podrazumeva svest o obavezности, oba ova elementa biće ispitana da bi se utvrdilo da li je zaista nakon usvajanja Povelje UN došlo do stvaranja običajnog prava na unilateralnu humanitarnu intervenciju. Postavlja se pitanje šta čini praksu države u smislu materijalnog elementa običajnog pravila? Komisija za međunarodno pravo navela je sledeća dokumenta kao dokaz o postojanju međunarodnog običajnog prava: „Ugovori, odluke nacionalnih i međunarodnih sudova, nacionalna legislativa, diplomatska korespondencija, mišljenja nacionalnih pravnih savetnika, praksa međunarodnih organizacija.”<sup>53</sup>

Da bi praksa bila konstitutivni element običaja, potrebno je da ispunjava određene kvalitete. To su zapravo određeni uslovi, koji se sa stanovišta njihove prirode mogu podeliti na kvantitativne i kvalitativne. Najpre, traži se da praksa država bude *trajna* i *opšta*. To su kvantitativni uslovi. Ove karakteristike biće ispitane da bi se utvrdilo da li postojeća praksa zadovoljava uslove za nastanak običajnog prava na humanitarnu intervenciju.

### 4.1. Trajnost i opštost prakse

Sa vremenskog aspekta, potrebno je da prođe određeni period da bi mogli da govorimo o trajnosti prakse. U klasičnom međunarodnom pravu zahtevalo se da praksa bude dugotrajna. Danas je zahtev za dugotrajnošću prakse izgubio svoj racionalni osnov jer države mnogo češće stupaju u kontakt nego što je to bilo slučaj u klasičnom pravu, tako da nije potrebno da prođe mnogo vremena da bi nastao običaj.<sup>54</sup> To je dovelo do stvaranja tzv. „instant“ običaja, koji nastaju u relativno kratkom periodu sa osloncem na rezolucije donete u okviru međunarodnih organizacija, posebno u Organizaciji ujedinjenih nacija. Sa stanovišta trajanja, moglo

---

<sup>52</sup> N.Raičević, 310.

<sup>53</sup> Videti: Yearbook of the International Law Commission, Vol.II, p.368, [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1950\\_v2\\_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1950_v2_e.pdf) (27.08.2014).

<sup>54</sup> M.Kreća, 89.

bi se reći da praksa ispunjava uslov za nastanak običajnog prava na preduzimanje humanitarne intervencije. Takva praksa postoji već tri i po decenije uz postojanje određenog kontinuiteta, jer se skoro svake decenije desila po jedna humanitarna intervencija.<sup>55</sup>

Što se tiče opštosti prakse, potrebno je da običajno pravilo prihvati većina država. U izveštaju Međunarodnog udruženja pravnika kaže se da praksa mora biti „rasprostranjena i reprezentativna“.<sup>56</sup> Dakle, potrebno je da bude uključena većina država. To ne znači da se traži da sve države budu uključene u takvo ponašanje, „praksa ne mora da bude univerzalna...opšta praksa je dovoljna“.<sup>57</sup> Većina o kojoj se radi treba da bude reprezentativna, dakle većina u kojoj su zastupljeni svi glavni pravni sistemi i civilizacije savremenog sveta. Po rečima Međunarodnog suda pravde praksa mora „uključivati one države čiji su interesi posebno pogođeni“.<sup>58</sup> Kriterijum reprezentativnosti ima dva aspekta – pozitivni i negativni. Po pozitivnom, ukoliko su sve posebno zainteresovane države zastupljene u praksi ili se prećutno sa njom slažu, nije potrebno da učestvuje većina država. Sa negativnog aspekta, nastanak običaja može da spreči određena važna država.<sup>59</sup>

Jednoobraznost, tj. konzistentnost određenog ponašanja znači da države koje su uključene u stvaranje običaja treba da se ponašaju na istovetan način u istim ili sličnim situacijama. Prema izveštaju Komiteta, praksa „mora biti stvarno jedinstvena, interno i kolektivno“. Da bi praksa bila interno jedinstvena, potrebno je da svaka država čije se ponašanje posmatra treba da postupa na isti način u svim situacijama u kojima je uključena u tu praksu. Kolektivna jednoobraznost znači da se različite države ne smeju suštinski drugačije ponašati.<sup>60</sup> Imajući u vidu razloge zbog kojih se najčešće preduzima humanitarna intervencija, kao i praksu država, teško da je ovaj uslov za nastanak običaja ispunjen. Uprkos kršenju ljudskih prava u mnogim zemljama humanitarna intervencija je izostala.<sup>61</sup> Očigledan primer je politika aparthejda u Južnoj Africi. Takođe, u Turskoj postoji proganjanje Kurda koje je surovije, dugotrajnije i masovnije od proganjanja Albanaca na Kosovu, a humanitarna intervencija je ipak preduzeta protiv Jugoslavije a ne

<sup>55</sup> N.Raičević, 320.

<sup>56</sup> International Law Association, Final Report of the Committee on Formation of Customary (General) International Law (Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law), London Conference 2000, Principle 13, 21.

<sup>57</sup> *Ibid.*, Principle 14, Commentary (a), 24.

<sup>58</sup> International Court of Justice, North Sea Continental Shelf Case, 1969, (Judgment), 20. February 1969, para.74.

<sup>59</sup> ILA Committee Report, Principle 14, Commentary (c), 26.

<sup>60</sup> *Ibid.*, Principle 13, 21.

<sup>61</sup> Tako, Marfi nalazi da nema konsenzusa među državama da UN, regionalne organizacije ili države imaju obavezu intervencije po običajnom pravu niti da praksa to dokazuje, a zatim navodi listu 29 država u kojima međunarodna zajednica nije intervenisala uprkos masovnom kršenju ljudskih prava u tim državama: S.D.Murphy, 296.



protiv Turske.<sup>62</sup>Ovi primeri nam govore da retko, skoro nikad do preduzimanja intervencije dolazi iz čisto humanitarnih razloga. Naprotiv, države se odlučuju na intervenciju radi zaštite svojih nacionalnih interesa, pa se dešava da u nekoj zemlji dođe do teškog kršenja ljudskih prava a da na to niko ne reaguje zbog nepostojanja interesa. Iz dosadašnje prakse država jasno se može uočiti potpuno odsustvo interne jednoobraznosti. Primera radi, velike sile poput SAD, Velike Britanije i Francuske imale su kapaciteta da u drugim delovima sveta preduzmu akcije kao one u Iraku i Jugoslaviji, ali one to nisu učinile.<sup>63</sup> Takođe, o kolektivnoj jednoobraznosti se ne može ni govoriti. Da bi postojala takva konzistentnost, potrebno je da se države koje su relevantne za pitanje humanitarne intervencije ponašaju na istovetan način. Međutim, to nije slučaj. U posleratnom periodu, Rusija i Kina nijednom nisu preduzele humanitarnu intervenciju i uvek su se protivile takvoj praksi drugih država. Iz svega navedenog može se zaključiti da ne postoji konzistentnost prakse (ni interno, ni kolektivno) što je smetnja za nastanak običajnog pravila.

#### 4.2. Svest o pravnoj obaveznosti

Svest o pravnoj obaveznosti (*opinio juris sive nesecitatis*) predstavlja subjektivni element u procesu nastajanja običajnog pravila. Da bi praksa postala običajno pravilo, potrebno je da je prati ubeđenje o pravnoj obaveznosti takvog ponašanja. Ukoliko nema takvog ubeđenja, reč je o tzv. prostim ili pukim običajima. Da bi ispitati *opinio juris* u slučaju humanitarne intervencije, potrebno je da se osvrnemo na stavove država i grupa država, kako onih koje su se pozivale na ovu doktrinu, tako i trećih država.

Indija, kao država koja je prva preduzela humanitarnu intervenciju, nije se tom prilikom izričito pozvala na doktrinu humanitarne intervencije.<sup>64</sup> Svoju intervenciju u Istočnom Pakistanu 1971. godine obrazložila je korišćenjem prava na samoodbranu.<sup>65</sup> Indija je, doduše, svoju akciju pred Savetom bezbednosti pravdala i „humanitarnim razlozima“, ali ti navodi kasnije su izbačeni iz zapisnika, na zahtev ove države. Pitanje indijske intervencije u Pakistanu raspravljano je u Sa-

---

<sup>62</sup> V Baranovsky, *Humanitarian Intervention: Russian perspectives*, Pugwash Occasional Papers, vol.2, no.1, 8. dostupno na adresi: <http://www.pugwash.org/publication/op/opv2n1.html> (01.06.2014).

<sup>63</sup> B. Krivokapić, 328.

<sup>64</sup> Nakon izbora u Pakistanu 1970.godine došlo je do podele zemlje i proglašenja nezavisnosti Bangladeša. Indijska vlada pružila je podršku bangladeškoj borbi za oslobođenje od Pakistana. Indija je otvorila granicu sa Bangladešom da bi se omogućio pristup izbeglicama. Tokom novembra 1971.godine učestali su pogranični incidenti između Indije i Pakistana, da bi početkom decembra Pakistan izvršio preventivni vazdušni napad duboko na teritoriji svog suseda. Podstaknuta tim događajima Indija je izvršila invaziju na Pakistan. Videti: *The Report of International Commission of Jurist, The events in East Pakistan, 1971: A Legal Study*, Geneva, The Commission, 1972., [http://www.globalwebpost.com/genocide1971/docs/jurists/1\\_preface.htm](http://www.globalwebpost.com/genocide1971/docs/jurists/1_preface.htm) (3.09.2014).

<sup>65</sup> N.Raičević, 332-333.



vetu bezbednosti i Generalnoj skupštini. Tom prilikom, Sovjetski savez je u potpunosti podržao intervenciju, kao i stav Indije da je Pakistan povredio njen teritorijalni integritet. SAD su osudile intervenciju, navodeći da iako je građanski rat u Pakistanu prouzrokovao patnju miliona ljudi i stvorio ogroman broj izbeglica, nije trebalo upotrebiti silu, već naći političko rešenje.<sup>66</sup>

U slučaju intervencija u Kambodži i Ugandi, akteri intervencije isticali su teoriju o dva rata.<sup>67</sup> Prvi rat vodile su one protiv susednih država i pravdale su ga samoodbranom zbog prethodnog oružanog napada na svoju teritoriju, dok je drugi bio građanski rat koje je vodilo nezadovoljno stanovništvo protiv vlada koje su ih ugnjetavale i koji su zapravo i doveli do zbacivanja tih tiranskih vlada.<sup>68</sup> Vijetnam je svoju intervenciju mogao da obrazloži humanitarnim motivima, ali to nije učinio. Takođe, većina država podržala je teoriju o dva rata, dok SSSR nijednom nije vijetnamsku upotrebu sile pravdao doktrinom unilateralne humanitarne intervencije. Izvesno je da humanitarni motivi nisu ono što je preovladalo u intervenciji Vijetnama. Kao što Viler kaže: „Ako je primarnost humanitarnih motiva ono što definiše legitimnu humanitarnu intervenciju, onda ovaj slučaj ne prolazi test”.<sup>69</sup>

Dakle, u pogledu *opinio iuris*-a nema nikakvih dilema. Odmah se uočava da ni Vijetnam a ni ono malo država koje su podržale intervenciju nisu jasno izgovorile ništa što liči na pravo humanitarne intervencije, što nedvosmisleno pokazuje da je izostala potvrda bilo kakvog prava na humanitarnu intervenciju.

Stav predsednika Tanzanije Njererea o intervenciji njegove države u Ugandi takođe je zasnovan na teoriji o dva rata: prvi je bio između njegove države i Ugande i on je predstavljao realizaciju prava na samoodbranu prouzrokovano ugandskom agresijom krajem 1978. godine, a drugi rat su vodili ugandski pobunjenici i on je od strane tanzanijskog šefa države okarakterisan kao „rat za oslobođenje”.<sup>70</sup> Pored toga, intervencija je pravdana i kažnjavanjem predsednika Amina (pošto je OAJ to propustila da učini), kao i podrškom ugandskim izbeglicama. Što se tiče reakcije međunarodne zajednice, Tanzaniji nisu upućivane kritike zbog ove intervencije. Države se uglavnom nisu direktno izjašnjavale o legalnosti tanzanijske intervencije.

<sup>66</sup> F.K.Abiew, p.116.

<sup>67</sup> Ugandske trupe izvršile su invaziju na Tanzaniju oktobra 1978.god. i tako započele rat koji će potrajati osam meseci i označiti kraj režima Idija Amina. Tanzanija nije očekivala ovu invaziju i reagovala je potiskivanjem ugandskih snaga na teritoriju oko reke Kagere. Navedeno prema: D.G.Acheson-Brown, The Tanzanian Invasion of Uganda: A Just War?, dostupno na adresi: <http://www.unomaha.edu/itwsjr/ThirdXII/AchesonBrownTanzaniaVol12.pdf> (19.08.2014); Decembra 1978. Vijetnam je izvršio invaziju na Kambodžu i zbacio režim Crvenih Kmera, koji je u nekoliko navrata povređivao vijetnamsku granicu. Za vreme režima Crvenih Kmera (1975-1979) počinjen je genocid nad, kako se procenjuje, šestinom stanovništva Kambodže. Vid.: K.Grimstad, 35.

<sup>68</sup> B.Krivokapić, 333.

<sup>69</sup> Nicholas J.Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford University Press, 2000, 105.

<sup>70</sup> N.Raičević, 219.

Tako, dok su intervencije Indije i Vijetnama kritikovane od strane brojnih država, samo je nekoliko država kritikovalo tanzanijsku intervenciju.<sup>71</sup>

Početkom 90-ih godina prošlog veka ponovo je preduzeta humanitarna intervencija protiv jedne azijske države, ovog puta Iraka. Radi se o intervenciji koalicioničkih snaga u Iraku (1991-1992).<sup>72</sup> Međutim, ova intervencija je u mnogo čemu specifična u odnosu na prethodne slučajeve.<sup>73</sup> Najpre, za razliku od prethodnih intervencija nije preduzeta od strane susednih država, već onih koje pripadaju zapadnoj hemisferi – SAD, Velike Britanije i Francuske. Zatim, određenu ulogu imao je i Savet bezbednosti. Naime, Savet je svojom Rezolucijom 688 kršenje ljudskih prava u Iraku proglasio „pretnjom međunarodnom miru i bezbednosti“ što ranije nije bio slučaj. Upravo je ovaj momenat poslužio nekim autorima kao dokaz tvrdnje da ova intervencija spada u primere humanitarnih intervencija po odobrenju Saveta bezbednosti. Međutim, takva tvrdnja nije opravdana jer je Savet ovom rezolucijom samo osudio kršenje ljudskih prava, a nije dozvolio upotrebu oružane sile radi zaustavljanja njihovog kršenja. Izjave SAD, Velike Britanije i Francuske o pravnom osnovu njihove intervencije u Iraku nisu podudarne. Sve tri države slagale su se u jednom, da nikakvo dalje ovlašćenje Saveta bezbednosti osim Rezolucije 688 nije potrebno.<sup>74</sup> Međutim, i pored svojih širokih ovlašćenja, koalicija nije tvrdila da je imala pravo da pomaže Kurdima u vojnoj akciji protiv Iraka. Rezolucija 688 govori samo o humanitarnim merama, pa je koalicija ograničena na dostavljanje humanitarne pomoći.<sup>75</sup> Rezolucija se nije izričito pozvala na glavu VII Povelje, niti je posebno ovlastila vojnu koaliciju da kreira „zaštićene zone“ (eng. „safe heavens“) koje su nakon toga ustanovljene.<sup>76</sup>

Iz izjava aktera intervencije, samo se kod Francuske može pronaći *opinio iuris* o postojanju prava na unilateralnu humanitarnu intervenciju. SAD i Velika Britanija su uglavnom smatrale da se pravni osnov njihove akcije nalazi u odo-

---

<sup>71</sup> Danish Institute of International Affairs, 89.

<sup>72</sup> Režim Sadama Huseina u Iraku sistematski je uništavao kurdska naselja kako bi sprečio pobunu i stvaranje nezavisne kurdske države. Nakon što je Irak 2. avgusta 1990. godine izvršio invaziju na Kuvajt i proglasio ga svojom pokrajinom, Savet bezbednosti doneo je više rezolucija u kojima je osudio iračku agresiju i zatražio povlačenje iračkih trupa iz Kuvajta. Pošto se Irak oglušio o te zahteve, SB je usvojio Rezoluciju 678 kojom je ovlastio države članice da u saradnji sa kuvajtskom vladom preduzmu sve neophodne mere kako bi ponovo uspostavile međunarodni mir i bezbednost u tom regionu. Shodno toj rezoluciji, koalicija država je 16. januara 1991. godine otpočela vojnu akciju protiv Iraka, poznatu pod nazivom „Pustinjska oluja“ (eng. *Desert Storm*). Vid. F.K. Abiew, 146.

<sup>73</sup> N. Raičević, 225

<sup>74</sup> *Ibid.*, 232.

<sup>75</sup> Marry Ellen O’Connel, „Continuing Limits on UN Intervention in Civil War“, *Indiana Law Journal*, 67(1992)/4, 907-908.

<sup>76</sup> Richard Lillich, „The Role of the UN Security Council in Protecting Human Rights in Crisis Situations: UN Humanitarian Intervention in the Post-Cold War World“, *Tulane J. of Int’l & Comp. Law*, 3(1994)/2, 6.

brenju UN. Što se tiče međunarodne reakcije na intervenciju, čak i neke države koje su podržale Rezoluciju 688 nisu je videle kao instrument koji izričito dopušta upotrebu vojnih snaga u Iraku. Države su većinom bile veoma brižne da ne stvore presedan koji će dati legitimitet intervencijama Saveta bezbednosti samo na humanitarnim osnovama.<sup>77</sup>

Ni u slučaju NATO bombardovanja Jugoslavije akteri se nisu složili o pravnom osnovu intervencije. Kao i ranije dešavalo se da jedna ista država ističe različite pravne osnove intervencije.<sup>78</sup> Iz izjava zvaničnika NATO-a može se zaključiti da su smatrali da je humanitarna intervencija koju su preduzeli legalna, ali se ipak nisu pozvali na Povelju, niti na bilo koji izvor međunarodnog prava. Od svih učesnika samo se Belgija izričito pozvala na doktrinu humanitarne intervencije. Belgijska vlada tvrdila je da je NATO intervencija zasnovana na doktrini humanitarne intervencije koja bi trebalo da se razvije i prihvati kako bi *jus cogens* vrednosti mogle da budu na pravi način zaštićene od strane međunarodne zajednice.<sup>79</sup> Međutim, ostali akteri intervencije bili su mnogo oprezniji u svojim izjavama i vojnu akciju su pravdali drugim pravnim osnovama. Indikativno je i to da neke države koje su imale presudnu ulogu u bombardovanju Jugoslavije (SAD, Nemačka i Francuska) poriču bilo kakav precedentsni karakter te intervencije.<sup>80</sup> Francuska je čak insistirala da u budućnosti NATO mora da se uzdrži od upotrebe sile u situacijama kad ne postoji odobrenje Saveta bezbednosti, a ne radi se o samoodbrani.<sup>81</sup>

Članice NATO-a pravdale su upotrebu sile protiv teritorijalnog integriteta Jugoslavije Rezolucijom 1199 u kojoj Savet bezbednosti tvrdi da je predstojala humanitarna katastrofa, posebno se osvrćući na masovni egzodus sa Kosova.<sup>82</sup> Britanski ministar spoljnih poslova Robin Kuk je naveo: „pravni osnov za našu intervenciju je taj da međunarodna zajednica ima pravo da upotrebi silu u slučaju neodoljive humanitarne potrebe”.<sup>83</sup> Ali, postavlja se pitanje na koji način se u ovom slučaju ispoljava svest međunarodne zajednice o takvom pravu. Rezolucije SB usvojene na osnovu glave VII Povelje nisu predstavljale odobrenje Saveta za upotre-

<sup>77</sup> N.Raičević, 235.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 335.

<sup>79</sup> Maya Stanylova, „Has humanitarian Intervention Become an Exception to the Prohibition on the Use of Force in Article 2(4) of the UN Charter?“, Edinburgh, ., dostupno na adresi: [http://archive.atlantic-community.org/app/webroot/files/articlepdf/Stanulova\\_Humanitarian%20Intervention.pdf](http://archive.atlantic-community.org/app/webroot/files/articlepdf/Stanulova_Humanitarian%20Intervention.pdf) (08.06.2014.), 10.

<sup>80</sup> N.Raičević, 335.

<sup>81</sup> Jane Stromseth, „Rethinking Humanitarian Intervention: The Case for Incremental Change“, *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas* (Holzgrefe J.L.-Keohane R.O eds.), Cambridge 2003, 239.

<sup>82</sup> Vera Gowlland-Debbas, „The Limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of UN Peace Maintenance“, *European Journal of International Law*, 11(2000)/2, 372.

<sup>83</sup> Navedeno prema: N.J.Wheeler, „Unilateral Humanitarian Intervention and International Law, dostupno na adresi: [http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/1396/1/NeD105\\_Nicholas-JWheeler.pdf](http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/1396/1/NeD105_Nicholas-JWheeler.pdf) (28.08.2014), 211

bu sile: pre su predstavljale dokaz da je zajednica država prepoznala „neodoljivu humanitarnu potrebu” da dela.<sup>84</sup> Napori država učesnika intervencije da unilateralnu operaciju vežu za rezolucije Saveta bezbednosti, umesto da se pozovu na opšte međunarodno pravo ili još konkretnije za doktrinu humanitarne intervencije, pokazuju da su ove države svesne da je odobrenje Saveta bezbednosti nužno za njihovu intervenciju.<sup>85</sup>

Države su imale priliku da se izjasne o NATO operaciji u Jugoslaviji na dva sastanka koja je tim povodom organizovao Savet bezbednosti.<sup>86</sup> Nekoliko država je podržalo intervenciju, među kojima su Nemačka, Slovenija, Albanija, Malezija. Pojedine države (Norveška, Australija, Austrija i Mađarska) su izvan Saveta bezbednosti bezrezervno podržale intervenciju NATO-a. Međutim, značajna grupa država izrazila je svoje protivljenje akciji u Jugoslaviji. Rusija i Kina oštro su se suprotstavile intervenciji, a pored ove dve zemlje svoje protivljenje izrazile su i Indija, Belorusija, Namibija i Kuba. Sa druge strane, Brazil, Argentina i Gabon nisu pružili očiglednu podršku intervenciji na Kosovu, ali je nisu ni otvoreno kritikovali. Primećuje se, ipak, da nije bilo snažne opozicije prema intervenciji među većinom članica UN.<sup>87</sup> Takođe se navodi da nijedna država ili grupa država nije preduzela korak kojim bi pokazala svoje protivljenje intervenciji NATO-a – nije tražila hitan sastanak Generalne skupštine<sup>88</sup>. Dakle, može biti reči o nečemu što liči na začetak prava na unilateralnu intervenciju u svesti međunarodne zajednice. Ipak, takvo pravo još nije dovoljno kristalizovano da bi mogli da govorimo o običajnom pravu na humanitarnu intervenciju. Sve ovo pokazuje da države koje su intervenisale u Jugoslaviji nisu smatrale da su time ostvarile svoje izvorno pravo na humanitarnu intervenciju. Da su smatrale da im takvo pravo pripada, intervenciju ne bi pravdale rezolucijama Saveta bezbednosti ili još šire, opštim međunarodnim pravom.

Potrebno je istražiti i generalne stavove država o doktrini humanitarne intervencije. Tako, Miler, bivši glavni pravni savetnik u Ministarstvu odbrane SAD, navodi da se SAD obično nisu oslanjale na koncept humanitarne intervencije kao pravni osnov za upotrebu sile, jer su bile svesne da bi to bio mač sa dve oštrice. Pozivanjem na humanitarnu intervenciju nastao bi rizik da se i druge države pozovu na taj koncept u slučajevima kada upotrebu sile ne mogu drugačije opravdati. Otuda, humanitarna intervencija predstavlja „klizavu strminu” usled čega su SAD bile veoma obazrive u njenom prizivanju.<sup>89</sup> Britanci su takođe skeptični

---

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid.*, 373.

<sup>86</sup> N.Raičević, *op.cit.*, str. 256.

<sup>87</sup> Antonio Cassese, “Ex Injuria Ius Orbitur: Are We Mowing towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”, *EJIL*, 1999, dostupno na adresi: <http://www.ejil.org/pdfs/10/1/575.pdf>, (21.08.2014), 28

<sup>88</sup> *Ibid.*, 29.

<sup>89</sup> J.A.Miller, “NATO’s Use of Force in the Balkans”, *New York Law School Law Review*, 45/2000; navedeno prema: N.Raičević, 337.

u vezi postojanja prava na unilateralnu humanitarnu intervenciju. Komitet za spoljne poslove Donjeg doma britanskog parlamenta odbacio je shvatanja autora koji tvrde da je stvoreno novo običajno pravilo koje dopušta humanitarnu intervenciju smatrajući ga „suviše ambicioznim“, i zaključio da „doktrina humanitarne intervencije ima, u najmanju ruku, slabu osnovu u savremenom međunarodnom pravu...“.<sup>90</sup> Međutim, o pitanju unilateralne humanitarne intervencije nedavno se izjasnila i Kancelarija za spoljne poslove i Komonvelt, pa je u odgovoru na pitanje Komiteta o svom stavu prema humanitarnoj intervenciji navela da je „moguća intervencija u izuzetnim slučajevima kada Savet bezbednosti ne želi ili ne može da spreči humanitarnu katastrofu.“ Takva intervencija bila bi dopuštena pod određenim uslovima.<sup>91</sup>

Rusija i Kina, stalne članice Saveta bezbednosti i države sa velikim ekonomskim i vojnim kapacitetima oštro se protive unilateralnoj humanitarnoj intervenciji. Obe države posebno teško su kritikovale operaciju NATO-a u Jugoslaviji. Rusija zapravo ne podržava humanitarnu intervenciju ukoliko se ne radi o direktnom ugrožavanju njenih interesa.<sup>92</sup> Takođe, Indija je izbegla da svoju akciju u Istočnom Pakistanu opravda doktrinom humanitarne intervencije. Kritikovala je operaciju NATO-a u Jugoslaviji zajedno sa Rusijom i Kinom, kada je tokom rasprave u Savetu bezbednosti o intervenciji NATO-a u SR Jugoslaviji jasno istakla da, iako NATO bombardujući Jugoslaviju tvrdi da to čini u ime međunarodne zajednice i čovečanstva, već samo protivljenje Rusije, Kine i Indije govori da NATO nema podršku polovine čovečanstva.<sup>93</sup> Imajući u vidu velike potencijale ove tri države može se smatrati da one predstavljaju posebno zainteresovane države u sferi humanitarne intervencije, pa je njihovo negiranje postojanja ovog prava veoma značajno i praktično poništava argumente autora koji tvrde da postoji *opinio juris* o pravu na unilateralnu intervenciju. Kao jednu od retkih država koje se pozivaju na humanitarnu intervenciju možemo navesti Francusku. Pojedini zvaničnici ove zemlje čak ističu da postoji pravo i dužnost da se interveniše.<sup>94</sup> Ipak, kada je 1994. godine trebalo da interveniše u Ruandi, Francuska je navela da će to učiniti samo ako dobije izričito odobrenje Saveta bezbednosti.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> House of Common's Foreign Affairs Select Committee, Fourth Report on Kosovo: HC 28-I/II (2000), dostupno na adresi: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/199900/cmselect/cmfaff/28/2802.htm>>, para.132. (15.06.2014)

<sup>91</sup> Further supplementary written evidence from the RT Hon Hugh Robertson MP, Minister of State, Foreign and Commonwealth Office: humanitarian intervention and the responsibility to protect (USA19), dostupno na adresi: <http://justsecurity.org/wp-content/uploads/2014/01/Letter--from-UK-Foreign-Commonwealth-Office-to-the-House-of-Commons-Foreign-Affairs-Committee-on-Humanitarian-Intervention-and-the-Responsibility-to-Protect.pdf> (16.06.2014)

<sup>92</sup> Baranovsky, 4-5.

<sup>93</sup> UN Security Council Resolution, 3989th Meeting, 26 March 1999, Doc S/PV. 3989, 15-16.

<sup>94</sup> F. K. Abiew, 235.

<sup>95</sup> N. Raičević, 338.

Tokom 90-ih godina prošlog veka mnoge države koje su želele da preduzmu humanitarnu intervenciju tražile su odobrenje Saveta bezbednosti za takvu akciju. Sumirajući stavove država možemo zaključiti da ne postoji *opinio juris* o postojanju prava na unilateralnu humanitarnu intervenciju. Države koje su intervenisale uzdržavale su se od pozivanja na humanitarnu intervenciju i svoje akcije pravdale drugim pravnim osnovama. Većina država u svetu protivi se praksi humanitarne intervencije, uključujući i Rusiju, Indiju i Kinu u kojima živi pola svetskog stanovništva. Može se utvrditi da većina internacionalista smatra da se unilateralna humanitarna intervencija jedne države ili grupe država ne može zasnivati na običajnom pravu. Međutim, ne treba ni zanemariti činjenicu da među pravnim i političkim autoritetima narasta uverenje koje bi ubuduće moglo da formalizuje običajno pravo kao pravo na takve intervencije.<sup>96</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

U savremenom međunarodnom pravu ne postoji pravni osnov za humanitarnu intervenciju bez odobrenja Saveta bezbednosti UN.

Tekstualno tumačenje člana 2(4) Povelje ne razjašnjava u potpunosti dilemu da li humanitarna intervencija može u određenim slučajevima biti legalna. Sam tekst se može protumačiti tako da daje za pravo i pristalicama i protivnicima ove doktrine. Ipak, šire tumačenje norme o zabrani upotrebe sile više je u skladu sa pravnom sigurnošću. Može se reći da nije u skladu sa načelom pravne sigurnosti tvrdnja da član 2(4) Povelje zabranjuje samo oružanu silu koja narušava teritorijalni integritet ili političku nezavisnost država, ili koja nije u skladu sa ciljevima UN. Argument da je humanitarna intervencija dopuštena Poveljom jer se vrši radi ostvarivanja jednog od ciljeva UN takođe je neprihvatljiv. Time se zaštiti ljudskih prava daje prednost u odnosu na očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti, a takođe se implicira da se svaki od ciljeva u čl. 1(3) Povelje može ostvariti unilateralnom upotrebom sile.

Neefikasnost sistema kolektivne bezbednosti UN ne može da bude pravni osnov humanitarne intervencije. Iz pripremnih radova za izradu Povelje ne vidi se namera njenih tvoraca da dopuste državama supsidijarnu nadležnost u preduzimanju prinudnih akcija kada Savet bezbednosti iz nekog razloga to ne učini. U takvoj situaciji supsidijarnu nadležnost imaju drugi organi, a pre svega Generalna skupština UN.

Osnov dopuštenosti humanitarne intervencije ne možemo naći ni u međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima. Ovi ugovori predviđaju sistem međunarodnog nadzora nad poštovanjem svojih odredaba, ali se nigde ne pominje mogućnost upotrebe oružane sile u slučaju povrede ljudskih prava.

---

<sup>96</sup> S. Savić, 23.



Pošto međunarodno ugovorno pravo ne može biti osnov dopuštenosti humanitarne intervencije, njene pristalice pokušavaju da dokažu da je pravo na unilateralnu intervenciju deo običajnog prava. Pristalice teze o humanitarnoj intervenciji kao novonastaloj običajnoj normi tvrde da je nakon Drugog svetskog rata nastalo novo običajno pravilo koje je zamenilo odredbe Povelje UN i dopustilo humanitarnu intervenciju kao novi izuzetak od zabrane upotrebe sile. Međutim, ispitivanje intervencija koje se navode kao primeri unilateralnih intervencija posle Drugog svetskog rata ne podupire takve tvrdnje. Praksa nije bila opšta jer je u nju uključen relativno mali broj država, a takođe nije bilo ni jednoobraznosti jer su se pojedine države ponašale potpuno različito u sličnim situacijama. Još je teže utvrditi *opinio juris* jer se samo mali broj država pozvao na doktrinu humanitarne intervencije. Akteri su uglavnom isticali druge pravne osnove, a često su postojala i različita opravdanja pojedinih intervencija od strane njenih učesnika. Iz svega navedenog može se zaključiti da unilateralna humanitarna intervencija nema uporište u običajnom pravu.

Pravni osnov humanitarne intervencije ne može se naći ni u ugovornom ni u običajnom međunarodnom pravu. Budući da je humanitarna intervencija rezultat suprotstavljenosti dva principa – suverenosti i zaštite ljudskih prava, pitanje je kojem od ta dva principa dati prednost. Pristalice humanitarne intervencije njen pravni osnov pokušavaju da pronađu i u moralnim razlozima. Međutim, to više nije pitanje legalnosti već legitimnosti.

Međunarodna zajednica svakako ne sme da ostane imuna na kršenja ljudskih prava koja se događaju u nekoj zemlji. Međutim, jedini način da se tim kršenjima stane na put jeste intervencija koja mora da zadovolji određene uslove, a između ostalog za takvu intervenciju neophodno je odobrenje Saveta bezbednosti kao organa zaduženog za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti.



Jelena M. Vlajnić, Ph.D. Student  
University of Belgrade  
Faculty of Law Belgrade  
jel.vlajnic@gmail.com

## Legal Basis for Unilateral Humanitarian Intervention

**Abstract:** *In this paper, the author examines whether there is a legal basis for unilateral humanitarian intervention in contemporary international law. The legality of unilateral humanitarian intervention will be examined from two perspectives, from the point of Treaty International Law and Customary International Law, since these are two main sources of international law. The author first deals with some general issues, such as the historical development of the concept, the concept and elements of the concept of humanitarian intervention. Then the UN Charter and certain international documents will be analyzed, in order to determine whether there is a legal basis for unilateral intervention in Treaty Law. The starting point of the analysis will be the norm prohibiting the use of force contained in the Article 2(4) of the Charter, and will be presented arguments in favor and against the extensive interpretation of this norm by some theorists. After that, the provisions of certain international documents, for which it is believed in the theory that can serve as a legal basis for humanitarian intervention, will be analyzed. Finally, the state practice will be examined in order to determine the veracity of the claim that the right to humanitarian intervention belongs to a body of rules of customary law. Since the elements of customary rule are practice and opinio juris, state practice will be explored from the standpoint of both of these elements.*

**Key words:** *Humanitarian intervention, Legal basis, The UN Charter, International Treaty Law, International Customary Law.*

Datum prijema rada: 17.05.2016.

# PRIKAZ KNJIGE



*Aleksandar V. Šešelj, student  
Univerzitet u Beogradu,  
Pravni fakultet u Beogradu  
sheckya@gmail.com*

## KOSTA ČAVOŠKI: MOĆ I PREVLAST – TUKIDIDOVA POLITIČKA MISAO (CATENA MUNDI, BEOGRAD 2015, 214 STR.)

Veoma je malo književnih dela napisanih u antičko doba, koja su trajala kroz vekove i opstala do naših dana i svojim velikim značajem izvršila uticaj na mnoge ideje i velike mislioce kroz istoriju. Jedan od takvih „spomenika epohe“ jeste i *Peloponeski rat*, delo najvećeg grčkog istoričara Tukidida.

Pred nama je najnovija knjiga iz pera akademika Koste Čavoškog. Ovaj autor, dobro poznat srpskoj javnosti, već više od četrdeset godina objavljuje knjige i radove iz oblasti teorije države i prava, ustavnog prava, kao i radove iz političke i pravne filozofije. Ovaj plodni pisac do sada ima više od četrdeset objavljenih knjiga u svojoj bogatoj bibliografiji. U ovoj knjizi autor se bavi Tukididovim političkim idejama, pošto je taj antički istoričar pisac prvenstveno političke, a potom i vojne istorije. Tukidid se smatra najvećim istoričarem antike, većim i značajnijim od svog savremenika Herodota, kojem su nadenuli titulu „oca istorije“. Takvu tvrdnju potkrepljuju osnovani razlozi. Naime, Tukidid je posedovao jednu značajnu vrlinu, koju Herodot nije, a to je nepristrasnost. Herodot je pisao opširno o kulturnoj, etnološkoj istoriji, o istoriji istočnjačkih naroda i nehelenskog sveta, o geografiji i geografskim položajima, a takođe je bio saradnik i prijatelj velikog atinskog državnika Perikla, te je nastojao da predstavi Atinu u što lepšem svetlu, da istakne njene velike zasluge u Persijskim ratovima, kao i njen veliki značaj i mesto u helenskom svetu. S druge strane, Tukidid, koji je bio prognan („ostrakiran“) iz Atine posle jedne neuspešne bitke u kojoj je bio komandant (zbog njegovog progona, njegova objektivnost se i ne dovodi u pitanje), pisao je o jednom velikom događaju, o Peloponeskom ratu, čiji je bio ne samo posmatrač, već i učesnik. Naravno, oba ova velika istoričara ne mogu da se porede sa Homerom, grčkim pesnikom, čiji su epovi, pored određene količine istorijskog, obilovali i mitološkim sadržajem, te se i ne smatra da je on bio istoričar.

Autor ove studije ističe vrednost i značaj Tukididovog dela i o toj vrednosti beleži sledeće: „Ono što u Tukididovoj istoriji najpre zadivljuje jesu pre svega njegova nepristrasnost i objektivnost, kao i sposobnost da ispod onog što je površinsko i efemerno otkrije dublje i trajnije osnove tekućih zbivanja, zahvaljujući kojima će se isti ili slični događaji ponoviti u potonjoj istoriji. Takvu njegovu sposobnost naročito potvrđuje njegova analiza atinskog imperijalizma, čija se bitna obeležja uvek iznova javljaju u svakoj potonjoj velikoj i moćnoj državi, koja po prirodi stvari teži gospodstvu nad drugima. I kako je takvom analizom razotkrio bit ne samo atinskog, nego i svakog potonjeg imperijalizma sve do današnjih dana, njegova pronicljiva zapažanja predstavljaju polaznu osnovu i za savremene realpolitičke teorije međunarodnih odnosa“.<sup>1</sup>

Stari Grci su razlikovali *polemos*, ratove koje su vodili helenski gradovi-države protiv spoljašnjeg neprijatelja, kakvi su bili Persijski ratovi, i *stasis*, ratove koje su vodili grčki polisi među sobom. Tukidid je u svom delu opisao rat između Peloponeskog saveza, na čelu sa Spartom, polisom koji je imao najjaču kopnenu vojsku, i Pomorskog saveza, na čijem je čelu bila Atina, najveća pomorska sila i najmoćniji polis čitave Helade. Rat je vođen za prevlast u helenskom svetu.

Ova dva polisa bili su simboli dva suprotstavljena politička poretka. Dok je Sparta jedna vrsta aristokratsko-oligarhijskog uređenja, Atina je kolevka demokratije. Ta se podela izražavala i u polisima koji su bili neodlučni u svrstavanju uz neki od ovih saveza, te je to izazvalo unutrašnje sukobe između pristalica suprotstavljenih ideologija, demokratije i oligarhije. O intenzitetu tih krvavih sukoba najbolje svedoči i to da se događalo i da „otac sina ubija“.<sup>2</sup> Autor kod Tukididovog opisa građanskog rata u Kerkiri zapaža da „*stasis* predstavlja slom i raspad unutrašnjeg pravnog i političkog poretka i uspostavljanje prirodnog stanja u Hobsovom (Thomas Hobbes) smislu te reči“.<sup>3</sup> Tomas Hobs je engleski filozof poznat po učenju o prirodnom stanju, koje je izložio u svom *Levijatanu*. Po tom učenju, u prirodnom stanju, čovek je čoveku vuk (*homi homini lupus est*) i postoji rat svih protiv svih (*bellum omnes contra omnes*)<sup>4</sup>. Iz tog prirodnog stanja, građani se uzdižu i putem hipotetičkog društvenog ugovora ograničavaju svoja prava u korist države, tog apstraktnog bića na koje prenose svoju suverenost, a ta država je garant sloboda i prava svih građana. Iako je Hobs bio živi svedok građanskog rata u Engleskoj, autor smatra da se njegova ideja o prirodnom stanju temeljila na Tukididovim prikazima građanskog rata u Kerkiri, budući da je Hobs prvi preveo *Peloponeski rat* sa starogrčkog na engleski jezik. Iz Tukididovog opisa *stasisa* Čavo-

---

<sup>1</sup> Kosta Čavoški, *Moć i prevlast – Tukididova politička misao*, Catena mundi, Beograd 2015, str. 17

<sup>2</sup> *Ibid.*, str. 130

<sup>3</sup> *Ibid.*, str. 124

<sup>4</sup> Tomas Hobs, *Levijatan ili materija, oblik i vlast države crkvene i građanske*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, str. 112 i dalje.

ški dalje zaključuje da je on bio „endemska pojava u ondašnjem helenskom svetu sve dok su gradovi bili autonomne političke zajednice“.<sup>5</sup> Bratoubilački, građanski ratovi su, po pravilu, mnogo suroviji, okrutniji, krvaviji od međunarodnih ratova. Nema sumnje da je autor u pravu kada zaključuje da je građanski rat kaos koji obiluje okrutnošću i svirepošću i da se „u takvom stanju unutrašnjeg rata svi društveni i politički odnosi svode samo na dihotomiju prijatelj – neprijatelj, čime se zatire svaka mogućnost trpeljivosti i uzajamnog poverenja.“<sup>6</sup>

Razlozi za velike uspehe Atine i pretvaranje Atinjana u gospodare mora često su traženi u unutrašnjem političkom poretku. Autor navodi mišljenje Starog Oligarha, po kojem „siromašni staleži i atinski demos s pravom raspolažu većom vlašću od onih koji su uglednijeg porekla i bogati, jer demos vesla na brodovima i time čini Atinu moćnom.“<sup>7</sup> Tukidid je mnogo pre Aristotela, koji je temeljno izložio osobine demokratije i drugih političkih uređenja u svojoj *Politici*<sup>8</sup>, uočio neke od imanentnih slabosti demokratije, po kojoj je Atina bila čuvena. Za njega se ne može reći da je bio pristalica oligarhije, ali je bio oštar kritičar demokratije. Po njemu, najčešća slabost demokratije u Atini jeste lakomislenost, povodljivost mase, što je čini lakom za manipulaciju demagoga, onih koji obmanjuju narod, udovoljavaju njegovim strastima zarad političke koristi. Ta nepromišljenost običnog sveta koštala je Atinjane brojnih neuspeha u Peloponeskom ratu, a najveću cenu te nepromišljenosti, Atinjani su platili u vojnom pohodu na Siciliju, gde su doživeli katastrofalan poraz.

U poglavlju koje nosi naziv „Antropološki pesimizam“<sup>9</sup>, autor analizira Tukididove opise ljudske prirode i način na koji na tu prirodu utiču neke specifične okolnosti kakve su rat i epidemija kuge, koja se pojavila u Atini zbog prenaseljenosti i od koje je stradao i sam Tukidid. Njegovi su zaključci da, u borbi za prevlast, ljudi zanemaruju moralne zakone, oni slede samo svoj vlastiti interes, spremni su da gaze sve pred sobom da bi se dokopali političke moći. Kao poriv koji dovodi do prevage zla nad dobrim na terazijama ljudske prirode, Tukidid navodi pohlepu i častoljublje, koje prerasta u želju za vladanjem nad drugima.<sup>10</sup>

Posebnu pažnju u ovoj knjizi zaslužuje i autorovo temeljno razmatranje pravde i različitih značenja koja Tukidid pridaje ovom pojmu, kao i nemogućnosti ograničavanja političke moći pravdom. Iako je Aristotel, mnogo nakon Tukididove smrti, izložio svoju raspravu o pravdi i pravičnosti<sup>11</sup> koja je ostala aktuelna i do

<sup>5</sup> K. Čavoški, str. 124

<sup>6</sup> *Ibid.*, str. 125

<sup>7</sup> *Ibid.*, str. 77

<sup>8</sup> Aristot. Polit., 1292b

<sup>9</sup> O antropološkom pesimizmu, Kosta Čavoški je opširno izlagao i u svojoj studiji o Makijaveliju. V. Kosta Čavoški, *Makijaveli*, Orpheus, Novi Sad 2012, str. 54-78

<sup>10</sup> K. Čavoški, str. 30

<sup>11</sup> Aristotel je stavove o pravdi i pravičnosti zapisao u petoj knjizi svoje *Nikomahove etike*, koja nosi naziv po Aristotelovom sinu Nikomahu, koji je ovo znamenito delo objavio nakon filozofove smrti.

današnjeg dana i na koju su se ugledali brojni potonji teoretičari pravde, pravda nije bila nepoznata starim Grcima. O njoj su umovali i najstariji grčki filozofi presokratovci.<sup>12</sup> S druge strane, Atinjani su smatrali da pravda pripada jačemu i nastojali da pozivanjem na pravdu legitimišu svoju hegemoniju koju su sprovodili nad drugim polisima. Taj princip se najbolje vidi u dijalogu na Melu. Na ovom mestu autor detaljno analizira taj deo *Peloponeskog rata*, u kojem Atinjani Meljanima nude da im se pokore i objašnjavaju im kako bi njihova predaja predstavljala obostranu korist. Tu je došlo do izvesnog paradoksa. Naime, ti isti Atinjani, koji su odbili da kleknu pred nadmoćnijim i brojnijim persijskim zavojevačima i koji su bili spremni da svi do jednog poginu za slobodu, sada su zauzeli njihovo mesto i sprovodili teror nad svima koji nisu hteli da im se pokore. Hrabri Meljani, koji nisu hteli da žrtvuju svoju slobodu zarad života u ropstvu, isto kao i Atinjani nekoliko godina ranije, svi do jednog su izginuli, a njihove žene i njihova deca su bačeni u ropstvo. Dijalog na Melu pokazuje karakteristike odnosa između Atine, grada-tiranina, i bivših saveznika iz Persijskih ratova. Atinjani su od njih stvorili podanike i prema svima postupali na principima „prirodnog zakona“, što je ništa drugo do pravo jačeg. Takav prirodni zakon bio je okosnica atinskog imperijalizma, politike lišene bilo kakvih moralnih obzira. Autor s pravom konstatuje da je Tukidid, u dijalogu na Melu, prikazao samu suštinu tadašnjih međunarodnih odnosa, odnosno odnosa između gradova-država u antičkoj Grčkoj, i zaključuje da je samo unutrašnje pravo oblast koja je rezervisana za moral i pravdu, dok u međunarodnim odnosima vlada pravo sile.

U dodatku ove knjige, Kosta Čavoški razmatra Plutarhovo razumevanje delotvornosti zakona. Plutarh piše o pravnom poretku u Sparti, koji je utemeljio legendarni zakonodavac Likurg svojim zakonima, koji su neprekidno važili duže od pet vekova i ukazuje na njegovu političku mudrost. Pored svih dobrih osobina uređenja čiji je fundament Likurgov ustav, Čavoški posebno podvlači veru Spartanaca u ispravnost sopstvenih zakona, kao i njihovo sistematsko vaspitavanje koje je imalo za cilj privrženost Sparti i njenom pravnom poretku. Ti zakoni su omogućili da Sparta postane jedan od najmoćnijih polisa čitave Helade. Likurgova državnička mudrost najbolje se uočava kada se njegovi zakoni uporede sa Solonovim reformama u Atini. Solon je predvideo da njegovi zakoni važe sledećih sto godina, a ubrzo nakon njegove smrti, u Atini je uspostavljena Pizistratova tiranija, dok su Likurgovi zakoni bili dugovečni, a slabljenje Sparte je počelo onog trenutka kada su Spartanci prestali da se pridržavaju njegovih zakona.

Ova knjiga je jedinstvena, zato što predstavlja prvo opširnije tumačenje Tukididove političke misli na srpskom jeziku. Autor je strpljivo i precizno izložio

---

<sup>12</sup> Više o tome v. Božidar S. Marković, Pravičnost kao misao i pravno iskustvo, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, septembar 1937, knjiga XXXV, str. 218-229



sve onovne ideje, sadržane najvećma u brojnim besedama, koje se smatraju umetnutim od strane Tukidida, u kojima on izlaže svoje autentične političke stavove. Slobodno možemo reći da je ova studija akademika Koste Čavoškog, ne samo zbog besprekornog stila pisanja, već i zbog obimnosti društvenih i političkih tema kojima se bavi, namenjena ne samo pravnicima i politikolozima, već i najširoj javnosti.

Datum prijema rada: 03.03.2016.



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ  
ЗБОРНИК РАДОВА

*Досадашњи главни уредници:*

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968),  
проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976),  
проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988),  
проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунђан (1991–1997),  
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),  
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013).

*Чланови Уредништва:*

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),  
prof. dr Wilhelm Brauner (Аустрија); prof. dr Tamás Prugberger (Мађарска),  
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Gérard Marcou (Француска),  
prof. dr Heinz Mayer (Аустрија), prof. dr Peter Mader (Аустрија),  
prof. dr. Suphawatchara Malanond (Тајланд), проф. др Бранислав Ристивојевић,  
др Радмила Дабановић, др Марко Кнежевић

*Менаџер часописа*

Лука Батуран

*Секретаријат Уредништва*

Доц. др Владимир Марјански, доц. др Драгана Ћорић, доц. др Бојан Тубић,  
Милана Писарић, Наташа Рајић, Урош Станковић, Сандра Самарцић,  
Цвјетана Цвјетковић, Стефан Самарцић, Ратко Радошевић

*Компјутерска обрада текста*

Vladimir Vatić, „Grafit“

*Штампа:*

„Футура“ Петроварадин  
Тираж: 200 примерака

2016