

ISSN 0350-6630

# **PRAVNI ZBORNIK**

**ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU**

1 / 2016



**UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE**



# **PRAVNI ZBORNİK**

## **ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU**

Časopis „Pravni zbornik“  
počeo je sa izlaženjem 1-vog jula 1933. god. i izlazi do 1941. god.  
Ponovo počinje da izlazi od 1961. godine

### **Dosadašnji Glavni i odgovorni urednici:**

Božidar S. Tomović (1933-1941)  
Božo Vujošević (1960-1970)  
Stojan Đuranović (1970-1980)  
Prof. dr Slobodan Blagojević (1980-1990)  
Dr Čedomir Bogićević (1993-2003)  
Željko Tomović (2003-2008)  
Dr Branislav Radulović (2008 - )

Časopis je ISSN brojem 0350-6630 klasifikovan u  
međunarodni sistem za serijske publikacije (ISDS).  
Mišljenjem Ministarstva kulture Crne Gore,  
broj 03-1377/2 od 02.12.1996. god.  
časopis je oslobođen poreza na promet.

### **ADRESA / Address**

Udruženje pravnika Crne Gore  
ul. Novaka Miloševa b.b. (stara zgrada SDK) II sprat  
81000 Podgorica

### **ŽIRO RAČUN / Bank account**

5503675-19 Podgorička banka AD Podgorica

### **KOMPJUTERSKA OBRADA**

#### **Technical editing**

„Pobjeda“ a. d.

### **ŠTAMPA / Print**

„Pobjeda“ a. d.

### **TIRAŽ / Circulation**

**300**

# **PRAVNI ZBORNİK**

## **LAW REPORTS**

**Izdavač**  
**Publisher**

**UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE**  
**Association of jurists of Montenegro**

**Glavni i odgovorni urednik**  
**Editor in chief**  
dr Branislav Radulović

**UREĐIVAČKI ODBOR**  
**Associate editors**

akademik Mijat Šuković,  
dr Čedomir Bogičević, dr Drago Radulović, dr Maja Kostić-Mandić,  
dr Snežana Miladinović, dr Mladen Vukčević, dr Sefer Međedović,  
dr Gordana Paović-Jeknić, dr Ivana Jelić,  
dr Milan Marković, Borjanka Zogović, dr Radomir Prelević

**Inostrana redakcija**  
**Foreign Editorial Board**

akademik Igor Leonidovic Trunov, dr Christa Jessel-Holst,  
dr Rainer Arnold, dr Miha Juhartt, dr Charles Dillon,  
dr Vasilka Sancin

**REDAKCIJA**  
**Editorial Board**

dr Marko Dokić, dr Vladimir Savković  
dr Miloš Vukčević, mr Bojan Božović, mr Jelena Jovanović

**Sekretar redakcije**  
dr Nikola Dožić

**PRAVNI ZBORNIK**  
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

br. 1/2016  
Podgorica, maj 2016

**S A D R Ź A J**

**ČLANCI**

**Obligaciono pravo**

Prof. dr Snežana MILADINOVIĆ  
**TUMAČENJE UGOVORA O ODREDBAMA NACRTA  
ZAJEDNIČKOG REFERENTNOG OKVIRA ZA EVROPSKO  
PRIVATNO PRAVO ..... 15**

**Nasledno pravo**

Prof. dr Maja KOSTIĆ - MANDIĆ  
**SAVREMENO MJERODAVNO PRAVO  
ZA NASLJEĐIVANJE ..... 33**

**Krivično pravo**

Prof. dr Drago RADULOVIĆ  
**ODNOS PRESUDE I OPTUŽBE ..... 53**

Prof. dr Branko VUČKOVIĆ, Prof. dr Vesna VUČKOVIĆ  
**ILEGALNE MIGRACIJE ILI KRIJUMČARENJE LJUDI ..... 67**

Doc. dr Darko RADULOVIĆ  
**IZRICANJE ILI IZVRŠENJE NOVČANE KAZNE  
I SUPLETORNI ZATVOR ..... 83**

## **Međunarodno javno pravo**

Mr Marina JOVIĆEVIĆ  
**UGOVOR IZ LISABONA I DELEGIRANI PRAVNI AKTI ... 101**

Mr Bojan BOŽOVIĆ  
**ŠENGENSKO PODRUČJE I CRNA GORA ..... 117**

Mr Janko ŠĆEPANOVIĆ  
**SYKES-PICOT AGREEMENT AS COLONIALIST ORIGINAL  
SIN SHAPING TODAY'S MIDDLE EAST ..... 139**

## **PRILOZI**

Mr Milena MARKOVIĆ  
**OPŠTI POGLED NA INSTITUT ODGOVORNOSTI  
DRŽAVE U MEĐUNARODNOM PRAVU ..... 167**

Mr Minja SIMOVIĆ  
**KRIVIČNO DJELO UGROŽAVANJA  
JAVNOG SAOBRAĆA ..... 181**

Mr Vesna SIMOVIĆ  
**PRAVO NA DOBRU UPRAVU ..... 201**

Mr Sofija VUKIĆEVIĆ  
**ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE KAO OPŠTA  
PRETPOSTAVKA OSTVARIVANJA  
AUTONOMIJE LIČNOSTI ..... 227**

## **OGLEDI**

Mr Andreja MIHAILOVIĆ  
**JUSNATURALIZAM VS. JUSPOZITIVIZAM ..... 241**

Sreten JAKIĆ  
**MEHANIZMI OBEZBJEĐENJA POTRAŽIVANJA PO  
OSNOVU OBAVEZE IZDRŽAVANJA DJETETA ..... 273**

Mr Nikola MUGOŠA  
**PROTOKOL 16 UZ EVROPSKU KONVENCIJU  
O LJUDSKIM PRAVIMA – korak naprijed ili nazad ..... 287**

## **PRIKAZI**

Prof. dr Snežana MILADINOVIĆ  
**POSLOVANJE I USLUGE TURISTIČKO-UGOSTITELJSKIH  
SUBJEKATA** autora **prof. dr Dragana Vujisića  
i dr Andreja Mićovića ..... 309**

### **In memoriam**

Dr Čedomir BOGIĆEVIĆ  
**MOMČILO M. VUČINIĆ (1929-2016) ..... 315**

# LAW REPORTS

JOURNAL FOR LEGAL THEORY AND PRACTICE

No. 1 / 2016  
Podgorica, may 2016

## C O N T E N T S

### ARTICLES

#### Contract law

Prof. dr Snežana MILADINOVIĆ  
**CONTRACTUAL INTERPRETATION TROUGHT THE  
PROVISIONS OF THE DRAFT COMMON FRAME OF  
REFERENCE OF THE EUROPEAN PRIVATE LAW ..... 15**

#### Nasledno pravo

Prof. dr Maja KOSTIĆ - MANDIĆ  
**CONTEMPORARY APPLICABLE LAW  
FOR SUCCESSION ..... 33**

#### Criminal law

Prof. dr Drago RADULOVIĆ  
**IDENTITY OF JUDGEMENT AND CHARGES ..... 53**

Prof. dr Branko VUČKOVIĆ, Prof. dr Vesna VUČKOVIĆ  
**ILLEGAL MIGRATIONS OR SMUGGLING OF PEOPLE ..... 67**

Doc. dr Darko RADULOVIĆ  
**PRONOUNCEMENT AND EXECUTION OF FINES AND  
IMPRISONMENT FOR NON-PAYMENT OF FINES ..... 83**



## **International public law**

- Mr Marina JOVIĆEVIĆ  
**TREATY OF LISBON AND DELEGATED ACTS..... 101**
- Mr Bojan BOŽOVIĆ  
**THE SCHENGEN AREA AND MONTENEGRO..... 117**
- Mr Janko ŠĆEPANOVIĆ  
**SYKES-PICOT AGREEMENT AS COLONIALIST ORIGINAL  
SIN SHAPING TODAY'S MIDDLE EAST ..... 139**

## **CONTRIBUTIONS**

- Mr Milena MARKOVIĆ  
**GENERAL VIEWS ON THE INSTITUTE OF STATE  
LIABILITY IN INTERNATIONAL LAW ..... 167**
- Mr Minja SIMOVIĆ  
**CRIME OF ENDANGERING PUBLIC TRAFFIC ..... 181**
- Mr Vesna SIMOVIĆ  
**RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION ..... 201**
- Mr Sofija VUKIĆEVIĆ  
**PROTECTION FROM DISCRIMINATION AS A  
GENERAL PRESUMPTION FOR THE REALIZATION  
OF PERSONAL AUTONOMY ..... 227**

## **REVIEWS**

- Mr Andreja MIHAILOVIĆ  
**LEGAL POSITIVISM vs. NATURAL LAW THEORY..... 241**

Sreten JAKIĆ  
**MECHANISMS FOR SECURING CHILD  
SUPPORT CLAIMS ..... 273**

Mr Nikola MUGOŠA  
**PROTOCOL NO.16 TO THE EUROPEAN CONVENTION  
OF HUMAN RIGHTS (ECHR) – A STEP FORWARD  
OR A STEP BACK ..... 287**

### **REVIEW**

Prof. dr Snežana MILADINOVIĆ  
**OPERATIONS AND SERVICES OF THE PROVIDERS OF  
TOURISM AND RELATED SERVICES , by the author  
prof.dr Dragan Vujisic and dr Andrej Micovic ..... 309**

### **In memoriam**

Dr Čedomir BOGIĆEVIĆ  
**MOMČILO M. VUČINIĆ (1929-2016) ..... 315**

## **Riječ urednika**

Poštovani čitaoci,  
Uvažene kolege,

Da „Bog pregoacu daje mahove“ pokazuje i ovo izdanje „Pravnog zbornika“ koje je, u izdanju Udruženja pravnika Crne Gore, iz izašao štampe i tako nastavio svoj višedecenijskih hod.

Ovaj broj časopisa za pravnu teoriju i praksu „Pravni zbornik“, crnogorskoj pravnoj publici donosi osam autorskih radova iz oblasti obligacionog, nasljednog, kviričnog i međunarodnog javnog prava, kao i četiri priloga, uglavnom mlađih crnogorskih pravnih autora. Redakcijski odbor časopisa odlučio je da u ovom broju „Pravnog zbornika“ publikuje i tri ogleđa i jedan prikaz novog izdanja iz oblasti prava.

Po tradiciji autori članaka su, kao i u prethodnim brojevima „Pravnog zbornika“, istaknuti pravници sa dva crnogorska pravna fakulteta – Univerziteta Crne Gore i Univerziteta „Mediteran“, ali i ugledne sudije kao i autori iz inostranstva.

„Pravni zbornik“, u novom izdanju, štampan je na preko 300 strana i u tiražu od 300 primjeraka. Časopis se komercijalno ne distribuira, već se besplatno dostavlja autorima, bibliotekama, sudovima, fakultetima itd.

Štampanje ovog broja „Pravnog zbornika“ svojom donacijom pomogla je Ambasada SAD u Podgorici – Biro Stej Dipartmenta za borbu protiv međunarodne trgovine drogom i sprovođenje zakona (INL) i Fondaciji Petrović – Njegoš.

Namjera da „Pravni zbornik“ i u budućnosti ostane „riznica crnogorske pravne baštine“ ostvarljiva je samo ako se i dalje nastavi uspješna saradnja sa uvažanim autorima, kojima se ovom prilikom posebno zahvaljujemo.

Udruženje pravika Crne Gore, kao izdavač, nije u mogućnosti za autorske radove opredjeliti honorar, međutim, bez obzira na to, uvjereni smo da će dosadašnji kao i budući autori svojim narednim člancima doprinjeti nastavku izlaženja i podizanju kvaliteta najstarijeg crnogorskog pravnog časopisa.

Autori svoje radove mogu slati na e-mail adresu Udruženja pravika Crne Gore [upcg.cg@gmail.com](mailto:upcg.cg@gmail.com) ili kontaktirati Glavnog i odgovornog urednika „Pravnog zbornika“ na telefon 00-382-67-817-780.

Podgorica, maj 2016. godine

Glavni i odgovorni urednik  
„Pravnog zbornika“

**dr Branislav Radulović**



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE  
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU  
„PRAVNI ZBORNIK”

# ČLANCI



**Prof. dr Snežana MILADINOVIĆ** <sup>1</sup>

## **TUMAČENJE UGOVORA U ODREDBAMA NACRTA ZAJEDNIČKOG REFERENTNOG OKVIRA ZA EVROPSKO PRIVATNO PRAVO**

Platon u dijalogu „Fedon“, ni malo slučajno, mudrom i odmjerenom Sokratu pripisuje govor koji ističe značaj izgovorenih riječi pri zaljučivanju ugovora. Sokrat, između ostalog, kaže: „Čini mi se da ću naposljetku govoriti s najvećom obazrivošću kao oni koji sklapaju ugovor“.<sup>2</sup> Obazrivost, promišljenost, jasnoća i preciznost moraju odlikovati i saugovarače i tekst ugovora. Jer, „ništa ne izdaje čoveka kao pamćenje i ništa ne vara kao riječi, jer riječi tako lako mogu da znače i sve i ništa“ upozorava nobelovac Ivo Andrić.

Umberto Eko, nesporni autoritet kada je tumačenje tekstova u pitanju, piše da se: „svaki napisani (ili izgovoreni) tekst posmatra kao da je kakva mašina koja proizvodi „beskonačno odstupanje od smisla“... „jedan tekst kada se jednom odvoji od svog pošiljaoca... i od konkretnih okolnosti u kojima je poslan... lebdi (da tako kažemo) u praznini jednog potencijalno beskonačnog prostora mogućih tumačenja. Otuda nema teksta koji bi se mogao tumačiti na osnovu utopije o nekom autorizovanom, definitivnom, originalnom i konačnom smislu. Jezik uvek kazuje nešto više od onog što jeste njegov nedostupni doslovni smisao...“<sup>3</sup> Slijedi da subjekt tumačenja mora da se rukovodi unaprijed tačno određenim pravilima koja mu služe za postavljanje jasnih „granica tumačenja“.<sup>4</sup> Ukoliko takva pravila ne postoje prijeto opasnost da subjekti tumačenja (slučajno ili namjerno, svjesno ili nesvjesno) ne razlikuju „tumačenje i upotrebu teksta“<sup>5</sup> pa čak i „tumačenje i

---

<sup>1</sup> Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore

<sup>2</sup> Platon: Fedon (O duši), Dereta, Beograd, 2002. str.228.

<sup>3</sup> Umberto Eko, Granice tumačenja, Paideia, Beograd, 2001., str.5-6

<sup>4</sup> Isto

<sup>5</sup> Isto, str.32.

nagađanje“.<sup>6</sup> Umberto Eko je dao univerzalni „ključ“ za otvaranje „gvođenih vrata“ svakog teksta. Dao nam je nepogrešivo pravilo koje glasi: „Govoriti o granicama tumačenja znači pozivati se na *modus*, to jest na mjeru“.<sup>7</sup>

Neophodnosti utvrđivanja jasnih granica tumačenja (kao brane od *upotrebe teksta*, a nerijetko i od *nagađanja*) bila je itekako svjesna Lando komisija koja je sačinila Načela evropskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law - PECL).<sup>8</sup> Stručno, naučno utemeljeno i „s najvećom obazrivošću“ Lando komisija je formulisala pravila tumačenja ugovora čiji je cilj da se, u slučaju spora o smislu i domašaju ugovornih odredaba, utvrdi zajednička namjera saugovarača. Postojanje ovakvih pravila onemogućava stranama da ugovore smiještaju u Prokrustovu postelju svoje samovolje.

O kvalitetu rješenja sadržanih u Lando principima svjedoče dvije činjenice: prvo, da su ona poslužila kao osnova za izradu Nacrta Zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo (Draft Common Frame of Reference of the European Private Law - DCFR)<sup>9</sup> i drugo, da su autori ovog teksta praktično samo preuzeli odredbe Lando principa.<sup>10</sup>

Primjenom pravila tumačenja ugovora subjekt tumačenja dolazi do pravno relevantnog značenja, među saugovaračima sporne, odredabe ili obredaba ugovora.<sup>11</sup> Tumačiti ugovor znači „utvrditi pravno obavezujući smisao

---

<sup>6</sup> Isto, str.34.

<sup>7</sup> Isto, str.54.

<sup>8</sup> Principles of European Contract Law, Chapter 5(5:101-5:107). Detaljnije: S. Miladinović, Tumačenje ugovora u svijetlu Načela evropskog ugovornog prava, Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu, br.10/2002. str. 589-606.

<sup>9</sup> C. Von Bar, H. Beale, E. Clive and H. Schulte-Nölke - Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (CFR) Outline Edition; Academic contributors and funders, Sellier, European law publishers GmbH, Munich, 2009., str. 14-39.; Anemari-Luliana Opritoiu, Introduction in DCFR – Draft Common Frame of reference, Journal of Law and Administrative Sciences No.3/2015., str.98-104.

<sup>10</sup> Common Frame of Reference for Private Law, Book II, Chapter 8, Section I, 8:101 – 8:107.

<sup>11</sup> M. Bianca, Diritto civile, libro III, Il contratto, Giuffrè Editore, Milano, 2000. str. 407- 445.; A. Petrucci, European Digital Single Market In The Perspective Of European Legal Tradition, Jus civile, 3/2016., str.55-69.



izjava kontrahenata, tj. smisao i domašaj odredabe/a ugovora.<sup>12</sup> U najkraćem: “Istraživanje značaja i dejstava odredaba ugovora o kojima između ugovornih strana postoji nesaglasnost da bi se utvrdila njihova zajednička namjera”<sup>13</sup> jeste interpretacija ugovora.

Postojeća doktrinarna shvatanja i zakonska pravila o načinima, vrstama i metodama tumačenja ugovora<sup>14</sup> karakteriše visok stepen usklađenosti, što je došlo do izražaja pri izradi Načela evropskog ugovornog prava. Dobra normativna rješenja nacionalnih prava, uporedno-pravne i teorijske analize rezultirale su ujednačavanjem pravila tumačenja ugovora što je značajno olakšalo izradu petog poglavlja Lando načela posvećenog tumačenju ugovora. Odredbe Lando principa, budući da sadrže teorijski utemeljena i harmonizovana legislativna pravila o tumačenju ugovora, su, uz minimalne intervencije, preuzete od strane autora DCFR.<sup>15</sup>

Osnovno je pravilo, od kog polazi i tekst DCFR, da se “odredbe ugovora primjenjuju onako kako glase.<sup>16</sup> Ako su odredbe ugovora jasne i nedvosmislene, tj. ukoliko postoji saglasnost stranaka o njihovom smislu i domašaju, odredbe se

---

<sup>12</sup> Komentar Zakona o obligacionim odnosima, redactor S. Perović, Savremena administracija, Beograd, 1995., str.203.; S. Perović, Obligaciono pravo, Beograd, 1990. str.367.

<sup>13</sup> I. Babić, Leksikon Obligacionog prava, Sl.list SRJ, Beograd, 1997., str.357.

<sup>14</sup> Savremeni zakonic predviđaju da je cilj tumačenja utvrđivanje zajedničke namjere ugovarača (čl.1362. IGZ, čl.1156. CC, čl. 914. AGZ, čl.133. NGZ, čl.18. Šv.GZ, čl.173. grčkog GZ). Slijede odredbe o subjektivnom i objektivnom tumačenju i zahtjev da se isto vrši u skladu sa načelima savjesnosti i poštenja i autonomije volje. Detaljnije: S. Miladinović, O tumačenju ugovora, Pravni zbornik, časopis za pravnu teoriju i praksu, br.1-2/2001, str.133-145.

<sup>15</sup> C. Von Bar, H. Beale, E. Clive and H. Schulte-Nölke - Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law...,str. 14-39.; Hector L. MacQueen, The Common Frame of Reference in Europe, Tulane European & Civil Law Forum, Vol. 25., 2010., str.1-19.

<sup>16</sup>“Cum in viribus nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio” (L.25, 1, D. De legibus) – Kad u riječima nema dvosmislenosti, onda se ne smije ni postavljati pitanje šta su ugovorne strane htjele. Isto i čl.95.st.1. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

primjenjuju onako kako glase.<sup>17</sup> Jer, kao što kaže Bogišić: “Što svak jednako razumije, tome tumača ne treba.”<sup>18</sup> Dakle, “jasne odredbe ugovora ne podležu tumačenju, njih treba primeniti kako glase.”<sup>19</sup>

Ukoliko postoji nesaglasnost kontrahenata u pogledu smisla i/ili domašaja odredbe (ili odredaba) ugovora nastaje neophodnost njegovog tumačenja. Tumačenje je djelatnost kreativne prirode koja je usmjerena na utvrđivanje zajedničke namjere saugovarača, a to znači i očuvanje i ispunjenje ugovora. Tumačenje ugovora je postupak kojim se utvrđuje pravno relevantno značenje odredaba ugovora, tj. kojim se utvrđuje pravno obavezujući smisao izjava kontrahenata.<sup>20</sup> Tumačenje ugovora je postupak koji treba da vodi ka nedvosmislenoj i jasnoj zajedničkoj namjeri ugovornih strana.<sup>21</sup> Istu formulaciju, preuzetu iz Načela evropskog ugovornog prava,<sup>22</sup> nalazimo i u Zajedničkom referenom okviru.<sup>23</sup> Tumačenje ugovora ima za cilj utvrđivanje smisla i domašaja odredbe (ili odredaba) ugovora,<sup>24</sup> o čemu su stranke prvobitno saglasnosile, ali je kasnije došlo do suprotnih tvrdjenja, spora i zastoja u ispunjenju ugovornih obaveza.<sup>25</sup> Ukoliko ne postoji saglasnost o smislu i domašaju pojedinih odredaba ugovora, ili ako ugovorne strane tu nesaglasnost

---

<sup>17</sup> Quotiens in verbis nulla est ambiguitas, ibi nulla exposition contra verba fienda est – Kada su upotrijebljene riječi jasne, ne može biti nikakvog tumačenja koje bi bilo suprotno tim riječima.

<sup>18</sup> Čl.994. Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru.

<sup>19</sup> Čl.77.st.1. Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima. Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije u čl.109. st.1. Prednacrtu Zakonika kaže: “Jasne odredbe ugovora primenjuju se onako kako glase.”

<sup>20</sup> M. Bianca, nav.djelo,str.407-445.; D. Stojanović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str.203.

<sup>21</sup> Čl. 95. st.2. ZOO CG.U prvom izdanju Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru u čl.1026. stoji: “Kad tumačiš ugovor, pazi riječi, ali još više volju i nameru.” U drugom izdanju Zakonika u čl.1025. stoji: “Kad tumačiš ugovor, pazi riječi, al’ vazda s obzirom na volju i namjeru.” I dr Mihailo Konstantinović u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima u čl.78. govori o tumačenju ugovora kao “utvrđivanju zajedničke namere ugovornika”.

<sup>22</sup> Načela evropskog ugovornog prava - 5:101: (1) - Opšta pravila tumačenja

<sup>23</sup> DCFR, II - 8:101 (1) – Opšta pravila

<sup>24</sup> S. Perović, Obligaciono pravo, str.367.

<sup>25</sup> M. Orlić, Zaključenje ugovora, Beograd, 1993., str.20. n° 27.

autentičnim tumačenjem naknadno ne otklone, poseže se za tumačenjem ugovora. Iz činjenice da ugovor predstavlja recipročni pristanak saugovarača na zaključenje i sadržinu ugovora, proizilazi da ugovor mora da odgovara onome što je od početka bila namjera ugovornih strana. No, iako je ugovor i akt odluke ugovornih strana i sporazum o autoregulaciji imovinsko-pravnih odnosa, nije isključena pojava sporova o smislu i domašaju njegovih odredaba, što vodi tumačenju. Pravilima o tumačenju, ugovor je “zaštićen” od pojedinačnih i jednostranih tumačenja kontrahenata,<sup>26</sup> a prvo u nizu pravila o tumačenju ugovora je pravilo kojim se jasno određuje interpretativni rezultat: zajednička namjera saugovarača.

Naravno, bilo bi najbolje da ugovorne strane, kada se za to ukaže potreba, naknadnu nesaglasnost u pogledu smisla i domašaja odredbe (ili odredaba) ugovora otklone autentičnim tumačenjem. Autentično tumačenje je tumačenje koje vrše saugovarači sa ciljem da preciziraju i/ili razjasne značenje ugovorne ili ugovornih odredaba, a može biti kontestualno i sukcesivno. Kontestualno autentično tumačenje je tumačenje koje čini dio ugovora i uloga mu je da precizira značenje ugovorne odredbe/a.<sup>27</sup> Sukcesivnom autentičnom tumačenju ugovorne strane pribjegavaju da bi pojasnile odredbe ugovora i učinile ih nedvosmislenim, te tako otklonile i moguće nedoumice. I u nauci i u praksi dominira shvatanje da upravo ugovornim stranama treba prepustiti da preciziraju značenje ranije postignutog dogovora.<sup>28</sup> Ukoliko to, pak, nije moguće, nastaje potreba za tumačenjem ugovora od strane nekog trećeg lica koje će, primjenom pravila tumačenja, nastojati da utvrdi zajedničku namjeru ugovornih strana.

Lando komisija je precizirala da pri tumačenju ugovora prednost treba dati tumačenju koje znači očuvanje odredaba ugovora i njihovu primjenu nad onim koje im ne daje nikakvo

---

<sup>26</sup> O dokazivanju, kvalifikaciji i određivanju sadržine ugovora: S. Perović, nav.djelo, str.368-369. G. Marty, P. Raynaud, Droit civil, tome II, Les obligations, Sirey, Paris, 1962. str.197-203.; M. Bianca, nav.djelo, str.413-414.

<sup>27</sup> “Ouisque suorum verborum optimus interpres” – Svako je najbolji tumač svojih riječi.

<sup>28</sup> Detaljnije o autentičnom tumačenju: M. Bianca, nav.djelo., str. 444- 445.

dejstvo.<sup>29</sup> Ovim je Komisija prihvatila staro rimsko pravilo "*Actus inter pretandus est potius ut valeat quam ut pereat*".<sup>30</sup> Identično rješenje sadržano je i u tekstu Zajedničkog referentnog okvira.<sup>31</sup>

Do propisanog interpretativnog rezultata dolazi se objektivnom procjenom ugovora od strane subjekata tumačenja u skladu sa pravilima o tumačenju ugovora.<sup>32</sup> Subjekt tumačenja treba da protumači ugovor u skladu sa objektivnim kriterijumima i normativnim pravilima i dođe do ispravnog interpretativnog rezultata. Zajednički referentni okvir u poglavlju osam druge knjige<sup>33</sup> sadrži normativna pravila o interpretaciji ugovora.<sup>34</sup> Cilj tumačenja je, kao što smo vidjeli, istovjetano određen u nacionalnim zakonodavstvima i u Zajedničkom referentnom okviru, a na pitanje kako doći do postavljenog cilja autori Zajedničkog referentnog okvira odgovorili su formulisanjem opštih i posebnih pravila tumačenja ugovora.

Zajednički referentni okvir je precizno odredio cilj tumačenja: ugovor treba tumačiti tako da se utvrdi „zajednička namjera ugovornih strana,<sup>35</sup> čak i kada se ona razlikuje od doslovnog značenja upotrijebljenih izraza“.<sup>36</sup>

---

<sup>29</sup> Načela evropskog ugovornog prava - 5:106: Korisna interpretacija. Isto i čl. 1367. IGZ

<sup>30</sup> Ulp. 80, Dig. 45, 1.

<sup>31</sup> DCFR, II - 8:106 (1) - Preference for interpretation which gives terms effect: An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not.

<sup>32</sup> Čl.1362. italijanskog Codice civile; F. Bartolini, P. Dubolino, Il codice civile, I codici commentati esclusivamente con la giurisprudenza, Piacenza, 1997., str.1402-1411.

<sup>33</sup> DCFR, Book II, Chapter 8, Section I, 8:102 – 8:107.

<sup>34</sup> Osim normativnih, legislativnih postoje i doktrinarna, sudska (iskristalisana u sudskoj praksi tumačenja ugovora) i običajna pravila tumačenja (utvrđena u uzansama ili drugim aktima koja se primjenjuju u praksi arbitara i drugih lica ovlašćenih za tumačenje ugovora). Detaljnije: R. Slijepčević, nav.djelo, str. 325.

<sup>35</sup> Papiniano (D. 50, 16.219.) In conventionibus contrahentium voluntatum potius quam verba spectari placuit. O tome šta se podrazumijeva pod pojmom zajedničke namjere ugovorača detaljnije: M. Bianca, nav.delo, str.422-425., F. Bartolini, P. Dubolino, nav. delo, str.1402-1411., S. Miladinović, O tumačenju ugovora, Pravni zbornik, str.133-145.

<sup>36</sup> CFR, II - 8:101 (1) – Opšta pravila. Isto pravilo sadrže i Načela evropskog ugovornog prava -5:101:(1). Detaljnije: C. Castranovo, I Principi di diritto

U odredbi ugovora koja se tumači mora se pronaći ono njeno značenje koje je ona imala za saugovarače u trenutku zaključenja ugovora.<sup>37</sup> Dat je i odgovor na pitanje kako treba postupiti kada postoji nesklad između stvarnog, objektivnog značenja sporazuma stranaka i značenja koje mu pripisuje jedna od ugovornih strana. I u ovom slučaju treba tražiti zajedničku namjeru stranaka, a strana koja je pogriješila ne može da insistira na vrijednovanju ili isključivom vrijednovanju njenog tumačenja, zato što je prihvatila zaključenje i sadržinu ugovora i jedno vrijeme se ponašala u skladu sa odredbama ugovora. Razlog za prihvatanje ovog rješenja nalazi se u neophodnosti obezbjeđivanja pravne sigurnosti u ugovornim odnosima. Do pravog značenja dogovora dolazi se kako analizom izjava stranaka tako i njihovog ponašanja. Subjekt tumačenja treba da nastoji da dođe do značenja koje određena vrsta ugovora ima po redovnom toku stvari. Zato, pogrešno značenje koje jedna stranka pripisuje svojoj izjavi, prilikom tumačenja ugovora ne može prevagnuti u odnosu na uobičajeno značenje ugovora, pod uslovom, naravno, da su ugovorne strane postupale sa uobičajenom pažnjom i u skladu sa načelom *bona fides*.<sup>38</sup> Da bi se izbjegli sporovi i zaštitila lica koja postupaju *bona fides*, autori Zajedničkog referentnog okvira za privatno pravo su precizirali da u slučaju kada se, i ukoliko se, utvrdi da je jedna ugovorna strana shvatila ugovor na poseban način tako da on dobija specifično značenje, a da to drugoj strani nije moglo ostati nepoznato, ugovor treba

---

europo dei contratti, parte I e II - Breve introduzione e versione italiana degli articoli, str.1-3., C. Castranovo, Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law, in Festschrift til Ole Lando, Copenhagen 1997,p.109-124., C. Castranovo, I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice, Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni, 1995, I, p. 21-38.; Introduction to the Principles of European Contract Law – Prepared by The Commission on European Contract Law, str.1-3., Gaggero G. Piero, Il progetto di un codice Europeo dei contratti: L'attività del gruppo di lavoro pavese, Rivista di diritto civile, n.1/1997., str.117-118.

<sup>37</sup> Scalisi – Interpretazione del contratto, il profilo della comune intenzione delle parti, Milano, 1996. str.80.

<sup>38</sup> M. Bianca, nav.djelo, str.422-425., F. Bartolini, P. Dubolino, nav. djelo, str.1402-1411.

tumačiti onako kako ga je shvatila ta ugovorna strana.<sup>39</sup> Ovo je opšte pravilo tumačenja ugovora.

Precizirano je i da ukoliko se zajednička namjera stranaka ne može utvrditi u skladu sa gore navedenim pravilima, ugovor treba tumačiti u skladu sa značenjem koje bi mu dale razumne osobe kada se nađu u situaciji u kojoj se nalaze ugovorne strane.<sup>40</sup> Pod razumnim se smatra ono ponašanje koje bi lica koja postupaju u skladu sa načelom *bona fides* i koja se nađu u istoj situaciji kao ugovorne strane, smatrala razumnim. U ocjenjivanju šta se smatra razumnim ponašanjem polazi od prirode i cilja ugovora, okolnosti konkretnog slučaja, običaja i trgovačke prakse ili prakse izgrađene u određenoj profesiji.<sup>41</sup>

Iz odredaba Zajedničkog referentnog okvira za privatno pravo se može zaključiti da centralno mjesto među instrumentima subjektivnog tumačenja pripada jezičkom tumačenju. Ugovorne strane, po pravilu, nastoje da svoju volju pretoče u jasan dogovor, iz čega slijedi da prilikom tumačenja tekst ugovora ima prioritet.<sup>42</sup> Pravila jezičkog tumačenja služe kao moćna poluga u tumačenju značenja i domašaja odredaba ugovora.<sup>43</sup> Međutim, svjesni ograničenja i problema do kojih

---

<sup>39</sup> DCFR, II, 8:101 (2) Opšta pravila. Ovo pravilo je preuzeto iz Lando Načela - 5:101: (2).

<sup>40</sup> CFR, II, 8:101 (3). Pravilo je preuzeto iz Načela evropskog ugovornog prava - 5:101:(3) Opšta pravila tumačenja. Uporediti sa čl.78. st.2. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima: u kojoj stoji: "Kad je nemoguće utvrditi zajedničku nameru ugovornika, treba istraživati nameru koju bi redovno imala razumna lica istog svojstva kad bi bila u istoj situaciji."

<sup>41</sup> CFR, I, 1:103. i Annex I "Reasonable": What is "reasonable" is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices. Isto i: Načela evropskog ugovornog prava - 1:302: Razumno ponašanje

<sup>42</sup> Detaljnije: R. Slijepčević, nav.djelo, str. 324.

<sup>43</sup> Razlike koje postoje u pravnoj nauci o značaju jezičkog tumačenja prenijete su i u sudsku praksu. Čl.1362. italijanskog GZ predviđa da se prilikom tumačenja ugovora ne treba držati doslovnog značenja teksta ugovora, već da dominantni značaj i ulogu ima jezičko tumačenje. M. Bianca, nav.djelo, str.420-421., se poziva na sudsku odluku C.28 giugno 1997., n.5734. u kojoj stoji da se u tumačenju ugovora ne treba držati samo jezičkog tumačenja, mada je ono fundamentalno, već treba primjeniti i druga sredstva tumačenja.

može da dovede insistiranje na primarnoj ulozi jezičkog tumačenja, posebno u uslovima postojanja jezičkih barijera, autori Zajedničkog referentnog okvira su precizirali da ugovor treba tumačiti tako da se utvrdi zajednička namjera ugovornih strana, čak i kada se ona razlikuje od doslovnog značenja upotrijebljenih izraza.<sup>44</sup>

U Nacrtu Zajedničkog referentnog okvira za privatno pravo, iz istih razloga kao i Komisija za izradu Načela evropskog ugovornog prava, precizirano je da u slučaju da je ugovor napisan u dvije ili više jezičkih verzija, od kojih ni jedna nije autorizovana, a u slučaju da postoje razlike između pojedinih verzija, prednost treba dati tumačenju koje je u skladu sa prvobitnom verzijom teksta ugovora.<sup>45</sup> Autori Načela evropskog ugovornog prava su formulisali, a Nacrt zajedničkog referentnog okvira preuzeo, pravilo koje je u direktnoj vezi sa pravilima jezičkog tumačenja, a po kome se prilikom tumačenja odredbe ili odredaba ugovora upotrijebljene riječi i izrazi uzimaju u značenju koje se obično pripisuje riječima i izrazima u određenoj profesiji i ranijem tumačenju sličnih odredbi.<sup>46</sup>

Autori Zajedničkog referentnog okvira preuzeli su i odredbu Načela evropskog ugovornog prava koja predviđa da prilikom tumačenja ugovora treba voditi računa posebno o:

- (a) okolnostima pod kojima je ugovor zaključen, uključujući i prethodne pregovore,

---

<sup>44</sup> DCFR II, 8: 101. Isto i Načela evropskog ugovornog prava-5:101:(1): Opšta pravila tumačenja i ZOO CG u čl.99.st.2. Detaljnije o objektivnim i subjektivnim uzrocima pojave nesaglasnosti stranaka o značenju izraženih volja: R. Slijepčević, nav. djelo, str.324.

<sup>45</sup> DCFR, II, 8:107. Linguistic discrepancies. Načela evropskog ugovornog prava - 5:107: Jezičke razlike. -Detaljnije: A. Hartkamp, Principles of Contract Law, (n.4.2.5.); C.Castranovo, I Principi di diritto... str.1-3.; C. Castranovo, Contract and the Idea of Codification... str.109-124.; C. Castranovo, I "Principi di diritto europeo dei contratti"... 21-38.; Introduction to the Principles of European Contract Law-Prepared by The Commission on European Contract Law, str.1-3.; M. J. Bonelli I principi UNIDROIT-un approccio moderno al diritto dei contratti, Rivista di diritto civile, n.2. 1997., str.231-247.; G. G. Piero, nav. djelo, str.117-118.

<sup>46</sup> CFR, II, 8:102. Isto i Načela evropskog ugovornog prava: 5:102: (e): Relevantne okolnosti



- (b) ponašanju ugovornih strana, posebno nakon zaključenja ugovora,
- (c) prirodi i cilju ugovora,
- (d) tumačenju koje su ugovorne strane ranije prihvatile za slične odnose i o praksi koju su izgradile u međusobnim poslovnim odnosima,
- (e) značenju koje se obično pripisuje riječima i izrazima u određenoj profesiji i ranijem tumačenju sličnih odredbi,
- (f) običajima i
- (g) zahtjevima koje nameće načelo savjesnosti i poštenja.<sup>47</sup>

Jasno je da navedena odredba Zajedničkog referentnog okvira za privatno pravo, objedinjava sredstva tumačenja. Subjekt tumačenja, treba da ima u vidu okolnosti pod kojima je ugovor zaključen uključujući i prethodne pregovore.<sup>48</sup> Iako ne obavezuju i ne moraju da dovedu do zaključenja ugovora, pregovori imaju značaj ne samo za subjekte koji se na ovaj način informišu i formiraju konačan stav o zaključenju ugovora, već i za druge subjekte. Sud prilikom utvrđivanja sporednih elemenata ugovora vodi računa o pregovorima i zaključcima do kojih su stranke došle u fazi pregovora.<sup>49</sup> Zbog značaja pregovora i činjenice da mogu da predstavljaju dragocjenu građu u postupku tumačenja ugovora, Načela evropskog ugovornog prava sadrže rješenje, koje, identične sadržine postoji i u tekstu DCFR, da odredbe ugovora koje su bile predmet prethodnih pregovora imaju prednost u odnosu na one o kojima pregovori nisu vođeni.<sup>50</sup> I ne samo to. U

---

<sup>47</sup> CFR II, 8:102 (1) Relevant matters. Isto i Načela evropskog ugovornog prava - 5:102: Relevantne okolnosti

<sup>48</sup> U engleskom pravu se pri tumačenju ugovora pregovori ne uzimaju u obzir. Ovo shvatanje proizilazi iz načelnog stava u engleskom pravu po kom se prethodne radnje ne uzimaju u obzir prilikom tumačenja. Engleski i američki pravници u tekst ugovora redovno unose klauzulu da sve prethodne radnje, pa i pregovori nemaju pravnu važnost. Detaljnije: M. Orlić, nav. djelo, str.22. i dalje.; Anson's Law of Contract, str.148.

<sup>49</sup> DCFR, II, 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing . Isto i Načela evropskog ugovornog prava: 2:301: (1): Pregovori suprotno načelu bona fides

<sup>50</sup> DCFR, II, 8:104: Preference for negotiated terms. Identično i Načela evropskog ugovornog prava, član 5:104: Primat odredaba koje su bile predmet prethodnih pregovora



sumnji, odredbe ugovora koje nisu bile predmet ranijih pregovora tumače se na teret lica koje ih je predložilo.<sup>51</sup>

Načela su precizirala i to da ukoliko je „ugovor zaključen u pisanoj formi sadrži klauzulu koja je bila predmet posebnih pregovora, a u kojoj se navodi da su svi uslovi ugovora obuhvaćeni u tom pismenu (klauzula stapanja) eventualne prethodne izjave, obaveze ili sporazumi koji nisu ušli u sadržinu pismena, ne ulaze u sastav ugovora.“<sup>52</sup> Odredba je preuzeta od strane autora CFR.<sup>53</sup>

Iz navedenih pravila proizišlo je i pravilo da se pri tumačenju ugovora moraju imati u vidu ponašanja ugovornih strana, pa i njihova ponašanja i postupci nakon zaključenja ugovora. Objedinjavanjem informacija o izjavama, ponašanju i postupcima ugovornih strana u fazi pregovora i nakon zaključenja ugovora, subjekt tumačenja može da dođe do konačnog zaključka šta je u konkretnom slučaju zajednička namjera ugovornih strana. I Zajednički referentni okvir predviđa da se jednako tumače kako ponašanja koja su prethodila zaključenju tako i ponašanja stranaka nakon zaključenja ugovora.<sup>54</sup>

Naglasimo da je i u crnogorskom Zakonu o obligacionim odnosima precizirano da se “prilikom tumačenja ugovora posebno cijene: okolnosti u kojima je zaključen, prethodni pregovori, ponašanje ugovornih strana nakon zaključenja ugovora, priroda i svrha ugovora, tumačenje koje su ugovorne

---

<sup>51</sup> DCFR, II, 8:103. Interpretation against party supplying term. Identično i Načela evropskog ugovornog prava: 5:103. Detaljnije: Hatrkamp Arthur, Principles of Contract Law, (n.4.2.5.), Castranovo Carlo, Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law, in Festschrift til Ole Lando, Copenhagen 1997, p.111-113., Gaggero G. Piero, Il progetto di un codice Europeo dei contratti: L'attività del gruppo di lavoro pavese, Rivista di diritto civile, n.1/1997., str. 117. Italijanski zakonodavac je predvidio odredbe koje doprinose zaštiti slabije ugovorne strane, a ključna za ovu zaštitu je odredba čl. 1367. IGZ prema kojoj se odredbe i opšti uslovi u ugovoru, u sumnji, tumače u korist lica koje je pristupilo ugovoru. Detaljnije: C. Castranovo, Contract and the Idea... str. 111-113.

<sup>52</sup> Načela evropskog ugovornog prava - čl. 2:105: Integrativne klauzule

<sup>53</sup> DCFR, II, 4:104: Merger clause

<sup>54</sup> M. Basile, nav.delo, str.427-428. navodi sudske odluke u kojima je apostrofirao značaj ukupnog ponašanja ugovornih strana: Cfr., ad es., C. 6 maggio 1980, n.2984.; Cfr. C. 19 giugno 1980, n. 3906., C. 19 novembre 1998, n.11712.

strane već primijenile na slične odredbe i praksu koju su međusobno uspostavile, značenje koje se obično pridaje odredbama i izrazima u određenoj struci ili grani, kao i načelo savjesnosti i poštenja.”<sup>55</sup> Dakle, crnogorski zakonodavac je praktično samo preuzeo gore navedenu odredbu Načela, odnosno, sadrži pravilo identično onom sadržanom u Zajedničkom referentnom okviru za privatno pravo.<sup>56</sup>

Značajnu ulogu u postupku tumačenja ugovora imaju i osnovna načela ugovornog prava, a u prvom redu načela autonomije volje i načela savjesnosti i poštenja. Iz načela autonomije volje proizilazi da treba vrijednovati i tumačenje koje su ugovorne strane ranije prihvatile za slične odnose i o praksi koju su izgradile u međusobnim poslovnim odnosima. Zaključenjem ugovora nastaje zakon za stranke.

Veliki značaj i ulogu u procesu tumačenja ugovora ima i načelo savjesnosti i poštenja.<sup>57</sup> U odjeljku 2, prvog dijela Načela evropskog ugovornog prava, kao što smo vidjeli, pod naslovom “Opšte obaveze” predviđeno je da su ugovorne strana dužne da postupaju u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja,<sup>58</sup> kao i da ugovorne strane ne mogu isključiti ili ograničiti primjenu ovog načela.<sup>59</sup> Istu odredbu sadrži i Zajednički referentni okvir.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> Čl. 97. ZOO CG. Slična odredba sadržana je u čl. 111. Prednacrta GZ Republike Srbije

<sup>56</sup> Detaljnije: S. Miladinović - Tumačenje ugovora u svijetlu Načela evropskog ugovornog prava - Pravni život, str. 589-606.

<sup>57</sup> Načela evropskog ugovornog prava - 5:102: (g) Relevantne okolnosti. Detaljnije: F. Caringella, G. De Marzo, Manuale di diritto civile II, Le obbligazioni, Guifre Editore, Milano, 2007., str. 79-98.; M. Bianca, Diritto civile, 4, Le obbligazioni, Guifre Editore, Milano, 1997., str. 86-90.; M. Horvat, Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava, Zagreb, 1939; B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978., str. 69-80, V. Vuletić, Od bona fides do načela savjesnosti i poštenja, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2010., str. 258-287.; M. Đurđević, Tumačenje ugovora – pojam, predmet i granice, Zbornik IX majskog savetovanja: XXI vek vek usluga i Uslužnog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, maj 2013., str.37-54.

<sup>58</sup> Načela evropskog ugovornog prava - 1:201: (1) Bona fides

<sup>59</sup> Načela evropskog ugovornog prava - 1:201: (1) Bona fides

<sup>60</sup> DCFR, I.-1:103: Good faith and fair dealing: (1) The expression “good faith and fair dealing” refers to a standard of conduct characterised by

Zajednički referentni okvir sadrži i pravilo, koje je doslovno preuzeto iz Načela evropskog ugovornog prava,<sup>61</sup> a koje predviđa da odredbe ugovora treba tumačiti u skladu sa cjelokupnom sadržinom ugovora.<sup>62</sup> Sistematsko tumačenje, o kome je ovdje riječ, obuhvata i tumačenje prateće dokumentacije koja može da doprinese utvrđivanju zajedničke namjere ugovornih strana. Sistematsko tumačenje podrazumijeva tumačenje i ništavih odredaba. Tumačenje u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja, doslovno, kao i globalno i sistematsko tumačenje, neraskidivo su povezani sa funkcionalnim tumačenjem. Subjektivno tumačenje upotpunjavaju i pravila koja se odnose na tumačenje generalnih klauzula i primjera koje su stranke navele u ugovoru. Pravila objektivnog tumačenja imaju supsidijarni karakter i primjenjuju se kada pravila subjektivnog tumačenja ne daju rezultat. Objektivno tumačenje objedinjava princip očuvanja ugovora, tumačenje u skladu sa običajima određene sredine<sup>63</sup> i tumačenje višeznačnih pojmova u skladu sa prirodom konkretnog ugovora. Objektivno tumačenja treba da dovede do pravog značenja ugovora na osnovu njegove normativne procjene.

Iz teksta Zajedničkog referentnog okvira slijedi da prilikom tumačenja ugovora treba ići postupno. To znači da pažnju prvo treba obratiti na značenje izjava svakog od

---

honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment. Detaljnije: C. Von Bar, H. Beale, E. Clive and H. Schulte-Nölke - Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law... str. 17-18.; C. Von Bar, H. Beale, E. Clive and H. Schulte-Nölke - Principles, Definitions and Model Rules... str.136-138.

<sup>61</sup> Načela evropskog ugovornog prava: 5:105: Sistematsko tumačenje

<sup>62</sup> DCFR: 8:105: Reference to contract as a whole

<sup>63</sup> Semper in stipulationibus est in coeteris contractibus id sequimur quod actum est; aut si non appareat quid actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur (L.34. D., De reg.jur.) Kod svih ugovora uopšte, treba se držati onoga što je namjeravano; ali ako se ne vidi, šta su ugovornici htjeli, onda će dobro biti, da se držimo običaja samog predjela, u kome se ugovaralo. Isto i čl.1368 i 1369. IGZ i čl.1159 i 1163 FGZ.

ugovarača, onda na cjelokupni ugovorni odnosa, a onda na uobičajeno značenje ugovora. Dakle, primarni značaj prilikom subjektivnog tumačenja pripada interpretaciji u skladu sa načelom *bona fides*, zatim jezičkom, globalnom, sistematskom, pa funkcionalnom tumačenju. Za njima slijede pravila o tumačenju generalnih klauzula i primjera koje su stranke navele u ugovoru. Pomoćni karakter imaju pravila objektivnog tumačenja, koja se primjenjuju u slučaju kada pravila subjektivnog tumačenja ne dovode tumača do nedvosmisleno utvrđene zajedničke namjere saugovorača.<sup>64</sup>

Sva ova pravila Lando Komisija je pretočila u jasna norme sadržane u petom poglavlju Načela evropskog ugovornog prava, koja su unijeta u tekst DCFR.

Od posebnog značaja za tumačenje ugovora su i tzv. interpretativne odredbe predviđene zakonom, ugovorom ili uzansama. Često sam zakonski propis sadrži tzv. interpretacione norme ili zakonske definicije.<sup>65</sup> Posebna vrsta interpretativnih zakonskih odredaba od značaja za tumačenje ugovora su zakonske prezumpcije. To su odredbe kojima se propisuje kako će se postupiti u sumnji. Na isti način su postupili i autori Načela evropskog ugovornog prava, kao i autori Zajedničkog referentnog okvira. Naime, treći odjeljak prvog dijela Načela pod nazivom "Terminološke i druge napomene" sadrži odredbe koje su po svojoj prirodi interpretativne. Cilj ovih odredaba je da pomognu ugovornim stranama da prilikom zaključivanja ugovora riješe početne dileme koje potiču iz terminološke neujednačenosti, ali prije svega subjektima tumačenja kada se nađu pred složenim zadatkom tumačenja ugovora.

U Načelima evropskog ugovornog prava precizirano je da, osim u slučaju kada iz teksta i konteksta ugovora proizilazi nešto drugo:

---

<sup>64</sup> U italijanskoj sudskoj praksi (Cfr.C. 13 maggio 1998., n.4815.) zauzet je stav da su pravila tumačenja ugovora sadržana u italijanskom GZ postavljena tako da postoji hijerarhija u kojoj primarni značaj imaju čl.1362-1365. GZ u odnosu na odredbe čl.1366-1371. Do primjene odredaba čl.1366-1371. doći će samo onda kada odredbe čl.1362-1365. nisu dovoljne za utvrđivanje zajedničke namjere ugovornih strana.

<sup>65</sup> R. Slijepčević, Enciklopedija imovinskog prava..., Beograd, 1978. str. 328. n° 48.

- (1) izraz “radnja” obuhvata i propuštanje,
- (2) izraz “sud” obuhvata i sudsku arbitražu,
- (3) izraz “namjerno” se odnosi i na grubu nepažnju,
- (4) izraz “neizvršenje” odnosi se na sve nedostatke u izvršenju obaveze iz ugovora, bilo da za to postoji ili ne postoji opravdanje, ispunjenje sa zadocnjenjem i manjkavo ispunjenje, kao i na odbijanje jedne strane da sarađuje u cilju izvršenja ugovora,
- (5) “bitni” su oni elementi za koje su razumne osobe, kada se nađu u istoj situaciji u kojoj se nalaze ugovorne strane, morale znati da će uticati na odluku druge strane o tome da li da prihvati predložene uslove ugovora, odnosno, da li da zaključi ugovor,
- (6) pod pojmom “pismene” izjave se podrazumijevaju i kontakti ostvareni telegramom, teleksom, telefaksom, elektronskom poštom i drugim sredstvima komunikacije među ugovornim stranama, koja su u stanju da prenesu čitke pismene izjave.<sup>66</sup>

Na isti način su postupili i tvorci Zajedničkog referenog okvira za privatno pravo, s tom razlikom što su gore navedene odredbe smještene u Annex I CFR i što Annex I sadrži i preciziranja brojnih drugih pojmova i izraza.

U Lando načelima posebna pažnja posvećena je pitanju međusobnog obavještanja saugovarača.<sup>67</sup> Precizirano je šta se podrazumijeva pod pojmom “obavještenja”, kako se vrši i koja su sredstva obavještanja, kako se obavještenja dostavljaju i od kog momenta proizvode pravno dejstvo. Identične odredbe nalazimo i u Zajedničkom referentnom okviru.<sup>68</sup> Precizirano je da obavještanje može biti učinjeno svim raspoloživim sredstvima, u skladu sa okolnostima,<sup>69</sup> kao i da termin “obavještenje” obuhvata razne vrste saopštenja kao što su obećanja, izvještaji, ponude, prihvati ponude, zahtjevi,

---

<sup>66</sup> Načela evropskog ugovornog prava - 1:301: Značenje termina

<sup>67</sup> Načela evropskog ugovornog prava - 1:303: Obavještanje

<sup>68</sup> DCFR II: 106: Notice

<sup>69</sup> DCFR II: 1:106 (2). Isto i Načela evropskog ugovornog prava - 1:303:(1), s tom razlikom što u Lando načelima stoji i dodatak “bilo to pismeno ili na drugi način”.

molbe i druge slične izjave.<sup>70</sup> Obavještenje se smatra dostavljenim kada je adresatu uručeno lično ili je dostavljeno ustanovi u kojoj radi ili na drugu poštansku adresu, ili u slučaju da to nije učinjeno na ovaj način, kada mu bude dostavljeno u mjestu gdje je njegovo prebivalište.<sup>71</sup> Tekst DCFR je preuzeo navedena pravila, ali sadrži i nova koja se tiču obavještanja elektronskim putem. Naime, u slučaju da je obavještenje upućeno elektronskim putem, smatra da je adresat obavješten u momentu kada mu je mogao pristupiti, ili kada je isto inače bilo dostupno adresatu na mjestu i na način da se razumno moglo očekivati da im pristupi bez odlaganja.<sup>72</sup>

Obavještanje ne proizvodi dejstvo ukoliko je opoziv stigao prije ili istovremeno sa obavještanjem.<sup>73</sup>

Lando načela sadrže i pravilo po kom ukoliko jedna ugovorna strana pošalje obavještenje koje je u vezi sa činjenicom neispunjenjem obaveze druge ugovorne strane ili obavještenje pošalje kada je iz okolnosti slučaja jasno da druga ugovorna strana neće ispuniti obavezu iz ugovora, a obavještenje je dato ili upućeno na propisani način, eventualno zakašnjenje ili greška u prenošenju obavještenja ili nedolazak, neće spriječiti njegovo dejstvo. Obavještenje proizvodi dejstvo od momenta koji se smatra momentom kada bi u normalnim uslovima obavještenje pristiglo.<sup>74</sup> Identično pravilo sadržano je i u Zajedničkom referentnom okviru, ali se nalazi u trećoj knjizi, među odredbama koje se odnose na sredstva za slučaj neispunjenja ugovora.<sup>75</sup>

Među interpretativne norme spadaju i odredbe koja se tiču određivanja i računanja rokova.<sup>76</sup> U Aneksu II Zajedničkog referentnog okvira nalaze se brojna pravila koja se odnose na računanje rokova, a na ovom mjestu ćemo istaći samo neka od njih. Tako, rok izražen u satima počinje početkom prvog sata,

---

<sup>70</sup> DCFR II: 1:106 (1). Isto i Načela evropskog ugovornog prava - 1:303: (6) Obavještanje

<sup>71</sup> DCFR II: 1:106 (1-2). Isto i Načela evropskog ugovornog prava - 1:303: (3)

<sup>72</sup> DCFR II: 1:106 (4) (c) (d).

<sup>73</sup> DCFR II: 1:106 (5). Načela evropskog ugovornog prava - 1:303: (5) Obavještanje

<sup>74</sup> Načela evropskog ugovornog prava - 1:303: (4) Obavještanje

<sup>75</sup> DCFR III: 3:106 (1)(2).

<sup>76</sup> DCFR I. – 1:104: Computation of time: The provisions of Annex 2 apply in relation to the computation of time for any purpose under these rules.

a završava se istekom posljednjeg sata, ako je rok izražen u danima onda on počinje da se računa od prvog sata prvog dana, a završava se istekom posljednjeg sata posljednjeg dana roka. Ako je rok izražen u nedjeljama, mjesecima ili godinama počinje da se računa od prvog sata prvog dana roka, a završava se istekom posljednjeg sata dana posljednje nedjelje, mjeseca ili godine i na isti dan u nedjelji od kog je rok počeo da se računa. Ako u posljednjem mjesecu nema dana u rok treba da istekne, rok ističe istekom posljednjeg sata posljednji dan u tom mjesecu. Ako rok obuhvata dio mjeseca, za potrebe izračunavanja isteka roka, smatra se da mjesec ima trideset dana.<sup>77</sup> Ako se rok je računa od određenog vremena, tada: ako je izražen u satima, prvi sat u roku smatra se kao početak određenog roka iako je rok izražen u danima, nedjeljama, mjesecima ili godinama, dan od kog se počinje računati rok ne uračunava.<sup>78</sup> Rokovi u pitanju mogu isticati i u subotu, nedjelju i u vrijeme praznika, osim ako to izričito isključeno i određeno da rok ističe u radni dan.<sup>79</sup>

Načela evropskog ugovornog prava su sadržala i rješenje, koje je u potpunosti preuzeo tekst CFR, po kom ako je neko treće lice koje učestvovalo u zaključenju ugovora, uz saglasnost jedne od ugovornih strana, ili mu je bilo povjereno izvršenje ili učešće u izvršenju ugovora:

- (a) znalo ili je moralo znati za određenu činjenicu
- (b) ili je postupalo sa namjerom ili grubom nepažnjom ili suprotno načelu savjesnosti i poštenja to znanje, predviđanje ili ponašanje se pripisuje samoj ugovornoj strani.<sup>80</sup>

Iz svega rečenog može se zaključiti da Zajednički referentni okvir za evropsko privatno pravo sadrži pravila o

---

<sup>77</sup> Annex 2: Computation of time (1) (a-d)

<sup>78</sup> Annex 2: Computation of time (3)

<sup>79</sup> Annex 2: Computation of time (4). Annex 2: Computation of time (8) predviđa da “public holiday” with reference to a member state, or part of a member state, of the European Union means any day designated as such for that state or part in a list published in the official journal; “working days” means all days other than Saturdays, Sundays and public holidays.

<sup>80</sup> Načela evropskog ugovornog prava - 1:305: Pripisivanje znanja i namjere. Isto i DCFR II. – 1:105: Imputed knowledge etc.



tumačenju ugovora koja se mogu okarakterisati kao jasna, precizna i nedvosmislena. U njihovom formulisanju se pošlo od najboljih uporednopravnih legislativnih pravila, stavova pravne nauke i pravila sadržanih u Načelima evropskog ugovornog prava.

Odredbe Zajedničkog referentnog okvira o tumačenju ugovora predstavljaju dobar spoj savremenih legislativnih i doktrinarnih pravila tumačenja. Ona predstavljaju dobar spoj pravila subjektivnog i objektivnog tumačenja koja u kombinaciji sa načelima autonomije volje i savjesnosti i poštenja, predstavljaju moćne instrumente u rukama subjekata tumačenja ugovora kada se nađu pred tako važnim i tako složenim zadatkom tumačenja ugovora.

### **Summary**

In this paper the author is dealig with legal, theoretical and practical aspects of contractual interpretation trough the light of the Common Frame Of Reference.

Contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words. This is general rule of contractual interpretation. If an intention cannot be established according to this rule the contract is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances. The author deals with the special dispositions of the Principles of European Contract Law: relevant circumstances, preference to negotiated terms, reference to contract as a whole, terms to be given effect, linguistic discrepancies.

The author pays attention to similarities and differences between dispositions of the Principles of European Contract Law and the Common Frame of Reference which regulate contractual interpretation.



**Prof. dr Maja KOSTIĆ-MANDIĆ** <sup>1</sup>

## **SAVREMENO MJERODAVNO PRAVO ZA NASLJEĐIVANJE**

Društveni značaj nasljeđivanja tradicionalno se ogleda u očuvanju privatne svojine, imovine i ekonomske osnove porodice. O značaju instituta nasljeđivanja govori i činjenica da se pravo na nasljeđivanje tretira kao ljudsko pravo<sup>2</sup> a ima i mišljenja da ništa ne odražava kulturni identitet jednog pravnog sistema jasnije od pravne definicije odnosa pojedinca i smrti<sup>3</sup>. I dok je ranije nasljeđivanje najčešće bilo vezano samo za jedan pravni sistem, u savremeno doba nasljeđivanje sa stranim elementom dobija na značaju. Povećanje kupovne moći određenih kategorija stanovništva ispoljava se i kupovinom nekretnina za odmor ili povremeni boravak u inostranstvu, a i lica koja su duže zaposlena u inostranstvu nerijetko postaju vlasnici nekretnina i u toj zemlji.

Uporedna nacionalna prava sadrže različita materijalnoppravna rješenja za regulisanje nasljednih odnosa. Razlike postoje i u najznačajnijim institutima nasljednog prava, kao što su nasljedni redovi, nužni nasljednici, razlozi za isključenje od nasljeđivanja i drugo. Kada postoji elemenat inostranosti pitanje mjerodavnog prava za ove odnose dobija na značaju jer od njega može da zavisi da li će, na primjer, neko uopšte moći da bude nasljednik. Zakonodavci se opredjeljuju za određena koliziona rješenja dajući primat određenim ličnim ili kolektivnim interesima.

---

<sup>1</sup> Redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore.

<sup>2</sup> Povelja osnovnih prava Evropske unije (član 17 (1)) garantuje pravo raspolaganja imovinom, a Ustav Crne Gore (član 60) predviđa da se jemči pravo nasljeđivanja.

<sup>3</sup> Erik Jayme, navedeno prema Anatol Dutta, *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*, *RebelsZ*, 73/2009, str. 561; Evangelos Vassilakakis, *La professio juris dans les successions internationales*, u: *Le droit international privé: esprit et méthodes*, 2005, Dalloz, Paris, str. 816.

Slično kao i kod porodičnog prava, na opredjeljenje zakonodavca za vrstu tačke vezivanja koju će da predvidi, pored pravnih faktora, utiču i opšti društveni interesi jedne zemlje: odnos prema braku i porodici, svojini, uticaj religije, da li se radi o emigracionoj ili imigracionoj zemlji i slično. I upravo zbog ovih različitih interesa, do nedavno, jedina uspješna unifikacija kolizionih pravila u oblasti nasljeđivanja je bila samo u oblasti forme testamenta - Haška konvencija o sukobima zakona u pogledu oblika testamentarnih odredaba iz 1961. godine. U Evropi, od sredine 2015. godine situacija se potpuno mijenja sa početkom primjene Uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i javnih isprava u oblasti nasljeđivanja i uspostavljanju evropske potvrde o nasljeđivanju nasljeđivanju (Uredba o nasljeđivanju, Uredba Rim IV), koja uspostavlja uniformna koliziona pravila za države članice Evropske unije (osim Danske, Ujedinjenog Kraljevstva i Irske).

Jedna od specifičnosti nasljeđivanja sa stranim elementom je i česta primjena opštih instituta međunarodnog privatnog prava: *renvoi* (kada prava koja poznaju ovaj institut predviđaju različite tačke vezivanja, pa dolazi do uzvraćanja na pravo polazne države, odnosno preupućivanja na pravo treće države); pravne kvalifikacije (npr. da li će se određeno raspolaganje za života lica podvesti pod kolizionu normu za nasljeđivanje ili za ugovore); prethodnih pitanja (npr. odnos sa bračnim imovinskim pravom); prilagođavanja (tretman instituta iz stranog mjerodavnog prava koje ne poznaje domaće pravo – npr. trust); instituta javnog poretka (npr. isključenje kao nasljednika vanbračne ili ženske djece u mjerodavnom stranom pravu) i izigravanja zakona (npr. promjena prebivališta u cilju podešavanja primjene određenog prava radi isključenja nužnih nasljednika); normi neposredne primjene (npr. obavezna primjena odredbi domaćeg prava o ograničenjima u pogledu nasljeđivanja određene vrste nepokretnosti); klauzule odstupanja (ako postoji tješnja veza sa drugim pravom ili državom) i drugo.

Primjena nekog od opštih instituta međunarodnog privatnog prava može dovesti do "cijepanja" mjerodavnog prava ili do primjene drugog a ne redovno mjerodavnog prava. Sve navedeno samo potvrđuje da se kod nasljeđivanja sa

elementom inostranosti ulazi u suštinu utvrđivanja odnosa pojedinca – ostavioca sa državom, odnosno društvenim miljeom kojem on pripada.

### **1. Zakonsko nasljeđivanje – sistemi jedinstvene i podijeljene zaostavštine**

Uporedna nacionalna prava za oblast mjerodavnog prava za zakonsko nasljeđivanje polaze ili od sistema jedinstvene zaostavštine ili od sistema podijeljene zaostavštine. U sistemu jedinstvene zaostavštine primjenjuje se jedno pravo na zaostavštinu u cjelini, nezavisno od toga da li se radi o pokretnim ili nepokretnim stvarima. To pravo je personalno pravo ostavioca u vrijeme njegove smrti, a javlja se u vidu jedne od tačaka vezivanja: državljanstva, prebivališta ili uobičajenog boravišta. Državljanstvo je tradicionalna tačka vezivanja za nasljeđivanje, koja se do početka primjene Uredbe o nasljeđivanju primjenjivala u najvećem broju evropskih država (Austrija, Njemačka, Italija i dr.). U sistemu jedinstvene zaostavštine poslednje prebivalište ili poslednje uobičajeno boravište se javlja kao tačka vezivanja u Švajcarskoj, nekim skandinavskim zemljama kao i u zemljama Latinske Amerike. Prednosti sistema jedinstvene zaostavštine su što se primjenjuje samo jedno pravo na cijelu zaostavštinu pa ne postoji problem koordinacije više mjerodavnih prava, izbjegava se problem pravne kvalifikacije pokretne, odnosno nepokretne stvari, olakšava se utvrđivanje nužnog nasljednog dijela i niži su pravni troškovi<sup>4</sup>. Ipak, i ovdje može doći do primjene više prava primjenom nekog od opštih instituta međunarodnog privatnog prava, kao što su norme neposredne primjene ili *renvoi*.

U sistemu podijeljene zaostavštine na pokretne stvari se primjenjuje personalno pravo ostavioca (prebivalište, uobičajeno boravište, rijetko državljanstvo), a na nepokretnosti – pravo zemlje u kojoj se nepokretnost nalazi. Tako npr. u pravu Sjedinjenih Američkih Država opšte pravilo za zakonsko i testamentarno nasljeđivanje nepokretnosti je primjena prava

---

<sup>4</sup> O prednostima jednog, odnosno drugog sistema detaljnije vidi: Dutta, str. 556-560; Vassilakakis, str. 810-811.

mjesta nalaženja stvari a skoro sve savezne države prihvataju i da je za nasljeđivanje pokretne imovine mjerodavno pravo prebivalište ostavioca u vrijeme njegove smrti<sup>5</sup>. Sistem podijeljene zaostavštine se primjenjuje i u Rusiji i Kini<sup>6</sup>. U osnovnu prednost sistema podijeljene zaostavštine spada sinhronizacija mjerodavnog prava za nasljeđivanje i za svojinskopravne odnose. U zemljama koje primjenjuju sistem podijeljene zaostavštine postoje pravni mehanizmi koji imaju za cilj da ublaže dejstva prava koje se primjenjuje na osnovu prava mjesta nalaženja stvari i da se nasljednicima koji se nađu u nepovoljnijem položaju nego što bi to bilo na osnovu domaćeg prava to kompenzira iz ostavine koja se nalazi u domaćoj zemlji.

U savremeno doba uobičajeno boravište i u nacionalnim pravima, a naročito u konvencijskom i pravu Evropske unije postaje najznačajnija objektivna tačka vezivanja i za nasljeđivanje. Tačno je da se državljanstvo lako utvrđuje i pruža pravnu sigurnost i predvidljivost jer najčešće jedno lice ima jedno državljanstvo cijelog života čak i ako ne živi u zemlji svog porijekla ali problemi se javljaju kod lica bez državljanstva ili kod lica sa dvojnim državljanstvom. Prebivalište je, takođe, tradicionalna tačka vezivanja za nasljeđivanje i najčešće dovodi do primjene domaćeg prava. Ipak, opredjeljenje za prebivalište kao tačku vezivanja može dovesti do problema kvalifikacije jer različiti nacionalni pravni sistemi podrazumijevaju ispunjenje različitih uslova da bi se smatralo da lice ima prebivalište u jednoj zemlji. Na primjeru prava Evropske unije pokazaćemo zašto je uobičajeno boravište postalo najpoželjnija objektivna tačka vezivanja u savremenom međunarodnom privatnom pravu. Uobičajeno boravište u uredbama Evropske unije ima ulogu integrativnog faktora za lica koja žive na teritoriji Evropske unije a imaju državljanstvo ili prebivalište u trećim državama. Najčešće će postojati i faktička veza sa imovinom i nasljednicima a na članove međunarodne porodice (lica koja imaju različita državljanstva a žive u istoj zemlji) primjenjivaće se jedno isto pravo. Ako bi se primjenjivalo državljanstvo kao

---

<sup>5</sup> Vidi članove 236, 239, 260 i 263 Restatement-a II.

<sup>6</sup> Prije stupanja na snagu Uredbe o nasljeđivanju ovaj sistem se primjenjivao i u Francuskoj i Belgiji.

osnovna tačka vezivanja to bi dovelo do toga da se pojam državljanstva kvalifikuje po tom nacionalnom pravu a ne po pravu Evropske unije.

U odnosu na prebivalište, prednost koncepta uobičajenog boravišta se ogleda u fleksibilnosti ovog instituta i činjenici da se radi o faktičkom pitanju koje se autonomno utvrđuje za svaki konkretan slučaj<sup>7</sup>.

## **2. Testamentarno nasljeđivanje**

U uporednom pravu, obično se primjenjuje isto mjerodavno pravo za zakonsko i testamentarno nasljeđivanje, tačnije za materijalnu punovažnost testamenta. To će biti slučaj kada pravo predviđa primjenu iste tačke vezivanja za zakonsko i testamentarno nasljeđivanje ili kada, ako ta mogućnost postoji, testator nije izabrao mjerodavno pravo. U specifičnosti spada i postojanje posebnih pravila za formu testamenta, dok u nekim pravima postoje posebna pravila i za testamentarnu sposobnost.

Materijalna punovažnost testamenta (postojanje pravno relevantne i slobodne izjave volje, raspored nasljednika i legatara, odredbe o isljučenju zakonskih nasljednika iz nasljeđa, modaliteti i rokovi sticanja nasljeđa, mogućnost i uslov njegovog opozivanja i dr.)<sup>8</sup> najčešće se cijeni po istom pravu koje se primjenjuje na zakonsko nasljeđivanje (državljanstvo, prebivalište, uobičajeno boravište, mjesto nalazjenja stvari). Jedna od tendencija u savremenom međunarodnom privatnom pravu jeste i mogućnost da ostavilac sam odredi mjerodavno pravo za nasljeđivanje. Za razliku od materijalnopravne autonomije volje koja se u oblasti nasljeđivanja javlja u vidu inkorporacije odredaba stranog prava u tekst testamenta, izbor mjerodavnog prava

---

<sup>7</sup> Komentari na Predlog uredbe o nasljeđivanju Maks Plank instituta za uporedno i međunarodno privatno pravo, 2010, separat, str. 65.

<sup>8</sup> Detaljnije vidi: Edin Muminović, Međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2006, str. 189-190; Milorad Ročkomanović, Međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet u Nišu, 2012, str. 330. Za razliku od nacionalnih prava koja obično ne sadrže definiciju šta sve spada u pitanja materijalne punovažnosti testamenta, Uredba o nasljeđivanju precizira ovaj pojam u članu 26.

podrazumijeva mogućnost da ostavilac bira mjerodavno pravo u formi propisanoj za testament (npr. unošenjem odredbe u testament da će se na nasljeđivanje primijeniti pravo njegovog državljanstva u vrijeme sastavljanja testamenta).

Dugo je smatrano da u domenu nasljeđivanja izbor mjerodavnog prava nije poželjan jer može biti motivisan namjerom da se na nasljeđivanje primijeni pravo koje ne štiti prava nužnih nasljednika ili kojim se na drugi način želi izbjeći primjena prava na osnovu objektivne tačke vezivanja, a to je najčešće domaće pravo. Ipak, opšti trend liberalizacije međunarodnog privatnog prava daje za pravo onima koji smatraju da i u oblasti nasljeđivanja pojedinac može uspješnije u odnosu na državu, oličenu u zakonodavcu da izvaga interese u cilju određivanja mjerodavnog prava<sup>9</sup>.

Iako mogućnost izbora mjerodavnog prava dobija na značaju naročito krajem dvadesetog i u ovom vijeku, začetke ovog prava nalazimo još u devetnaestom vijeku, u pojedinim latinoameričkim zemljama, u pojedinim kolonijama u Africi (u vidu mogućnosti izbora prava neke evropske zemlje), ali i u Švajcarskoj (u kontekstu mogućnosti izbora prava drugog švajcarskog kantona), a početkom dvadesetog vijeka i u pravu američke savezne države Njujork<sup>10</sup>. U Evropi, pitanje mogućnosti izbora mjerodavnog prava za nasljeđivanje postaje aktuelno naročito osamdesetih godina dvadesetog vijeka. Tome je značajno doprinio rad na Haškoj konvenciji o mjerodavnom pravu za nasljeđivanje imovine umrlih lica, koja je usvojena 1989. godine, ali nije stupila na snagu zbog nedovoljnog broja ratifikacija (samo ju je Holandija ratifikovala). Rješenja ove konvencije su izvršila značajan uticaj na novija koliziona rješenja i na nacionalnom pravu, a naročito u pravu Evropske unije. Ovo se odnosi i na mogućnost izbora mjerodavnog prava<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Jürgen Basedow, *The Recent Development of the Conflict of Laws*, in: *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, ed: Basedow, Baum, Nishitani, 2008, str. 4-18.

<sup>10</sup> Vassilakakis, str. 806.

<sup>11</sup> Haška konvencija predviđa da budući ostavilac u formi koja važi za testament može da odredi kao pravo mjerodavno za nasljeđivanje njegove imovine, pravo državljanstva ili pravo države u kojoj ima uobičajeno boravište, pri čemu je neophodno za punovažnost izbora, da i u trenutku

U zemljama čija nacionalna zakonodavstva poznaju mogućnost izbora mjerodavnog prava za nasljeđivanje, obično je ostavilac ograničen na izbor mjerodavnog prava sa kojim postoji dovoljna veza<sup>12</sup>.

U pogledu formalne punovažnosti testamenta u uporednom pravu preovladava upotreba alternativnih tačaka vezivanja koje imaju cilj da osnaže testamenat, koji će u pogledu forme biti punovažan ako je punovažan po jednoj od navedenih tačaka vezivanja. Karakterističan je primjer osnovnih rješenja odredaba Haške konvencije o sukobima zakona u pogledu oblika testamentarnih odredaba iz 1961. godine po kojima će testament biti punovažan ako je punovažan po jednom od prava: mjesta sačinjavanja testamenta; državljanstva, prebivališta ili uobičajenog boravišta ostavioca u vrijeme sastavljanja testamenta ili u vrijeme smrti; a za nekretnine – prava mjesta nalaženja nepokretnosti<sup>13</sup>.

### **3. Pravo Evropske unije - Uredba o nasljeđivanju**

Na nivou Evropske unije postoje jedinstvena koliziona pravila za nasljeđivanje sadržana u Uredbi o nadležnosti, mjerodavnom

---

smrti bude povezan na isti način sa državom čije je pravo izabrao (član 5(1)).

<sup>12</sup> Švajcarska kodifikacija međunarodnog privatnog prava, koja polazi od prebivališta ostavioca omogućava da stranac izabere jedno od prava svoga državljanstva (čl. 90(2)). U njemačkom pravu, koje polazi od državljanstva, omogućava se izbor njemačkog prava kao mjerodavnog za nekretnine koje se nalaze u Njemačkoj (čl. 25(2) ZMPP). Po italijanskom pravu, koje polazi od državljanstva, ostavilac može za cjelokupnu zaostavštinu da bira pravo uobičajenog boravišta (čl. 46 (2) ZMPP). Po bugarskom pravu, koje polazi od uobičajenog boravišta za pokretne i mjesta nalaženja za nekretnine, može da se bira pravo državljanstva u vrijeme izbora prava (čl. 89(3) ZMPP). Po belgijskom pravu, koje polazi od uobičajenog boravišta ostavioca u vrijeme smrti i mjesta nalaženja nepokretnosti, dozvoljava se izbor za cjelokupnu zaostavštinu prava državljanstva ili uobičajenog boravišta u vrijeme izbora ili u vrijeme smrti (čl. 79 ZMPP). Navedenim odredbama prava Italija, Bugarske i Belgije precizirano je da se izborom prava ne mogu oštetiti nužni nasljednici. Od nacionalnih prava koja poznaju mogućnost izbora mjerodavnog prava za nasljeđivanje najšira autonomija volje predviđena je u Finskoj (pravo državljanstva (u vrijeme izbora ili smrti) ili uobičajenog boravišta u bilo koje doba, kao i pravo koje se primjenjuje na bračnu imovinu. Knjiga 26, 6(2) i (3) Zakona o nasljeđivanju Finske.

<sup>13</sup> Član 1 Konvencije.



pravu, priznanju i izvršenju odluka i javnih isprava u oblasti nasljeđivanja i uspostavljanju evropske potvrde o nasljeđivanju (Uredba o nasljeđivanju, Uredba Rim IV<sup>14</sup>). Ova uredba je usvojena 2012, a njena primjena je počela 17. 08. 2015. godine<sup>15</sup>. Uredba o nasljeđivanju sadrži rješenja koja su zajednička za najveći broj država članica (Uredba se ne primjenjuje u Danskoj, Ujedinjenom Kraljevstvu i Irskoj), a njene odredbe o mjerodavnom pravu će gotovo u potpunosti zamijeniti odredbe o mjerodavnom pravu iz nacionalnih prava država članica, čija primjena će sada biti svedena tek na sporadične slučajeve<sup>16</sup>.

Kao i druge uredbe Evropske unije u oblasti međunarodnog privatnog prava zasnovane na članu 81 stav 2(c) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, odredbe i ove uredbe treba tumačiti autonomno, nezavisno od nacionalnog prava, a polazeći od formulacije dotične norme, njene geneze, ciljeva i sistematike, kao i opštih pravnih načela nacionalnih pravnih poredaka<sup>17</sup>. Jedinstveno tumačenje obezbjeđuje se u postupku pred Sudom Evropske unije<sup>18</sup>.

Uredba o nasljeđivanju odnosi se i na zakonsko i na testamentarno nasljeđivanje (kao i na ugovore o nasljeđivanju) i detaljno<sup>19</sup> reguliše ne samo mjerodavno pravo već i druga najznačajnija pitanja u vezi prenosa imovine, prava i obaveza za slučaj smrti (nadležnost, priznanje i izvršenje odluka i javnih isprava u oblasti nasljeđivanja i uspostavljanje evropske potvrde o nasljeđivanju). Da bi se izbjegle nejasnoće Uredba o nasljeđivanju negativnom odrednicom isključuje iz svog polja

---

<sup>14</sup> Nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora pravni osnov za nadležnost Evropske unije u oblasti međunarodnog privatnog prava je sadržan u članu 67 (4) i članu 81 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Članom 81 je uspostavljen pravni osnov za usvajanje mjera koje imaju za cilj postizanje jedinstvenih pravila država članica u oblasti određivanja mjerodavnog prava i pitanja međunarodne nadležnosti, postupka i priznanja i izvršenja stranih odluka.

<sup>15</sup> Uredba Evropskog parlamenta i Savjeta br. 650/2012 od 4. jula 2012. godine.

<sup>16</sup> Anatol Dutta, Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije – prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu, Nova pravna revija, br. 2/2013, str. 13-16.

<sup>17</sup> Za praksu Evropskog suda pravde vidi: Dutta (2013), str. 9.

<sup>18</sup> Član 267 stav 2 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

<sup>19</sup> Uredba o nasljeđivanju sadrži 84 člana, a Preambula ima čak 83 tačke.



primjene sva ona pitanja koja ne spadaju u nasljeđivanje u užem smislu, daje definicije korišćenih pojmova i precizira polje primjene mjerodavnog prava<sup>20</sup>.

Uredba o nasljeđivanju opredijelila se da uobičajeno boravište ostavioca u vrijeme smrti bude osnovno rješenje i za nadležnost i za mjerodavno pravo, u cilju obezbjeđivanja ostvarivanja slobode kretanja, zaposlenja i poslovnog nastana. Time se na nasljednopravni odnos sa stranim elementom primjenjuje pravo zemlje u kojoj se nalazi centar životnih i radnih aktivnosti ostavioca, koje se smatraju izrazom principa najtješnje povezanosti za ovu vrstu odnosa.

U domenu određivanja mjerodavnog prava Uredba o nasljeđivanju je inovativna i opredjeljuje se za liberalan pristup: poslednje uobičajeno boravište kao osnovnu tačku vezivanja, i mogućnost ograničene kolizionopravne autonomije volje. Odredbe o mjerodavnom pravu imaju univerzalnu primjenu, dakle pravo koje je mjerodavno na osnovu Uredbe primjenjuje se nezavisno od toga da li je to pravo države članice<sup>21</sup>. Primjenjuje se sistem jedinstvene zaostavštine, pa se mjerodavno pravo do koga se dođe primjenom poslednjeg uobičajenog boravišta ili autonomije volje odnosi na nasljeđivanje u cjelosti. Pored opšteg pravila (poslednjeg uobičajenog boravišta ostavioca, odnosno autonomije volje), Uredba o nasljeđivanju sadrži i posebna pravila za komorijente<sup>22</sup> i za zaostavštinu bez nasljednika<sup>23</sup>. Uredbom su precizirana i pitanja na koja se primjenjuje mjerodavno pravo, u koja naročito spadaju: osnove i vrijeme i mjesto otvaranja nasljedstva; krug nasljednika i legatara, nasljedni djelovi, kao i druga prava koja su posljedica otvaranja nasljeđa; sposobnost

---

<sup>20</sup> Članovi 1, 3 i 23 Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>21</sup> Član 20 Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>22</sup> Član 32 Uredbe predviđa da ako dvije ili više osoba čije nasljeđivanje uređuju različita prava umru u okolnostima u kojima nije sigurno kojim redoslijedom su nastupile njihove smrti i ako ta prava sadrže različita pravila za takvu situaciju (ili uopšte o tome nemaju odredbi), nijedna od umrlih osoba nema bilo koja prava na nasljedstvo druge ili drugih osoba.

<sup>23</sup> Član 33 Uredbe predviđa da kada primjenom mjerodavnog prava na osnovu Uredbe nema nasljednika, da država članica na osnovu svog prava ima pravo da stiče imovinu ostavine koja se nalazi na njenoj teritoriji, pod uslovom da povjerioci imaju pravo da traže ispunjenje svojih potraživanja iz imovine cijele ostavine.

za nasljeđivanje; posebne osnove nesposobnosti raspolaganja ili prihvatanja nasljedstva; isključenje iz nasljeđivanja i nedostojnost za nasljeđivanje; prenos imovine koja čini zaostavštinu na nasljednike i legatere, kao i uslovi i dejstva prihvatanja ili odricanja od nasljedstva ili legata; ovlašćenja nasljednika, izvršilaca testamenta i drugih lica koja upravljaju zaostavštinom, a posebno u pogledu prodaje imovine i isplate povjerilaca; odgovornost za dugove ostavioca; raspoloživi dio, nužni dio i druga ograničenja slobode raspolaganja za slučaj smrti, kao i zahtjevi koje osobe bliske umrlom mogu imati prema ostavini ili nasljednicima; bilo koje obaveze da se izvrši povraćaj ili da se obračuna vrijednost poklona, predujmova ili legata kao i njihovo uračunavanje u nasljedne djelove; i podjela nasljedstva<sup>24</sup>.

Uredba o nasljeđivanju ne sadrži definiciju koncepta uobičajenog boravišta ali više tačaka Preambule imaju za cilj da olakšaju utvrđivanje ove činjenice<sup>25</sup>. Ova tačka vezivanja je vremenski locirana, u cilju izbjegavanja „mobilnih” sukoba zakona, na uobičajeno boravište ostavioca u vrijeme smrti. Takođe, u interesu pravne sigurnosti mjerodavno pravo se odnosi na cjelokupnu zaostavštinu, bez obzira na vrstu i mjesto nalaženja stvari i nezavisno od toga da li se se radi o državi članici ili nekoj trećoj državi. Uredba o nasljeđivanju usvaja ograničenu kolizionopravnu autonomiju volje, pa ostavilac za nasljeđivanje svoje cjelokupne zaostavštine može da izabere pravo države čiji je državljanin u vrijeme izbora prava ili u vrijeme smrti<sup>26</sup>. Izbor prava može biti izričit ili prećutan. Izričit izbor prava mora biti učinjen u formi predviđenoj za raspolaganje imovinom za slučaj smrti (testament, zajednički testament ili ugovor o nasljeđivanju), dok prećutan izbor prava proizilazi iz odredaba takvog raspolaganja (ako je, na primjer, umrli u svom raspolaganju uputio na određene odredbe prava države čiji je on državljanin ili ako je na drugi način pomenuo to pravo)<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Član 23 Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>25</sup> Između ostalog, tačke 23, 24, 37 i 38 Preambule Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>26</sup> Ako je ostavilac bipatrid može izabrati pravo bilo koje od tih država čije državljanstvo ima u vrijeme izbora ili u vrijeme smrti.

<sup>27</sup> Tačka 39 Preambule Uredbe o nasljeđivanju.

Postojanje i materijalna punovažnost samog čina izbora mjerodavnog prava cijeni se prema izabranom pravu<sup>28</sup>, dok će se dopuštenost i materijalna punovažnost testamenta<sup>29</sup> cijeniti po opštim pravilima: pravu uobičajenog boravišta ili ako je izvršen izbor mjerodavnog prava po pravu državljanstva lica na dan kada je raspolaganje učinjeno, polazeći od prezumpcije da je taj dan smrti lica. Uredbom se precizira i koja pitanja spadaju u dopuštenost i materijalnu punovažnost testamenta<sup>30</sup>: testamentarna sposobnost; posebni razlozi koji zabranjuju ostaviocu raspolaganje u korist određenih osoba ili koji zabranjuju osobi sticanje imovine za nasljeđivanje od osobe koja raspolaže; dopustivost zastupanja za potrebe raspolaganja imovinom zbog smrti; tumačenje raspolaganja; prevara, prisila, zabluda i sva ostala pitanja koja se odnose na pristanak ili namjeru osobe koja raspolaže.

Od opštih instituta međunarodnog privatnog prava Uredba o nasljeđivanju sadrži, između ostalog: uzvratanje i upućivanje (*renvoi*), norme neposredne primjene, opštu klauzulu odstupanja, javni poredak, prilagođavanje i nejedinstven pravni poredak<sup>31</sup>.

*Renvoi* je dozvoljen<sup>32</sup>, za razliku od teksta Uredbe o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 2008. godine (Uredba Rim I) i Uredbe o mjerodavnom pravu za vanugovorne obaveze iz 2007. godine (Uredba Rim II), i relevantan je kada pravo treće države na koje upućuje Uredba, upućuje na pravo države članice, ili na pravo treće države koje prihvata ovo

---

<sup>28</sup> Član 22 Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>29</sup> Uspostavljaju se posebna pravila za dopuštenost i materijalnu punovažnost raspolaganja imovinom za slučaj smrti (testament i zajednički testament) i u slučaju ugovora o nasljeđivanju (pravi se razlika da li je se radi o nasljeđivanju jednog ili više lica). Vidi članove 24 i 25 Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>30</sup> Član 26 Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>31</sup> Pojedini instituti, prvom redu, *renvoi* i klauzula odstupanja pretrpjeli su značajne izmjene u odnosu na svojevremeni tekst Predloga uredbe o nasljeđivanju, vidi: Maja Kostić-Mandić, Predlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju presuda i autentičnih instrumenata u oblasti nasljeđivanja i stvaranja evropskog sertifikata o nasljeđivanju iz 2009. godine, Evropsko zakonodavstvo br. 37/38/2011, str. 23.

<sup>32</sup> Član 34 Uredbe o nasljeđivanju.

upućivanje. *Renvoi* se ne primjenjuje kada se primjenjuje klauzula odstupanja, prilikom izbora mjerodavnog prava, kao i kod alternativnih tačaka vezivanja.

Klauzula odstupanja<sup>33</sup> predviđa da će se u izuzetnim slučajevima, kada je jasno na osnovu svih okolnosti slučaja da je u trenutku smrti umrli bio očigledno bliže povezan sa državom u kojoj nije imao poslednje uobičajeno boravište, odstupiti od osnovnog pravila i primijeniti pravo te druge države. Razlog za uvođenje ovog instituta je da se omogući primjena nekog drugog prava, najčešće prava državljanstva, u nekim specifičnim slučajevima.

Pored slučaja koji se navodi u tački 25 Preambule, kada se umrli preselio u državu svog uobičajenog boravišta relativno nedavno prije svoje smrti i sve okolnosti slučaja ukazuju na to da je očigledno bio više povezan sa drugom državom, mogu se zamisliti i drugi slučajevi<sup>34</sup>.

Primjera radi, kada je lice zbog liječenja primorano da zasnue uobičajeno boravište u drugoj zemlji (npr. zbog ozbiljne povrede na skijanju u stranoj zemlji koja zahtijeva dugotrajno liječenje) ili kada lice u jednoj zemlji zasnue radni odnos, kupi nekretninu, zasnue uobičajeno boravište, ali ubrzo nakon toga premine. Uslovi su isti kao i kod drugih klauzula odstupanja iz Uredbi Rim I i Rim II, a razlika u odnosu na klauzule odstupanja iz nacionalnih prava je u tome što se ne traži postojanje uslova slabe, beznačajne veze sa redovno mjerodavnim pravom, a i bliža povezanost se utvrđuje u odnosu na državu a ne pravo.

Odredba o javnom poretku<sup>35</sup> predviđa da se primjena odredbe prava bilo koje države određene Uredbom o nasljeđivanju može odbiti samo ako je takva primjena očigledno nespojiva sa javnim poretkom države suda. Izostalo je pojašnjenje koje je bilo sadržano u Predlogu uredbe<sup>36</sup> da se neće smatrati povredom javnog poretka ako mjerodavno pravo

---

<sup>33</sup> Član 21 stav 2 Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>34</sup> Andrea Bonomi et Patrick Wautelet, *Le droit européen des successions*, Commentaire du Règlement no. 650/2012 du 4 juillet 2012, Bruylant, 2013.

<sup>35</sup> Član 35 Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>36</sup> Član 27 stav 2 Predloga uredbe o nasljeđivanju.

na čiju primjenu ukazuje Uredba drugačije uređuje pravo na nužni dio u odnosu na pravo države suda.

#### **4. Izvori međunarodnog nasljednog prava u Crnoj Gori**

Mjerodavno pravo za zakonsko i testamentarno nasljeđivanje utvrđuje se, u prvom redu na osnovu Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Pored zakona, kao osnovnog izvora, značajni su i međunarodni ugovori. Crna Gora je potvrdila dvije višestrane konvencije koje se odnose na pitanja forme testamentarnog nasljeđivanja: Hašku konvenciju o sukobima zakona u pogledu oblika testamentarnih odredaba iz 1961. godine i Konvenciju o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testameta, iz 1973. godine. Iz samog naziva drugonavedene konvencije jasno je da ona sadrži materijalnopravne odredbe koje su, kako to nalaže Konvencija, direktno preuzete u naš Zakon o nasljeđivanju<sup>37</sup>. Opredjeljenjem za međunarodnu formu testameta obezbjeđuje se da će se testament u pogledu forme smatrati punovažnim nezavisno od mjerodavnog prava.

Odredbe o mjerodavnom pravu Zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore su u značajnoj mjeri inspirisane Uredbom o nasljeđivanju. U cilju usaglašavanja domaćeg kolizionog prava u oblasti nasljeđivanja sa pravom Evropske unije u potpunosti se prekida sa dosadašnjom pravnom tradicijom i usvajaju potpuno nova rješenja. Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja je kao osnovnu tačku vezivanja predviđao državljanstvo ostavioca u vrijeme smrti<sup>38</sup>, dok novi

---

<sup>37</sup> Članovi 74 - 87 Zakona o nasljeđivanju. Predviđa se da je testament punovažan u pogledu forme, bez obzira na mjesto gdje je sačinjen, gdje se nalaze dobra, državljanstvo, prebivalište ili boravište zavještaoca, ako je sačinjen u formi međunarodnog testameta. Ništavost testameta kao međunarodnog testameta ne utiče na njegovu eventualnu punovažnost u pogledu forme kao testameta druge vrste. Član 1 Konvencije o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testameta i član 74 Zakona o nasljeđivanju.

<sup>38</sup> Član 30 stav 1 Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja.

zakon polazi od posljednjeg uobičajenog boravišta ostavioca. Takođe, na osnovu novih zakonskih rješenja međunarodnog privatnog prava Crne Gore omogućen je izbor mjerodavnog prava i za nasljeđivanje.

Predviđena je i odredba o zaostavštini bez nasljednika (primjenjuje se pravo države gdje se zaostavština nalazi) i polju primjene<sup>39</sup>, koje su koncipirane po ugledu na rješenja Uredbe o nasljeđivanju.

#### **a) Poslednje uobičajeno boravište ostavioca**

Po Zakonu o međunarodnom privatnom pravu opšte pravilo za nasljeđivanje je da će se na cjelokupnu zaostavštinu primijeniti pravo uobičajenog boravišta ostavioca u vrijeme njegove smrti (član 71). Zakon o međunarodnom privatnom pravu ne sadrži posebnu definiciju uobičajenog boravišta za nasljeđivanje već se primjenjuje opšta definicija iz člana 12 ovog zakona. Uobičajeno boravište se utvrđuje na osnovu procjene životnih okolnosti umrlog u toku posljednjih godina njegovog života i u trenutku smrti, uzimajući u obzir sve relevantne činjenice, a posebno trajanje i stalnost prisutnosti umrlog u dotičnoj državi kao i uslove boravka i razloge za tu prisutnost<sup>40</sup>. Tako utvrđeno uobičajeno boravište trebalo bi da ima blisku i stabilnu vezu sa dotičnom državom. Opredjeljujući razlog za davanje primata uobičajenom boravištu bilo je postizanje pravne sigurnosti – da se mjerodavno pravo može unaprijed odrediti i da sa tim pravom postoji bliska veza. Pritom, ova tačka vezivanja je vremenski locirana, u cilju izbjegavanja „mobilnih” sukoba zakona, na uobičajeno boravište u vrijeme smrti ostavioca. Takođe, u interesu pravne sigurnosti mjerodavno pravo se odnosi na cjelokupnu zaostavštinu, bez obzira na vrstu i mjesto nalaženja stvari. Postavlja se pitanje kako odrediti uobičajeno boravište kada umrli zbog profesionalnih ili ekonomskih razloga živi u inostranstvu nekad i dugi niz godina, ali je zadržao blisku i stabilnu vezu sa svojom državom porijekla<sup>41</sup>. U takvom slučaju, moglo bi se i dalje smatrati, u zavisnosti od okolnosti

---

<sup>39</sup> Član 76 Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

<sup>40</sup> Pojašnjenje kako se utvrđuje uobičajeno boravište za nasljeđivanje sadrže tačke 23, 24, 37 i 38 Preambule Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>41</sup> Tačka 24 Preambule Uredbe o nasljeđivanju.

konkretnog slučaja, da je umrli imao svoje uobičajeno boravište u svojoj državi porijekla u kojoj je bilo središte interesa njegove porodice i njegov društveni život.

Drugi složeni slučajevi mogu se pojaviti ako je umrli živio u nekoliko država naizmjenično ili ako je putovao iz jedne države u drugu a da se nije stalno nastanio u bilo kojoj od njih. Ako je umrli bio državljanin jedne od tih država ili ako je imao svu svoju glavnu imovinu u jednoj od tih država, državljanstvo ili mjesto te imovine mogli bi biti značajan faktor u ukupnoj procjeni svih činjeničnih okolnosti.

Opšte pravilo - posljednje uobičajeno boravište ostavioca primjenjuje se na cjelokupnu imovinu, čime se potvrđuje sistem jedinstvene zaostavštine. Naravno, opšte pravilo se primjenjuje samo ako nije iskorišćena autonomija volje ili primijenjen neki od opštih instituta međunarodnog privatnog prava koji bi doveo do primjene nekog drugog prava (npr. na osnovu klauzule odstupanja).

### **b) Autonomija volje**

U skladu sa savremenim tendencijama u domenu mjerodavnog prava za nasljeđivanje u uporednopravnom pravu, Zakonom o međunarodnom privatnom pravu dato je značajno mjesto i autonomiji volje, ali izbor prava je ograničen postojanjem značajne veze ostavioca sa državom čije pravo bira. Polazeći od principa jedinstvene zaostavštine, članom 72 ZMPP predviđeno je da ostavilac za nasljeđivanje svoje cjelokupne zaostavštine može da izabere pravo države čiji je državljanin ili pravo države u kojoj ima uobičajeno boravište u vrijeme izbora mjerodavnog prava ili u vrijeme smrti. Predviđena je i mogućnost odstupanja od pravila da se na cjelokupnu imovinu primjenjuje jedinstven režim nasljeđivanja i omogućeno da ostavilac za nasljeđivanje nepokretne zaostavštine može izabrati pravo države gdje se nepokretnost nalazi<sup>42</sup>. Ovakvo rješenje, bi trebalo da doprinese pravnoj predvidljivosti i stabilnosti<sup>43</sup>. Izbor prava mjesta nalaženja stvari kao mjerodavnog prava za nepokretnosti omogućava sinhronizovanje sa mjerodavnim pravom za stvari –

---

<sup>42</sup> Član 72 stav 2 Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

<sup>43</sup> Vidi član 25 stav 2 Uvodnog zakona u Građanski zakonik Njemačke.



nepokretnosti. Činjenica je da je osnovna ideja kod sistema jedinstvene zaostavštine da se primjenjuje jedno pravo i kada ostavilac ima imovinu u više zemalja ali, kada ostavilac izabere drugačije to se smatra prihvatljivim<sup>44</sup>.

Izbor prava može biti izričit ili prećutan. Izričit izbor prava mora biti učinjen u formi predviđenoj za raspolaganje imovinom za slučaj smrti (testament, zajednički testament ili ugovor o nasljeđivanju<sup>45</sup>), dok prećutan izbor prava proizilazi iz odredaba takvog raspolaganja (ako je, na primjer, umrli u svom raspolaganju uputio na određene odredbe prava države čiji je on državljanin ili ako je na drugi način pomenuo to pravo)<sup>46</sup>. Postojanje i materijalna punovažnost samog čina izbora mjerodavnog prava cijeni se prema izabranom pravu<sup>47</sup>. Sa druge strane, postojanje i materijalna punovažnost testamenta cijene se po opštim pravilima: pravu uobičajenog boravišta ili izabranom pravu. Pravo koje je mjerodavno za postojanje i materijalnu punovažnost testamenta mjerodavno je i za sposobnost za pravljenje testamenta. Pri tom, na testamentarnu sposobnost ne utiče kasnija promjena mjerodavnog prava.

Naše pravo štiti prava nužnih nasljednika odredbama Zakona o nasljeđivanju. Ove odredbe ostavilac ne može isključiti svojom voljom, jer će sud, na zahtjev nasljednika, korigovati zavještanje osim u slučaju ispunjenosti zakonskih uslova za isključenje iz prava na nužni dio, ili za lišenje prava na nužni dio<sup>48</sup>.

### **Mjerodavno pravo za formu testamenta**

U našem pozitivnom pravu odredbe o mjerodavnom pravu za formu testamenta sadrže Haška konvencija o

---

<sup>44</sup> Komentari na Predog Uredbe o nasljeđivanju MPI, str. 71.

<sup>45</sup> Zajednički testament ne postoji u našem materijalnom nasljednom pravu, kao ni u frankofonskim zemljama, a ima široku primjenu u germanskim pravnim sistemima, dok su ugovori o nasljeđivanju ništavi po našem pravu, vidi član 121 Zakona o nasljeđivanju.

<sup>46</sup> Tačka 39 Preambule Uredbe o nasljeđivanju.

<sup>47</sup> Član 74 Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

<sup>48</sup> Član 46 Zakona o nasljeđivanju.



sukobima zakona u pogledu oblika testamentarnih odredaba<sup>49</sup> i Zakon o međunarodnom privatnom pravu. Crna Gora je na osnovu sukcesije postala članica ove konvencije, a Jugoslavija je bila prva zemlja koja ju je ratifikovala još 1962. godine. Osnovna rješenja Konvencije ugrađena su u odredbe našeg Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Osnovna ideja Konvencije, a time i Zakona je primjena principa *favor testamenti*. Haška konvencija o sukobima zakona u pogledu testamentarnih odredaba predviđa veliki broj alternativnih tačaka vezivanja u cilju da se testament održi na snazi ako je to razumno moguće<sup>50</sup>. Na osnovu Konvencije testament će biti punovažan ako je punovažan po jednom od prava: mjesta sačinjavanja testameta; državljanstva, prebivališta ili uobičajenog boravišta ostavioca u vrijeme sastavljanja testameta ili u vrijeme smrti; a za nekretnine – prava mjesta nalaženja.

Zakon o međunarodnom privatnom pravu pored tačaka vezivanja predviđenih Haškom konvencijom sadrži i dodatne dvije, koje nisu predviđene Konvencijom: pravo Crne Gore i pravo koje je mjerodavno ili bi bilo mjerodavno za nasljeđivanje u vrijeme raspolaganja testamentom. Na osnovu Zakona o međunarodnom privatnom pravu, testament je punovažan u pogledu forme ako je punovažan po jednom od sljedećih prava:

- 1) po pravu države gde je testament sastavljen, ili
- 2) po pravu države čiji je državljanin bio zavještalac u vrijeme raspolaganja testamentom ili u vrijeme smrti, ili
- 3) po pravu prebivališta zavještaoca u vrijeme raspolaganja testamentom ili u vrijeme smrti, ili
- 4) po pravu uobičajenog boravišta zavještaoca u vrijeme raspolaganja testamentom ili u vrijeme smrti, ili
- 5) po pravu Crne Gore, ili
- 6) za nepokretnost - i po pravu države gdje se nepokretnost nalazi, ili
- 7) po pravu koje je mjerodavno ili bi bilo mjerodavno za nasljeđivanje u vrijeme raspolaganja testamentom<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Prema informacijama sa sajta Haške konferencije na dan 30. 11. 2015, 42 države su ratifikovale ovu konvenciju.

<sup>50</sup> Varadi, Međunarodno privatno pravo, Forum, Novi Sad, 1990, str. 220.

<sup>51</sup> Član 73 Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

Ukupna lista tačkaka vezivanja obuhvata, reklo bi se, sve činjenice koje mogu biti relevantne. Dodatno, personalne tačke vezivanja (državljanstvo, prebivalište i uobičajeno boravište) su fiksirane za dva momenta: vrijeme sastavljanja testamenta ili vrijeme smrti testatora, što može biti značajno za testament ukoliko je veći vremenski razmak između ova dva momenta pa dođe do izmjene pozitivnih propisa u pogledu forme testamenta. Preciziranjem relevantnog momenta za utvrđivanje državljanstva, prebivališta i uobičajenog boravišta sprječava se i mogućnost mobilnog sukoba zakona.

Pošto se radi o alternativnim tačkama vezivanja, redosljed njihove primjene proizilazi iz redosljeda teksta odredbe Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Tako, prvo će se cijeliti punovažnost forme testamenta prema pravu mjesta gdje je testament sačinjen, a ako ne bi bio punovažan po tom pravu, cijeniće se po pravu državljanstva ostavioca u vrijeme sastavljanja testamenta, odnosno u vrijeme smrti i tako dalje.

U domenu mjerodavnog prava za formu testamenta isključena je mogućnost primjene *renvoi* i po Konvenciji i po Zakonu<sup>52</sup>.

U članu 73 ZMPP se navodi da je opozivanje testamenta punovažno u pogledu forme ako je ta forma punovažna po bilo kojem pravu prema kojem je, u skladu sa stavom 1 ovog člana, testament mogao biti punovažno sastavljen.

Na punovažnost forme testamenta utiče i postojanje ograničenja u pogledu uzrasta, državljanstva i drugih ličnih svojstava zavještaoca; ispunjenje uslova u pogledu svjedoka, kao i zabrana određenih vrsta raspolaganja za slučaj smrti<sup>53</sup>.

## **Zaključak**

U savremeno doba uobičajeno boravište i u nacionalnim pravima, a naročito u konvencijskom i pravu Evropske unije postaje najznačajnija objektivna tačka vezivanja i za nasljeđivanje. Značajno mjesto zauzima i autonomija volje, kao subjektivna tačka vezivanja,

---

<sup>52</sup> Član 1 Konvencije sadrži formulaciju da će testament biti punovažan u pogledu forme ako je u skladu sa „unutrašnjim pravom“ i član 4 Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

<sup>53</sup> Član 5 Konvencije i član 76 Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

ali izbor prava je ograničen postojanjem značajne veze ostavioca sa državom čije pravo bira. Uredba o nasljeđivanju, čija je primjena počela u avgustu 2015. godine, uspostavila je ista koliziona pravila u ovoj oblasti u dvadesetpet država članica (Uredba se ne primjenjuje u: Danskoj, Ujedinjenom Kraljevstvu i Irskoj).

U određivanju mjerodavnog prava za nasljeđivanje Uredba se opredjeljuje za liberalan i inovativan pristup: posljednje uobičajeno boravište kao osnovnu tačku vezivanja, i mogućnost ograničene kolizionopravne autonomije volje. Odredbe o mjerodavnom pravu imaju univerzalnu primjenu, dakle pravo koje je mjerodavno na osnovu Uredbe primjenjuje se nezavisno od toga da li je to pravo države članice.

Osnovna rješenja Uredbe o nasljeđivanju će i u narednom periodu biti putokaz za zemlje koje teže da osavremene svoje međunarodno privatno pravo, a naročito za države koje teže evropskim integracijama. Odredbe Uredbe o nasljeđivanju<sup>54</sup> su već poslužile kao uzor za odredbe Zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore i za Nacrt zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije<sup>55</sup>. Nova rješenja koja su u većoj ili manjoj mjeri usaglašena sa odredbama Uredbe o nasljeđivanju, pored ispunjavanja obaveza iz procesa evropskih integracija, doprinose i boljoj pripremi organa primjene prava zemalja kandidata za članstvo u Evropskoj uniji. Jer, kada postane punopravna članica Evropske unije, odredbe ove uredbe će se neposredno primjenjivati i na teritoriji Crne Gore.

## Summary

Regulation Rome IV provided for the unification of conflict of laws rules for successions in most of the member countries of the European Union. Based on Rome IV Regulation the last habitual residence of the testator became the prevailing objective connecting factor, which can be replaced by the limited party autonomy.

---

<sup>54</sup> U slučaju Crne Gore zakonodavac je za uzor imao tekst tadašnjeg Predloga uredbe o nasljeđivanju: COM/2009/154 final – COD 2009/0157.

<sup>55</sup><http://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>, preuzeto 25.11.2015. godine.

The provisions of Private International Law Act of Montenegro are substantially inspired by this Regulation. The established legal tradition was abandoned and a completely new conflict of laws rules were adopted in order to harmonize the national with the European Union law. Instead of the last nationality of the testator, a new rule is based on testator's last habitual residence. Also, now it is possible to choose the applicable law for succession (limited party autonomy).

Rome IV Regulation, as well as Private International Law Act, incorporate the rules of the Hague Convention on the Conflicts of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions provisions while the law of Montenegro provides for the two additional rules.

Key words: applicable law, succession, Rome IV Regulation, Private International Law Act of Montenegro.

**Prof. dr Drago RADULOVIĆ<sup>1</sup>**

## **ODNOS PRESUDE I OPTUŽBE**

1. Krivično djelo kao realan događaj iz prošlosti na putu svog rasvjetljenja i rešenja prolazi kroz najmanje dva činjenična i pravna oformljenja. Prvo činjenično i pravno oformljenje nastaje podizanjem optužnice (optužbe), a drugo donošenjem presude. Dakle, činjenični i pravni opis djela treba da odgovara onom događaju koji se desio u prošlosti, te taj događaj i njegov učinilac predstavljaju predmet optužbe. Na drugoj strani, kako je to propisano u članu 369 st. 1 Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, pa i u drugim zemljama bivše SFRJ (u daljem tekstu ZKP), presuda se može odnositi samo na lice koje je optuženo i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u podignutoj, odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici.

Pitanje činjeničnog identiteta presude i optužbe predstavlja jedno od najsloženijih pitanja po kojem su često prisutna različita stanovišta u teoriji, pa i u praksi.

U prethodno citiranoj zakonskoj odredbi odslikavaju se najvažnija načela krivičnog postupka – načelo zakonitosti, optužbe, odijeljenosti krivičnoprocesnih funkcija, istine, kontradiktornosti, slobodnog sudijskog uvjerenja i slično. Insistiranje na potpunom identitetu presude i optužbe jeste, s jedne strane, poštovanje načela optužbe, a s druge strane osiguranje prava na odbranu okrivljenog koji treba tačno da zna koje djelo mu se stavlja na teret da bi mogao da se pripremi za odbranu. Saobraznost (identitet) presude i optužbe izražava se u dva vida: a) subjektivnom (da se presuda može odnositi samo na lice koje je navedeno u optužnici) i b) objektivnom (da se presuda odnosi na djelo koje je predmet optužbe sadržane u podignutoj, odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici).

---

<sup>1</sup> Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore - Podgorica

Za ova dva identiteta mogli bismo reći da su obligatorna, ali postoji i treći, identitet između presude i optužbe, a to je pravni identitet koji nije obavezan budući da je u ZKP (čl. 369 st. 2) izričito rečeno da sud nije vezan za predlog tužioca u pogledu pravne ocjene djela.

Do nesaglasja u pravnoj ocjeni djela između suda i tužioca može da dođe tako što ova dva subjekta iz istih činjenica izvode drugačije pravne zaključke, zatim zbog toga što se na glavnom pretresu izmijenilo činjenično stanje u onoj mjeri u kojoj se može suditi i bez izmjene optužnice na glavnom pretresu, kao i u slučaju ako neka činjenica iz tužiočevog opisa djela u optužnici ostane nedokazana.<sup>2</sup>

2. Subjektivni identitet presude i optužbe nije teško utvrditi i on u praksi ne stvara probleme, jer se ova saobraznost ne može temeljiti na širem tumačenju.<sup>3</sup> Naime, ako se na glavnom pretresu utvrdi da optuženo lice nije učinilo krivično djelo, nego da je to učinilo drugo lice, sud mora da donese oslobađajuću presudu u odnosu na optuženo lice, ali ne može da osudi drugo lice iako je utvrđeno da je ono izvršilo krivično djelo. Za osudu tog drugog lica potrebna je nova optužnica. U protivnom, sud bi došao u situaciju da kumulira i funkciju optužbe i presuđenja, a uz to bilo bi ugroženo pravo na odbranu tako osuđenom licu.

Iako nema problema u vezi subjektivnog identiteta presude i optužbe, što smo već istakli, ipak pažnju zaslužuje jedno pitanje, koje su neki autori vezali za subjektivni identitet. Tako se ističe ako je više lica optuženo za isto krivično djelo, od kojih neki kao izvršioc, a drugi kao podstrekači, odnosno pomagači, sud može lica koja su optužena za izvršilaštvo proglasiti krivim za podstrekavanje, odnosno pomaganje u istom djelu i obrnuto.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> dr Momčilo Grubač i drugi: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, 2010. g., str. 844.

<sup>3</sup> dr Milan Škulić: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Podgorica, 2009. g., str. 1001.

<sup>4</sup> dr Tihomir Vasiljević: Sistem Krivičnog procesnog prava SFRJ, Beograd, 1981. g., str. 421, dr Branko Petrić: Zakon o krivičnom postupku, IV izdanje, Beograd.

Prvo što se ovakvom stavu može prigovoriti jeste da pogrešno postavlja problem na teren subjektivnog identiteta.

Ovaj problem treba posmatrati sa aspekta objektivnog identiteta, kao identitet kriminalnih radnji, pa prema tome kad se ovako posmatra ovaj slučaj, onda identitet nije sačuvan. Ako bi se prihvatilo naprijed navedeno stanovište, ističe se u literaturi, došlo bi se u situaciju da optuženi bude osuđen za sasvim drugu radnju, odnosno djelatnost nego što je bio optužen i da bi to upravo bilo u suprotnosti s osnovnim razlozima na kojima se temelji objektivni identitet presude i optužbe.<sup>5</sup> Kada govorimo o identitetu djela (objektivnom identitetu), onda ga ne vežemo za apstraktni pojam krivičnog djela nego za postupanje optuženog (radnju optuženog) onako kako se ona desila u stvarnosti. Radnje saučesnika su različite u tolikoj mjeri, pa ako bi se u presudi jedna vrsta djelatnosti (radnje) zamijenila drugom vrstom djelatnosti (radnje) drugačije nego što su navedene u optužnici, onda bi to bilo bliže drugom, a ne drugačijem djelu, što bi istovremeno značilo prekoračenje optužbe.

I sudska praksa je, po našem mišljenju, zauzela pogrešan stav<sup>6</sup> kada je našla da povrede identiteta optužbe nema ni u objektivnom ni u subjektivnom smislu kada je jedno lice optuženo da je djelo izvršilo kao saučesnik (u bilo kojem obliku saučesništva koje propisuje zakon), a oglašeno krivim kao saizvršilac (izvršilac) u istom krivičnom djelu ili obrnuto (Presuda Vrhovnog suda Srbije Kzz 20/02 od 12.11.2003. godine i presuda Okružnog suda u Beogradu K. 587/94 od 15.06.1998. g.). Slično stanovište zauzeo je i Vrhovni sud Hrvatske Kž. 3477/77 kada je uzeo da nije povrijeđen identitet presude i optužbe u slučaju da je za određeno krivično djelo optuženo više lica od kojih neki kao izvršioци, a neki kao pomagači, odnosno podstrekači, ako lica optužena kao izvršioци proglasi krivim kao podstrekače ili pomagače u tom istom djelu, ili ako lica optužena kao pomagače odnosno podstrekače proglasi krivim kao izvršioци.

---

<sup>5</sup> dr Mladen Grubiša: Pitanje objektivnog identiteta presude i optužbe prema Zakonu o krivičnom postupku od 1976. g., Naša zakonitost br. 2, 1982, str. 64.

<sup>6</sup> Tako i dr Milan Škulić: Komentar... str. 1004.

3. Kada se govori o objektivnom identitetu presude i optužbe, bez obzira što izgleda jasno o čemu se radi, problemi nastaju kada treba definisati pravilo, a još veći kada to pravilo treba primijeniti u praksi. U teoriji, a i u zakonodavstvu po pitanju objektivnog identiteta presude i optužbe izdiferencirala su se dva stanovišta. Po jednom, širem stanovištu sud je vezan za događaj koji je predmet optužbe, a prema rezultatima pretresa činjenični opis događaja može da mijenja i u korist i na štetu optuženog, a po užem shvatanju sud je pri donošenju presude vezan za činjenični opis krivičnog djela kakav je dat u optužbi.<sup>7</sup>

U teoriji se iznose argumenti za jedno i drugo stanovište. Vezanost presude za optužbu u pogledu predmeta suđenja važna je iz više razloga, a i u saglasju je sa osnovnim načelima krivičnog postupka, počev od načela optužbe po kojem načelu se sudi samo po optužbi ovlašćenog tužioca i o onom što je u optužbi navedeno, jer predmet suđenja određuje tužilac, a ne sud. Bez preciziranja optužbe i njenog predočavanja okrivljenom prije glavnog pretresa okrivljeni ne bi mogao da ostvari svoje pravo na odbranu, a ne bi se moglo organizovati ni kontradiktorno raspravljanje jer okrivljeni ne zna od čega da se brani, niti na kojoj će se činjeničnoj konstrukciji zadržati sud<sup>8</sup>, a odstupanje od principa vezanosti presude za optužbu protivilo bi se i principu odvojenosti krivičnoprocesnih funkcija.<sup>9</sup> U prilog šireg shvatanja objektivnog identiteta presude i optužbe navode se različiti argumenti. Tako se ističe da je optužno načelo jedno od sredstava kojima se postiže osnovni cilj krivičnog postupka – istina, pa je odnos između optužnog načela i načela istine jednak odnosu sredstva i cilja. U tom smislu, ističu zastupnici ovog mišljenja, ako se postavi pitanje ograničenja jednog ili drugog načela, onda smo spremni da se bez rezerve opredijelimo da se ograniči sredstvo, a ne cilj,

---

<sup>7</sup> dr Stanko Bejatović: Krivično procesno pravo, Službeni glasnik RS, Beograd, 2008. g., str.446.

<sup>8</sup> dr Miodrag N. Simović: Krivično procesno pravo, Uvod i Opšti dio, Bihać, 2009. g., str. 544.

<sup>9</sup> dr Milica Zlatić: Objektivni identitet presude i optužbe u Zakonu o krivičnom postupku od 1976. g. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 5-6, 1979. g., str. 451.



tj. da se ograniči akuzatorsko načelo, a ne načelo istine.<sup>10</sup> U arbitriranju između ova dva stanovišta najvažnije je obezbijediti punu garanciju objektivnosti suda, a to će se najbolje postići ako sud između stranaka u sporu bude potpuno objektivan. Jedna od osnovnih garancija u tom pravcu je da sud ne može u svoje ruke uzeti ni jednu funkciju osim sudske, posebno funkciju tužioca i sam sebi da određuje predmet suđenja, odnosno presude. Vežanost suda samo za istorijski događaj koji je predmet optužbe upravo bi doveo do toga.

4. U uporednom zakonodavstvu zastupljena su različita rješenja, tako da imamo zakonodavstva koja insistiraju na strogoj vežanosti presude za činjenični opis krivičnog djela u optužnici, ali i zakonodavstva koja propisuju da je predmet presuđivanja djelo iz stvarnosti (dakle, istorijski događaj koji je označen u optužnici te da je sud dužan da ga utvrdi onako kako se on zaista i desio neovisno od toga kako ga je tužilac opisao u optužnici).

Prvo rješenje zastupljeno je u CPP Italije (čl. 477) koji je prihvatio koncepciju stroge vežanosti presude za djelo kako je činjenično opisano u optužnici. U tom smislu radilo bi se o drugom djelu ne samo kada su na pretresu utvrđene drugačije činjenice koje se odnose na obilježja krivičnog djela, nego i činjenice koje pobliže konkretizuju krivično djelo, jer bi sud mijenjajući i te činjenice koje se odnose na sredstvo, način, vrijeme i mjesto izvršenja krivičnog djela, pogodio optuženog jer nije imao mogućnosti da se brani u odnosu na te činjenice i okolnosti.<sup>11</sup>

Suprotno stanovište zastupljeno je u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Njemačke gdje je u članu 264 st. 1 propisano da je "predmet presude krivično djelo sadržano u optužnici u obimu i mjeri kako je to djelo utvrđeno na osnovu ishoda glavne rasprave". Iz ove zakonske odredbe, kako se navodi u literaturi, proizilazi da je sud ovlašćen da na osnovu rezultata glavne rasprave i bez inicijative tužioca izmijeni u presudi opis

---

<sup>10</sup> dr Branko Petrić: Identitet presude i optužbe u krivičnom postupku, Pravni život br. 6-7, 1980. g., str. 20.

<sup>11</sup> Vidjeti Sreten Ivanović: Objektivni identitet presude i optužbe u krivičnom postupku, Advokat, br. 3, 1996. g., str. 15.

djela u svim pravcima, bilo mijenjanjem nekih odlučnih činjenica, bilo dodavanjem odlučnih činjenica kojih nema u optužbi ili ispuštanjem činjenica neovisno od toga da li tako modifikovano djelo postoje lakše ili teže za okrivljenog, ali u granicama događaja koji je obuhvaćen optužbom.<sup>12</sup>

5. Krivičnoprocesno zakonodavstvo na ovim prostorima (prostor bivše SFRJ) počev od prve kodifikacije 1948. godine do danas prihvata konceptiju stroge vezanosti presude za optužbu. Izuzetak je učinjen u postupku prema maloljetnicima gdje je vijeće za maloljetnike ovlašćeno da donese odluku na osnovu činjeničnog stanja koje je izmijenjeno na glavnom pretresu, što je u skladu sa brojnim osobenostima postupka prema maloljetnicima, pa i one da se postupak može voditi i bez državnog tužioca. Ali, u teoriji se postavlja pitanje da li ovakvo rešavanje pitanja objektivnog identiteta presude i optužbe u postupku prema maloljetnicima može da ide i na štetu maloljetnika imajući u vidu da to može da utiče na pripremanje njegove odbrane.<sup>13</sup> I u novom ZKP Crne Gore prihvaćena je koncepcija stroge vezanosti presude i optužbe pa je propisano da se presuda može odnositi samo na lice koje je optuženo i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u podignutoj, odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici (optužbi čl. 369 st. 1 ZKP). Ova koncepcija je prihvaćena i u zakonodavstvu u zemljama bivše SFRJ. Postoje različita stanovišta u teoriji, pa i u praksi, kada je u pitanju ovaj odnos, a ta diferencijacija potiče od toga kako u tom tijesnom odnosu shvatiti pojam "djelo" iz optužbe i da li su dozvoljene neke modifikacije u pogledu tog djela, a da se pri tome sačuva objektivni identitet presude i optužbe, te da ne dođe do prekoračenja optužbe? Pitanje se svodi na to kad činjenice utvrđene na glavnom pretresu čine djelo drugačijim, a kad se radi o sasvim drugom djelu? Tačni kriteriji između drugačijeg i drugog krivičnog djela ni u zakonodavstvu ni u procesnoj literaturi nisu utvrđeni, pa je ocjena, kako se ističe u

---

<sup>12</sup> Gerd Pfeiffer: StPO, Kommentar 4. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2002. g., str. 700.

<sup>13</sup> dr Tihomir Vasiljević i dr Momčilo Grubač: Komentar Zakona o krivičnom postupku, Savremena administracija, Beograd 1990. g., str. 622.

literaturi, kad jedno samo drugačije djelo prerasta u potpuno drugo djelo, kao faktičko pitanje, prepuštena sudskoj praksi.<sup>14</sup>

U odgovoru na naprijed postavljeno pitanje navešćemo nekoliko mišljenja koja nalazimo u teoriji. Tako jedni navode da identitet postoji ako se radi o istoj radnji, istom događaju u njegovim bitnim dijelovima, a identitet nije izmijenjen ako su u presudi izmijenjene okolnosti koje se odnose na bliža svojstva krivičnog djela, a nisu pravno relevantne za izmjenu predmeta optužbe.<sup>15</sup> U pronalaženju pristupa problemu dozvoljene modifikacije činjeničnog supstrata optužbe interesantan je pristup putem činjeničnih skupova. Po tome se bilo koje činjenično stanje predstavljeno u optužbi može izraziti kao svojevrsan činjenični skup, koji se sastoji od različitih podskupova (činjeničnih elemenata), koji podskupovi mogu biti: konstitutivni elementi krivičnog djela, ali mogu biti i kvalifikatorne okolnosti, okolnosti koje privileguju krivično djelo i okolnosti koje krivično djelo bliže opisuju, ali ne spadaju u prethodne kategorije kao što su vrijeme, mjesto, sredstvo izvršenja i slično.<sup>16</sup>

Modifikaciju činjeničnog skupa moguće je vršiti na više načina, modifikacijom odgovarajućeg podskupa, što će imati uticaja na to da li se radi o drugačijem ili o drugom krivičnom djelu. Tako kad je riječ o podskupovima koji čine konstitutivne elemente krivičnog djela dozvoljena modifikacija je suženje činjeničnog skupa (podskupa), kao na primjer optužnicom je na teret stavljeno krivično djelo teške krađe, a po okončanju dokaznog postupka presuda glasi na krivično djelo obične krađe. Po ovom shvatanju (činjenični skup i podskupovi) modifikacije su dozvoljene u pogledu kvantitativnih umanjenja određenih konstitutivnih elemenata (podskupova), zatim redukovanja stepena krivice izvršioca, a kada je riječ o kvalifikatornim okolnostima i na njih se primjenjuje isti

---

<sup>14</sup> dr Momčilo Grubač: Krivično procesno pravo, Uvod i opšti deo, Beograd, 2002. g., str. 409.

<sup>15</sup> dr Tihomir Vasiljević i dr Momčilo Grubač: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, 2003. g., str. 613.

<sup>16</sup> Miodrag Majić: Činjenični identitet presude i optužbe: presipitivanje granica dozvoljenog odstupanja, Bilten Vrhovnog Kasacionog suda, br. 2, 2011. g., citirano po dr Goran P. Ilić i drugi: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Službeni glasnik Beograd, 2013. g., str. 884.

princip kao i kad je riječ o bitnim elementima krivičnog djela, dakle, dopuštene su redukcije čitavog elementa ili kvantitativne redukcije.

6. Osnovno pravilo za rješavanje pitanja kad će se u okviru shvatanja o strogoj vezanosti presude i optužbe raditi o istom djelu proizilazi iz same suštine ovog shvatanja, a suština je u tome da je sud vezan za djelo kako je ono u pogledu odlučnih činjenica, dakle onih koji predstavljaju obilježja određenog krivičnog djela opisanog u optužnici. Međutim, time nisu ni u teoriji, a još manje u praksi otklonjene mnoge dileme i teškoće, jer ostavlja otvorenim najteže pitanje kako na terenu tako suženog odnosa presude i optužbe shvatiti pojam "djelo iz optužbe" i kakav smisao i opseg tom djelu dati. Ili drugačije postavljeno pitanje bi moglo da glasi da li sud smije i ako smije u kom obimu može, s obzirom na rezultate glavnog pretresa, modifikovati u presudi djelo iz optužbe, a da se ne ugrozi objektivni identitet presude i optužbe.

Smatramo da je identitet presude i optužbe sačuvan i u slučaju ako djelo u presudi bude samo drugačije od onog iz optužbe, ali ni u tom slučaju ne smije biti teže za optuženog od onog sadržanog u optužbi. Nasuprot tome, dolazi do prekoračenja optužbe ako sud optuženog oglasi krivim za drugo djelo nego što je ono iz optužnice, pa i onda kada je ono lakše od djela kojim ga optužba tereti. U najkraćem, sud može okrivljenog oglasiti krivim samo za drugačije djelo koje za njega nije teže, ali ga nikada ne može oglasiti krivim za drugo djelo makar bilo i lakše.

Poenta izloženog shvatanja je u rešenju pitanja kad će se u konkretnom slučaju raditi o drugačijem, a kad o drugom krivičnom djelu? Drukčije djelo je, u suštini, isto ono djelo koje je predmet optužbe samo se zbog modifikacije pojavljuje u nešto izmijenjenom vidu, dok je drugo djelo koje je različito (disparatno – ono što ne pripada zajedničkom rodnom pojmu) od onog iz optužnice.<sup>17</sup> U tom smislu obična krađa je drukčije djelo u odnosu na tešku krađu, a drugo djelo je na primjer krađa u odnosu na tjelesnu povredu.

---

<sup>17</sup> dr Mladen Grubiša: Op. cit. str. 62.

Držeći se pravila da korišćenjem rezultata glavnog pretresa sud može modifikovati opis djela iz optužnice samo dotle dok se radi samo o drukčijem krivičnom djelu, sud ne smije izmijeniti neki konstitutivni element krivičnog djela i time doći do teže pravne kvalifikacije. Tako, na primjer, ako je okrivljeni optužen da je protivpravno prisvojio tuđu pokretnu stvar koja mu je povjerena, sud neće u presudi moći utvrditi da ta stvar nije bila u posjedu okrivljenog nego da ju je oduzeo oštećenom, pa djelo kvalifikovati kao krađu. Isto tako, ako je okrivljeni optužen da je krivično djelo izvršio iz nehata, ne može ga sud osuditi da je djelo izvršio sa umišljajem. Nadalje, sud ne može u presudi dodati neku kvalifikatornu okolnost koja nije bila navedena u optužnici. Sud ne može da presudom eliminiše okolnosti koje privileguju krivično djelo, pa da, na primjer, kod krivičnog djela ubistva djeteta pri porođaju nađe da kod majke nije trajao poremećaj izazvan porođajem i djelo kvalifikovati kao ubistvo. Isto tako, sud ne može jednu privilegujuću okolnost zamijeniti drugom, manje privilegujućom okolnošću. Od okolnosti koje čine obilježja krivičnog djela i o kojima treba voditi računa kad se govori o objektivnom identitetu presude i optužbe, treba razlikovati od okolnosti koje utiču na odmjeravanje kazne.

Dakle, kod svih dopuštenih modifikacija djela u presudi u odnosu na ono iz optužbe treba imati u vidu da se u svakom slučaju i pored tih modifikacija djelo mora odnositi na isti događaj u realnom (ne u pravnom) smislu, a ako usljed takvih modifikacija presuda obuhvati drugi događaj, onda je ta modifikacija nedopuštena jer se u tom slučaju presuda odnosi na sasvim drugo djelo.<sup>18</sup>

7. Kad je riječ o složenim krivičnim djelima, gdje je okrivljeni optužen za više radnji koje ulaze u sastav kolektivnog krivičnog djela (produženo krivično djelo), pa se na glavnom pretresu utvrdi da je pored onih radnji koje su navedene u optužnici bilo još nekih radnji koje bi ulazile u sastav krivičnog djela, sud ne može presudom obuhvatiti te radnje, bez izmjene optužnice, jer bi time prekoračio optužnicu. Suprotno je dozvoljeno, što znači ako je na glavnom

---

<sup>18</sup> dr Mladen Grubiša: Op. cit. str. 63.

pretresu utvrđeno da ne stoje neke od radnji koje su ušle u sastav kolektivnog krivičnog djela koje je navedeno u optužbi, sud može da presudi manje, pod uslovom da se ne radi o drugom krivičnom djelu.

8. Potvrda da je u našem zakonodavstvu prihvaćena koncepcija stroge vezanosti presude za optužbu može se naći i u institutu izmjene optužnice na glavnom pretresu. Tako je u članu 360 st. 1 ZKP propisano "ako dokazi izvedeni na glavnom pretresu ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici, tužilac može na glavnom pretresu usmeno izmijeniti optužnicu, a može predložiti da se glavni pretres prekine radi pripremanja nove optužnice". U tom smislu, kad je tužilac ovlašćen da, obzirom na izmijenjeno činjenično stanje na glavnom pretresu, mijenja optužnicu, onda nema nikakve potrebe da to čini sam sud mimo volje i inicijative tužioca. Drugačija je situacija u postupcima u kojima tužilac nema to ovlašćenje. U našem procesnom zakonodavstvu prihvaćeno je načelo mutabiliteta optužbe po kome je tužilac ovlašćen da u toku cijelog krivičnog postupka odustane od optužbe, ali je isto tako ovlašćen da optužbu mijenja i da je prilagodi činjeničnom stanju. S druge strane sud je vezan za činjeničnu osnovu optužbe. Pošto se činjenična osnova sadržana u optužbi kasnije može izmijeniti, to je nužno da se optužnica izmijeni i prilagodi novom činjeničnom stanju, jer bi u protivnom sud morao izreći oslobađajuću presudu zbog toga što je utvrđeno da djelo sadržano u optužbi više ne stoji, a novo nije utuženo. Da ne bi došlo do ovakve situacije predviđena je mogućnost izmjene optužnice na glavnom pretresu. Do toga dolazi, kako je naprijed već navedeno, ako dokazi izvedeni na glavnom pretresu ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici.

Optužnica koja je potvrđena ne može se mijenjati prije glavnog pretresa jer na to ukazuju riječi iz stava 1 čl. 360 ZKP "u toku glavnog pretresa izvedeni dokazi". Ako se kaže "u toku glavnog pretresa izvedeni dokazi" to znači da ni nakon otvaranja glavnog pretresa, dok se ne izvedu bar neki dokazi (dovoljni da se ocijeni da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici), ne može doći do izmjene optužnice. Šta onda učiniti sa optužnicom koju je tužilac izmijenio prije

glavnog pretresa? Iako je dosadašnja praksa do sada postupala po tako izmijenjenim optužnicama (vođen je glavni pretres), mislimo da je takva praksa pogrešna i na štetu optuženog, a jedino ispravno rešenje u takvim situacijama je da se takve optužnice vrate u fazu kontrole optužnice.

Do kada je moguća izmjena optužnice? Moguća je do završetka glavnog pretresa, a pod određenim uslovima i na pretresu pred drugostepenim sudom.

Pitanje obima i sadržine izmjena u optužnici vezano je za problem objektivnog i subjektivnog identiteta ranije i izmijenjene optužnice. Nije sporno pitanje subjektivnog identiteta, a kada je riječ o objektivnom identitetu potrebno je da se radi o genusno istom djelu da bi se moglo govoriti o izmjeni optužnice, tj. da između prvobitnog činjeničnog opisa djela i činjeničnog opisa djela u izmijenjenoj optužnici postoji istovjetnost u osnovnom događaju.<sup>19</sup> U suprotnom, ako je od prethodnog činjeničnog opisa događaja u novoj optužnici ostalo nešto što ni po kvantitativnom ni kvalitativnom opsegu nije značajno, a pri tome je sačuvan subjektivni identitet, onda se tu ne može raditi o izmjeni optužnice nego o novom krivičnom djelu što nalaže pokretanje novog postupka. U svakom slučaju, sud ne može tužioca ograničiti u pogledu obima izmjene, a sud će sam procijeniti da li se radi o izmijenjenoj optužnici ili pak o optužnici za novo krivično djelo.

Zakonska formulacija "ako dokazi izvedeni na glavnom pretresu ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje" povlači pitanje da li tužilac može izmijeniti optužnicu drugačijom, novom subjektivnom ocjenom objektivnih činjenica ukoliko se činjenično stanje izvedenim dokazima stvarno nije promijenilo? U odgovoru na ta pitanja i u teoriji i u praksi postoje različita stanovišta. po jednom stanovištu iz sudske prakse samo zbog subjektivne ocjene tužioca ne mora da dođe do izmjene optužnice (VSH Kž. 2112/77), dok po drugom za izmjenu optužnice dovoljna je i nova subjektivna ocjena dokaza koja je rezultat usmenog neposrednog i kontradiktornog postupka (VSM Kž. 48/86). I u teoriji su mišljenja podijeljena, tako da

---

<sup>19</sup> dr Momčilo Grubač i drugi: Op. cit. str. 825.



jedni<sup>20</sup> ističu da nije moguća izmjena optužnice na osnovu izmjene subjektivnog shvatanja i ocjene tužioca, nego samo na osnovu stvarno izmijenjenog činjeničnog stanja na osnovu izvedenih dokaza.

Drugi su mišljenja da ovlašćeni tužilac može da izmijeni optužnicu neovisno od toga da li su se na glavnom pretresu pojavili novi dokazi i dovoljna je nova subjektivna ocjena dokaza poznatih u prethodnom postupku, koja je rezultat usmenog, neposrednog i kontradiktornog raspravljanja na glavnom pretresu.<sup>21</sup> Ovu dilemu riješio je zakonodavac u novom ZKP izmjenom ranije odredbe ZKP koja je glasila "ako tužilac u toku glavnog pretresa ocijeni da izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici" formulacijom "ako dokazi izvedeni na glavnom pretresu ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje". Ova izmjena eliminiše subjektivnu ocjenu tužioca da se izmijenilo činjenično stanje ako se ono zaista nije izmijenilo. Ako tužilac ne izmijeni optužnicu sud ne može zasnivati presudu na činjenicama koje su utvrđene na glavnom pretresu ukoliko se radi o drugom krivičnom djelu, pa ako tužilac i pored izmijenjenog činjeničnog stanja ostane pri ranijoj optužnici sud donosi oslobađajuću presudu u odnosu na krivično djelo iz optužbe.

9. Može li na kaznenu politiku sudova da utiče to što je po novom ZKP propisano da tužilac u završnoj riječi predlaže (imperativna norma) vrstu i visinu kazne, teško je reći, jer taj predlog ne obavezuje sud jer on odlučuje po svom slobodnom uvjerenju, ali svakako da *ratio legis* ove nove odredbe jeste da se tužilac učini odgovornijim za definitivnu sudbinu njegove optužbe uključujući i ono što je najvažnije i što dođe na kraju, a to je vrsta i visina kazne.

10. Na kraju da zaključimo da rešenja za sve probleme što ih eventualno može da izazove koncepcija stroge vezanosti

---

<sup>20</sup> dr Branko Petrić: Komentar Zakona o krivičnom postupku, Grafosrem, Šid, 1982. g., str. 777.

<sup>21</sup> dr Momčilo Grubač i drugi: Komentar... str. 825; dr Jovan Pavlica i dr Milimir Lutovac: Zakon o krivičnom postupku u praktičnoj primeni, Beograd, 1985. g., str. 461.



presude za optužbu treba potražiti u aktivnijem ponašanju državnog tužioca, koji treba da "budno" prati tok pretresa i njegove rezultate na planu promjena činjeničnog stanja, te da na to reaguje instrumentima koji mu stoje na raspolaganju, a najglavniji među njima jeste institut izmjene optužnice na glavnom pretresu.

### **Rezime**

Autor u radu obrađuje jedno od najznačajnijih pitanja u krivičnom postupku, a to je pitanje identiteta presude i optužbe, po kojem su često prisutna različita stanovišta u teoriji, pa i u praksi.

Zakonodavac je ustanovio pravilo da se presuda može odnositi samo na lice koje je optuženo i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u podignutoj, odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici, što znači da mora da postoji subjektivni i objektivni identitet presude i optužbe. Insistiranje na potpunom identitetu presude i optužbe znači uvažavanje načela optužbe, ali, što je možda još važnije, osiguranje prava na odbranu okrivljenog koji treba tačno da zna šta mu se stavlja na teret da bi mogao da pripremi odbranu.

U radu se navodi da u pogledu subjektivnog identiteta presude i optužbe ima manje spornih pitanja, dok se kod objektivnog identiteta postavlja pitanje kad se radi o istom krivičnom djelu. U okviru toga objašnjava se razlika između pojmova drugačije krivično djelo i drugo krivično djelo i njihov uticaj na očuvanje objektivnog identiteta presude i optužbe. Razmatra se i odnos instituta identiteta presude i optužbe i izmjene optužnice na glavnom pretresu.

Ključne riječi: Identitet, presuda, optužba, izmjena optužnice.

### **Summary**

The author refer to one of the most important issues in the criminal proceedings, a question of judgment and the charges identity, which often generate different perspectives in theory and even in practice.

The legislator has established a rule that the judgment can only refer to a person who has been charged and only at the offense which is the subject of the charges contained in the raised indictment, or at trial amended indictment, which means that there must be subjective and objective identity between judgments and indictments. Insisting on full identity of judgment and indictment means respecting the principle of the prosecution, but, even more significant, ensuring the right to defense of the accused to be aware what he is charged for to be able to prepare a defense. The article states that in terms of subjective judgments and charges identity has fewer issues, while with the objective identity could be raised question of the *same criminal offence*.

Within this explains the difference between the concepts of different criminal offence and other criminal offence and their impact on the preservation of the identity of objective judgment and accusation. It considers the relation of identity institute of judgment and charges and amendment of the indictment during the trial.

Keywords: Identity, judgment, charges, amendment of the indictment

**Prof. dr Branko VUČKOVIĆ<sup>1</sup>**  
**Prof. dr Vesna VUČKOVIĆ<sup>2</sup>**

## **ILEGALNE MIGRACIJE ILI KRIJUMČARENJE LJUDI**

Migracija je slobodno, fizičko kretanje, iz jedne u drugu državu uz pristanak osobe. Migracija može biti:

- unutrašnja – kretanje unutar državnih granica;
- spoljašnja, međunarodna – prelazak preko državnih granica i nastanjenje u stranoj državi;
- privremena – migranti se po proteku određenog vremena vraćaju u zemlju porijekla ili odlaze u treću zemlju;
- povremene – najčešće je riječ o sezonskim migracijama;
- trajne – migranti imaju namjeru da u zemlju dolaska ostanu trajno;
- legalne – vrše se u skladu sa propisima države;
- organizovane – obuhvataju regrutovanje, prihvata ili eksploatacija ilegalnih migranata u zemlji destinacije;
- političke;
- ekonomske.

Svi ovi oblici migracija predstavljaju legalne migracije, međutim pored legalnih postoje i ilegalne migracije. Ilegalne migracije oduvijek su postojale, ali su danas u ekspanziji, naročito u zemljama čije su ekonomije nerazvijene i nestabilne, a demografski parametri u porastu. Tome doprinosi brz proces globalizacije, razvoj i korišćenje novih tehnologija, što utiče na brže kretanje ljudi, kapitala i roba preko nacionalnih granica. Međutim, ova vrsta migracija, često kategoriju socijalno ugroženih lica pretvara u "laku metu" kriminalnih mreža krijumčara i trgovaca ljudima. U svijetu postoji potreba za jeftinim proizvodima koji bi bili dostupni gotovo svima, pa mora postojati i jeftina radna snaga da bi bio ostvaren profit.

---

<sup>1</sup> Predsjednik Osnovnog suda u Kotoru,

<sup>2</sup> Sudija Upravnog suda Crne Gore

Jeftina radna snaga potrebna je u gotovo svim sektorima, i očito je da se takvom radnom snagom najčešće smatraju one grupacije koje su najranjivije i kojima se takvim uslovima rada nanosi najveća šteta.<sup>3</sup> Migracije – legalne i ilegalne predstavljaju fizičko kretanje, privremeno ili stalno nastanjenje ljudi sa jednog na drugo područje, iz jednog emigracionog područja u drugo imigraciono područje, odnosno iz jedne zemlje (emigracija) u drugu zemlju (imigracija).

Ilegalne migracije predstavljaju omogućavanje ilegalnog ulaska u jednu državu, lica koje nije državljanin dotične države, najčešće zbog socijalno – ekonomskih razloga, kako bi u toj državi to lice našlo posao. Ako se posmatra način na koji se ilegalni migranti prebacuju iz jedne u drugu državu, može se zaključiti da većina njih svoj put planira unaprijed, u svojoj zemlji, preko organizatora, jedan broj njih to organizuje preko svojih bližnjih koji se već nalaze na radu u tim zemljama, dok manji broj ljudi taj put organizuje samostalno. I upravo zbog načina kako se vrši migracija, postoji opasnost da migranti budu krijumčareni, vrbovani i prevareni od strane trgovaca ljudima.

### **Položaj i osnovna prava migranata**

Prava i slobode garantovane međunarodnim običajnim ili ugovornim pravom mogu biti važna za migrante, ali svakako da se neka od njih posebno izdvajaju. To su:

- Pravo na zaštitu osnovnih ljudskih prava

Osnovni princip postupanja državnih organa prema licima koja se nalaze pod jurisdikcijom jedne države jeste obezbjeđivanje punog poštovanja osnovnih ljudskih prava i sloboda. Ljudska prava najčešće se definišu kao prava koje ljudsko biće ima samim tim što je ljudsko biće – nezavisno od volje države.<sup>4</sup> Nije sporno da postoje određena ograničenja ljudskih prava, u mjeri u kojoj je potrebno zaštititi prava drugih pojedinaca, a lista prava koja se mogu ograničiti nalaze

---

<sup>3</sup> Š. Golubović, M.B. Radeva, Trgovanje ljudima u Republici Hrvatskoj - Procjena situacije s posebnim osvrtom na radno iskorištavanje, ICMPD, Zagreb, 2010. g., str. 15.

<sup>4</sup> M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, Međunarodna ljudska prava, Pravni fakultet Univerziteta Beograd, 2010.g., str. 21.

se u međunarodnim dokumentima. Međutim, Crna Gora kao potpisnica konvencija kojima se garantuju ljudska prava dužna je da obezbjedi njihovo poštovanje, pa ukoliko migrantima za vrijeme njihovog boravka na našoj teritoriji bude uskraćeno ili povrijeđeno neko od osnovnih ljudskih prava i sloboda, mora mu se omogućiti da pred nadležnim organom pokrene postupak zaštite.

- Načelo jednakosti i zabrane diskriminacije

Ovo načelo srž je cjelokupnog koncepta ljudskih prava, a potvrđeno je članom 1. i 2. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.

- Zabrana vraćanja – non refoulement

Zabrana vraćanja je pravo migranta da ne bude vraćen na teritoriju zemlje gdje će biti izložen progonu, nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, u državu ili na teritoriju gdje postoji rizik da će biti izložen kršenju ljudskih prava. Kada se govori o zabrani vraćanja migranata, od posebnog je značaja Konvencija Ujedinjenih nacija o statusu izbjeglica, po kojoj države ne smiju vratiti izbjeglicu na teritoriju gdje bi njegov/njen život ili sloboda bili ugroženi zbog njegove ili njene rase, vjere, državljanstva, pripadnosti nekoj socijalnoj grupi ili njegovih/njenih političkih opredjeljenja (član 33.).

- Pravo na traženje i uživanje azila

Svaka osoba ima pravo da traži i uživa azil u drugim državama, od proganjanja. Od uživanja azila isključena su samo ona lica koja se gone za krivična djela nepolitičke prirode ili lica čiji su postupci protivni ciljevima i načelima Ujedinjenih Nacija (član 14. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, 1948).

- Pravo na dobrovoljni povratak u zemlju posljednjeg prebivališta

Institut dobrovoljnog povratka podrazumjeva pravo lica da traži da bude vraćen na teritoriju zemlje porijekla, odnosno posljednjeg prebivališta ukoliko je u pitanju lice bez državljanstva. Ovo pravo podrazumjeva obavezu države da preduzme sve mjere u cilju bezbjednog i dostojanstvenog načina povratka migranata u zemlju porijekla odnosno zemlju posljednjeg prebivališta.

- Pravo na zdravstvenu zaštitu

Pravo na zdravstvenu i socijalnu zaštitu zagarantovano je Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima (1948), Medjunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Medjunarodnom konvencijom o pravima radnika migranata i članova njihove porodice (1990) itd.

### **Pojam i razlozi nezakonitih, ilegalnih migracija**

Migracije su davna pojava, razlozi za to su najčešće bili ekonomski, međutim, nasuprot legalnim migracijama, postoje nelegalne, nezakonite migracije. Pod nezakonitim migracijama podrazumjeva se nezakonit ulazak migranata u tuđu zemlju, van graničnih prelaza, bez granične kontrole ili uz korišćenje falsifikovanih isprava, ali one podrazumjevaju istovremeno i nelegalan boravak u tuđoj zemlji. Iako postoji veliki broj lica koja u tuđu zemlju ulaze na zakonit, dopušten način, a kasnije u toj zemlji ostaju bez odgovarajućih isprava i dozvola, i oni se, u širem smislu, smatraju ilegalnim migrantima. Nezakonite migracije često se dešavaju zbog potrage za boljim poslom ili uopšte boljem životnom standardu, što je razlog zbog kojeg ljudi napuštaju svoju zemlju i nelegalno ulaze u drugu, tuđu zemlju. Stoga, osnovano se navodi da su tri najvažnija aspekta nezakonitih migracija – nezakonit ulazak u stranu zemlju, boravak i zapošljavanje.<sup>5</sup>

Ilegalnim migracijama ne smatra se samo ilegalan ulazak u tuđu zemlju, već i boravak u tuđoj zemlji bez vize, bez dokumenata ili sa falsifikovanim ispravama. I upravo ovo dovodi do problema u identifikaciji migranata, čime je onemogućen njihov povratak u zemlju porijekla. Pod pojmom ilegalne migracije, u najširem smislu riječi, podrazumjeva se svako kretanje migranata koje se odvija protivno propisima zemalja porijekla, tranzita i zemalja odredišta.

Ilegalne migracije predstavljaju kompleksan, globalni problem koga je gotovo nemoguće objasniti jednostranom uzročno – posljedičnom vezom. Danas postoje različita tumačenja uzroka ilegalnih migracija. Jedan broj teoretičara

---

<sup>5</sup> S. Gregurević, Obilježja migracijskih tokova i integracija novih imigrantskih grupa na tržištu rada u južnoevropskim zemljama članicama Evropske unije, Migracijske i etničke teme, I 27/2011, str. 61.

smatra da su međunarodni migracijski tokovi rezultat složenog djelovanja između zemalja odredišta i zemalja porijekla.<sup>6</sup> Drugi smatraju da je jaz između bogatih i siromašnih zemalja toliko veliki da korist od migracije često nadmašuje njene troškove.<sup>7</sup> Veličina i trajnost migracija zavise i od raširene migranstske mreže u zemljama odredišta. Postojanje velikih migracijskih zajednica koje stvaraju raznolike mreže za međusobnu pomoć i prihvata novih migranata, utiču na održavanje migracijskih tokova.<sup>8</sup> Mogli bismo zaključiti da različiti uslovi dovode do ilegalnih migracija – ekonomski razlozi, razvijenost krijumčarskih mreža, stalna potreba razvijenih zemalja za jeftinom radnom snagom, s jedne strane, želja za boljim životom, ekonomskim prosperitetom, bijeg iz siromaštva, s druge strane. Danas je posebno izražen ovaj problem, zbog čega sve više dolazi do organizovanja krijumčarskih grupa odnosno organizovanog krijumčarenja ljudi.

### **Migracije ili krijumčarenje**

Migracije su nastale iz potrebe i potrage za boljim životom i radom, naročito iz nerazvijenih zemalja Centralne Evroazije i Jugoistočne Evrope prema zemljama Sjeverozapadne, Zapadne i Srednje Evrope. Prekogranično kretanje stanovništva uslovljeno je siromaštvom, odnosno stanovništvo siromašnih zemalja opredjeljuje se za ilegalnu migraciju u zapadnoevropske zemlje, posebno zavedeni pričama o dobrim zaradama “rada na crno” u kafanama, barovima, obavljanju kućnih poslova i sl., obeshrabreni restriktivnim viznim režimom. Potencijalni migranti sve više se za pomoć ulaska u tuđu zemlju obraćaju organizovanim kriminalnim grupama, koji ih prokrijumčare ilegalnim kanalima. Ilegalni migranti najčešće samostalno,

---

<sup>6</sup> Ibid, str. 70.

<sup>7</sup> R. Waldinger, Unacceptable realities: public opinion and the challenge of immigration in a Franco – American comparison, Migration in a Globalised World, Amsterdam University Press, 2010., str. 42.

<sup>8</sup> M. Mesić, Harmonizacija evropske migracijske politike: neuspjeh politika imigracijske kontrole sedamdesetih i osamdesetih godina 20. stoljeća, Migracijske i etničke teme, 19/2003, 4., str. 344.

neorganizovano ulaze i borave na teritoriji strane, tudje zemlje, ali ukoliko je njihov ulazak omogućen organizovano, od strane kriminalne grupe, tada se smatra da su oni prokrijumčareni migranti.

Krijumčarenje migranata podrazumijeva obezbjedjivanje ilegalnog ulaska u stranu državu licima koja nijesu njeni državljani ili nemaju stalni boravak, s ciljem sticanja, na neposredan ili posredan način, finansijske ili druge materijalne koristi. Krijumčarenje migranata predstavlja posredničku djelatnost kojom se omogućava ilegalan ulazak u stranu zemlju, uz saglasnost lica koja su predmet krijumčarenja, te se naziva još i organizovanom ilegalnom migracijom.<sup>9</sup> Krijumčarenje migranata manifestuje se kroz organizovane ili poluorganizovane forme.

Organizovano krijumčarenje migranata podrazumjeva jedan oblik regrutovanja, transportovanja, prihvata i eksploatacije ilegalnih migranata u zemlju destinacije i najčešće se realizuje od strane organizovanih kriminalnih grupa.

Poluorganizovana forma krijumčarenja migranata podrazumjeva izvjesnu organizovanost u realizaciji ilegalnog ubacivanja ljudi na teritoriju strane države, bez učešća organizovanih kriminalnih grupa. Ilegalni migranti koriste pomoć pojedinaca iz sastava lokalnog pograničnog stanovništva, imaju njihovu punu podršku, upućuju se na nedovoljno kontrolisane rute i tranzitne pravce ili ih pogranično stanovništvo samo ilegalno prevodi preko državne granice, uz pomoć javnih službenika kojima je u nadležnosti kontrola granice. Krijumčarenje migranata obuhvata četiri faze – regrutovanje, transportovanje, destinaciju i eliminaciju.

Faza regrutovanja podrazumjeva primjenu različitih postupaka u cilju realizacije migracije.

Faza transportovanja predstavlja suštinu krijumčarenja migranata. Prilikom prelaska državne granice težnja je da se ista predje na ilegalan način.

Faza destinacije se odvija u zemlji destinacije, a podrazumjeva da se migranti nakon ilegalnog prelaska granice

---

<sup>9</sup> S. Mijalković, Krijumčarenje migranata i reforma nacionalnog sistema bezbednosti, Revija za bezbednost, Beograd, Godina II, 3/2008, str. 7.



upućuju na samostalno snalaženje. Ukoliko je unaprijed dogovoreno, sprovode se do konačne destinacije.

Faza eliminacije podrazumjeva otkrivanje nelegalnog statusa migranata, bilo njihovim samoprijavlivanjem državnim organima, prijavom građana, otkrivanjem od strane državnih organa, povratkom migranata u zemlju porijekla i sl.

Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom, koji je donesen uz Konvenciju protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, u Palermu od 12. do 15. decembra 2000. godine, propisuje da se pod krijumčarenjem migranata podrazumjeva obezbjedjivanje ilegalnog ulaska u stranu državu lica koje nije njen državljanin ili lice sa stalnim boravkom, radi sticanja na neposredan ili posredan način, finansijske ili druge materijalne koristi. Ilegalan ulazak pretpostavlja prelazak državne granice bez pridržavanja propisa i poštovanja uslova za legalan ulazak u dolazeću zemlju, zemlju prijema. Krijumčarenje podrazumjeva ilegalan prelazak državne granice, prebacivanje ljudi iz jedne u drugu državu, sa njihovim pristankom, sa ciljem zarade od prebacivanja tih lica.

### **Oblici krijumčarenja migranata**

Krijumčarenje migranata moguće je ne samo preko ilegalnog graničnog prelaza, već i preko legalnog graničnog prelaza, kada krijumčari posjeduju uredna dokumenta ali ne i krijumčareni migranti. Krijumčarenje je moguće izvršiti na više načina:

- falsifikovanim putnim ispravama, odnosno falsifikovanim pasošem ili vizom;
- skrivanjem lica u tajne prostore prevoznih sredstava, tako što se na karoserijama vrše izvjesne izmjene koje omogućuju skrivanje lica i njihovo ilegalno transportovanje preko državne granice. Riječ je o prostorima tipa dupli zid, dno ili plafon, o posebnim pregradama u prtljažniku ili tovarnom sanduku, bunkerima i slično;
- korupcijom javnih službenika zaduženih za kontrolu prelaženja državne granice, pri čemu se migranti

nalaze u prevoznom sredstvu ili u njegovim tajnim prostorima;

- dovodjenjem u zabludu pripadnika službi za kontrolu prelaženja državne granice, najčešće prilikom grupnog prelaženja granice kolektivnim pasošem. Službenik usled žurbe, nemara ili rutinskog obavljanja poslova ne konstatuje da su u vozilu lica čiji podaci nisu uneseni u kolektivni pasoš;
- primjenom prinude prema pripadnicima službi za kontrolu prelaženja državne granice ili njima bliskih lica;
- na ostale “neobične i nesvakidašnje” načine.<sup>10</sup>

Krijumčarenje migranata van graničnog prelaza, takodje je moguće izvršiti na razne načine, u zavisnosti od načina i mjesta prelaska državne granice:

- na kopnu, državna granica se nekada ilegalno prelazi na samo nekoliko stotina metara od zvaničnog graničnog prelaza. Putnici u neposrednoj blizini graničnog prelaza skreću s puta i utvrđenim stazama, predvodjeni iskusnim vodičima, ilegalno prelaze granicu. Za to vrijeme njihovo prevozno sredstvo legalno prelazi granicu i na teritoriji susjedne zemlje čeka svoje “putnike”, ili ih tamo čeka strano vozilo. Često se ide i teško pristupačnim i prohodnim predjelima, uz korišćenje primitivnih transportnih sredstava: kolskih zaprega, konja, magaraca;
- preko vodenih površina, migrant se krijumčare tako što se izbjegavaju susreti s nadležnim vojnim ili policijskim snagama. Šablonsko i rutinsko obavljanje poslova graničnih službi krijumčarima pruža mogućnost da neopaženo predju državnu granicu. Plovila koja se često koriste za transportovanje žrtava stalno mijenjaju svoje nazive, registarske oznake i zastavu pod kojom plove. Državna granica se može preći plovnim objektom (splavom ili čamcem što je tipično za riječnu i jezersku plovību ili čamcem i

---

<sup>10</sup> Ibid, str. 9.

brodom što je tipično za prekookeanske i prekomorske plovidbe) ili plivanjem preko vodene površine (što je tipično za rijeke, jezera ili moreuze na moru);

- sredstvima vazdušnog saobraćaja, migrant se krijumčare do mjesta sa određenim površinama pogodnim za slijetanje sportskih ili poljoprivrednih letjelica. Najčešće su na djelovima teritorija koje su pod minimalnom kontrolom zemalja destinacije.

Pored ovih oblika, postoji i tzv. kombinovano krijumčarenje migranata pri čemu se granice nekih tranzitnih zemalja prelaze legalno, a drugih ilegalno.<sup>11</sup>

Krijumčarenje migranata je oblik transnacionalnog prekograničnog kriminala i predstavlja bezbjedonosni izazov kako za nacionalni, tako i međunarodni sistem bezbjednosti, posebno zbog njihovog načina vršenja. Migranti su nekada putovali po etapama i u svakoj etapi mijenjali su krijumčare i svakom od njih plaćali, a danas sve više migranata plaća za cjelokupno putovanje, vrši plaćanje kao za sve turističke aranžmane, što dokazuje postojanje mreže koja organizuje cjelokupno putovanje, odnosno, da te različite mreže tjesno saradjuju.<sup>12</sup> Krijumčarenje migranata predstavlja veoma unosan posao i prema procjenama Ujedinjenih Nacija, ono godišnje donosi promet od sedam milijardi dolara.

### **Trgovina ljudima kao oblik migracije**

Između fenomena migracija i trgovine ljudima, postoji sličnost ali i suštinska razlika. Naime, migracije mogu biti legalne i ilegalne. Ilegalne migracije ili krijumčarenje imigrantima predstavljaju omogućavanje ilegalnog ulaska u državu, lica koje nije državljanin, u cilju stvaranja profita. Ilegalnim ulaskom u zemlju odnos između krijumčara i ilegalnog migrant prestaje, za razliku od žrtve trgovca ljudima. Trgovina ljudima ima potpuno drugačiji sadržaj. Razlika između ova dva fenomena je u tome što kod migracija migrant

---

<sup>11</sup> Ibid, str. 9-10.

<sup>12</sup> po riječima A. Marakuti: Konsultantska kuća Altai koja saradjuje sa Međunarodnom organizacijom za migracije, <http://www.euractiv.rs> (preuzeto dana 06.01.2016.g.).

dobrovoljno učestvuju u postupku nezakonite migracije plaćanjem za krijumčarske usluge sa namjerom prelaženja granice, dok su kod trgovine ljudima žrtve prisiljene na teški oblik iskorišćavanja koji može, ali i ne mora, biti povezan sa prelaskom granice.

Danas je posebno izražena migracija, koja ujedno uzrokuje veliki demografski i ekonomski jaz između zapadne i zemalja istočne Evrope, Azije i Afrike, što je stvorilo određenu vrstu pritiska na stanovništvo da napuštaju svoju zemlju, ali i pritisak na zemlje zapadne Evrope da uvedu restriktivnu imigracionu politiku kojom bi ograničili ulaz u svoje zemlje. Ipak, imajući u vidu najnovija dešavanja, čini nam se da države članice Evropske Unije, ne mogu kontrolisati imigraciona kretanja, odnosno, mnogo se brzo kreće veliki broj ljudi, migranata koji izmiče kontroli države u koju migranti dolaze.

Migracioni procesi između istočnog i zapadnog svijeta, počeli su nakon promjene geopolitičke karte, jer se smatralo do tada, da tokom blokovske podjele svijeta na Istočni i Zapadni, fenomen migracija gotovo nije bio moguć. Nakon toga dolazi do migracijskih kretanja, odnosno bijega iz ekstremnog siromaštva i nezaposlenosti u zemlje Zapadne Evrope u cilju poboljšanja životnog standarda. Iako se govori o migracijskim procesima, ne može a da se ne pomene veza između migracija i trgovine ljudima. Veza između ova dva fenomena postoji. Ilegalni migranti spadaju u visokorizične grupe da postanu žrtve trgovaca ljudima, a naročito žene i djeca, kao posebno ranjive kategorije. Jedna od najvećih promjena u migracionim procesima je, što je danas sve veći broj žena koje migriraju za razliku od ranijeg perioda kada su migrant uglavnom bili muškarci.

Ilegalni migranti predstavljaju rizičnu grupu lica, jer se nalaze u državi bez ličnih dokumenata, legalnih papira o boravku, radnih dozvola i sl., zbog čega su pogodni da postanu žrtve eksploatacije.

Trgovina ljudima i krijumčarenje migranata ozbiljna su prijetnja razvoju, vladavini prava, ljudskoj bezbjednosti, jer predstavljaju organizovane forme ilegalnih migracija, koje

pokazuju permanentno rastući trend, jer obezbjeđuju visok profit a nose nizak ili neznatan rizik.<sup>13</sup>

Putevi krijumčarenja ljudi prepliću se sa putevima trgovaca ljudima, što se opravdava činjenicom da se ljudima trguje i krijumčari gotovo iz istih razloga – zbog ekonomskih prilika, potrage za boljim životom i zaradom. Ekonomska nejednakost uvijek je uticala na migraciju, odnosno trgovinu ljudima i krijumčarenje ljudi. Danas su sve više radne migracije razlog prelaska granice u potrazi za boljim životom, ali i potražnja za jeftinom random snagom, podstiče različite oblike migracija, što je od uticaja na porast trgovine ljudima, u gotovo svim djelovima svijeta. Trgovina ljudima poprima globalne razmjere i mogli bismo reći, jednako pogadja zemlje porijekla, tranzita i zemlje konačne destinacije migranata i ona je samo jedan od oblika ilegalnih migracija, pod uslovom da se prelazi državna granica i kao takva ona je znatno uža kategorija od ilegalnih migracija.<sup>14</sup>

Žrtve trgovine ljudima su ilegalni migranti i mora im se pružiti pomoć kao žrtvama krivičnih djela. Ilegalni migrant je širi pojam od žrtve trgovine ljudima, on ne podrazumjeva eksploataciju, prinudu ili nasilje, već je cilj ilegalnih migracija bolji uslovi života, standard, zarada, posao, za razliku od trgovine ljudima. Žrtve krijumčarenja su najčešće najranjivije kategorije stanovništva – žene i djeca.

### **Pravni, institucionalni okvir u Crnoj Gori od značaja za migracije/krijumčarenje**

Spriječavanje i suzbijanje krijumčarenja migranata moguće je kroz utvrđivanje konkretnih mjera, kroz pravni, institucionalni okvir. Ukazaćemo samo na pojedine zakone koji se odnose na regulisanje pitanja od značaja za migracije/ilegalne migracije u Crnoj Gori:

- Zakon o strancima („Sl. list CG“, broj 56/14 i 28/15), kojim se uređuju uslovi za ulazak, kretanje

---

<sup>13</sup> S. Mijalković, G. Bošković, Ilegalne migracije – pojam i vidovi manifestovanja, Policijsko – kriminalistička akademija, Beograd, 2006.g., str. 173.

<sup>14</sup> M. Bošković, Z. Skakavac, Organizovani kriminalitet, karakteristike i pojavnici, Novi Sad, 2009.g., str. 316.

i boravak stranaca na teritoriji Crne Gore i određivanje broja – kvota radnih dozvola za strance;

- Zakon o crnogorskom državljanstvu („Sl. list CG“, broj 13/08, 40/10, 28/11, 46/11 i 20/14), kojim su propisani uslovi za prijem u crnogorsko državljanstvo i gubitak crnogorskog državljanstva;
- Zakon o azilu („Sl. list CG“, broj 45/06 i 40/11), propisuje uslove za davanje azila i priznavanje statusa izbjeglica;
- Zakon o centralnom registru stanovništva („Sl. list CG“, broj 49/07, 41/10 i 40/11), utvrđuje sadržinu centralnog registra, razmjenu, vodjenje, održavanje, čuvanje i korišćenje podataka koji se odnose na stanovništvo Crne Gore;
- Zakon o putnim ispravama („Sl. list CG“, broj 21/08, 25/08, 40/11 i 39/13), propisuje postupak izdavanja putne isprave i prestanak važnosti putne isprave;
- Zakon o graničnoj kontroli („Sl. list CG“, broj 72/09, 20/11, 40/11 i 39/13), obuhvata nadzor državne granice u cilju spriječavanja i otkrivanja krivičnih djela koja se vrše, a od uticaja su na bezbjednost državne granice;
- Krivični zakonik („Sl. list RCG“, broj 70/03 ... „Sl. list CG“, broj 40/08 ... 42/15), u kojem se inkriminiše krivično djelo nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi – član 405.  
Ovo krivično djelo glasi:

„(1) Ko bez propisane dozvole predje ili pokuša da predje granicu Crne Gore, naoružan ili upotrebom nasilja,

kazniće se zatvorom do jedne godine.

(2) Ko se bavi nedozvoljenim prebacijavanjem drugih lica preko granice Crne Gore ili ko iz koristoljublja omogućava drugom nedozvoljen prelaz granice ili nedozvoljen boravak ili tranzit,

kazniće se zatvorom od tri mjeseca do pet godina.

(3) Ako je djelo iz stava 2 ovog člana učinjeno od strane više lica na organizovan način, zloupotrebom službenog položaja ili na način kojim se ugrožava život ili zdravlje lica čiji se nedozvoljeni prelaz granice, boravak ili tranzit omogućava ili je krijumčaren veći broj ljudi,

učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do deset godina.

(4) Sredstva namijenjena ili upotrijebljena za izvršavanje djela iz st. 1. do 3. ovog člana oduzeće se“.

Neregularne migracije za sada u Crnoj Gori imaju tranzitni karakter prema zemljama Evropske Unije i uglavnom se radi o ekonomskim migrantima.<sup>15</sup>

### **Koje mjere preduzeti u cilju sprječavanja krijumčarenja migranata – de lege ferenda**

Migracije ne poznaju granice, pa se stoga saradnja država mora stalno unapređivati, ne samo unutar zemalja Evropske Unije, već znatno šire, sa tranzitnim zemljama, međunarodnim organizacijama, u nastojanju da se suzbije krijumčarenje migranata i u namjeri vraćanja migranata koji nemaju pravo na boravak u Evropskoj Uniji, njihovim matičnim zemljama. U cilju uspješnije borbe protiv krijumčarenja migranata morskim putem, trebalo bi preduzeti mjere u cilju potpune identifikacije, zaplijene i uništenja plovniha objekata namjenjenih krijumčarenju, nakon što se osigura sigurnost ljudi koji se nalaze na njima.

Jedna od mjera koja utiče na suzbijanje ove negativne društvene pojave je i oduzimanje imovinske vrijednosti stečene vršenjem ovih djela, odnosno zaplijena nezakonito stečene imovine. Kolika je vrijednost stečene imovine utvrdilo bi se sprovođenjem finansijskih istraga, kroz utvrđivanje količine novca u bankama, kroz kreditne transfere i stanje na kreditnim karticama.

Prikupljanje informacija putem informatičkih sredstava i njihova razmjena o kretanju, rutama krijumčarskih mreža, koje se povezuju i sa trgovinom ljudima, kao i razmjena informacija o falsifikovanim putnim ispravama, neke su od mjera kojima se utiče na suzbijanje ilegalne migracije.

Preduzimanje strožih mjera protiv zapošljavanja migranata, takodje predstavlja jednu od mjera kojima bi se uticalo na smanjenje ilegalnih migracija, obzirom da su osnovni motivi migranata, odlasci iz svoje matične zemlje u drugu, tuđu zemlju u kojoj se očekuje veća zarada i obezbjeđenje boljeg životnog standarda. Ove mjere podrazumjevaju stalne inspeksijske kontrole zaposlenih u

---

<sup>15</sup> I. Lukšić, potpredsjednik Vlade i ministar vanjskih poslova i evropskih integracija, Luksemburg, 05.09.2015. godine.



sektorima koji su najviše izloženi nezakonitom zapošljavanju – kućni poslovi, usluge dostave hrane i pića, gradjevinarstvo, hortikultura isl.

Važno je da se uspostavi saradnja sa zemljama u tranzitu preko kojih prolaze grupe krijumčarenih migranata i u tom cilju treba podsticati da i one postanu potpisnice Konvencije Ujedinjenih Nacija o transnacionalnom organizovanom kriminalu i Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom, što je uslov za usaglašavanje zakonodavstva sa odredbama Konvencije i Protokola. Treba stalno raditi na jačanju regionalne saradnje u cilju razvijanja strategije protiv krijumčarenja migranata, uz uspostavljanje zajedničkih graničnih kontrola, povećane sigurnosti identifikacije izdatih putnih isprava i uspostavljanje upravljanja granicama u cilju prikupljanja, analize i razmjene podataka koje se odnose na krijumčarene migrante, između zemlje porijekla, tranzitne i zemlje odredišta. U cilju spriječavanja i onemogućavanja ilegalnih prelaza granica, od posebnog značaja je da se intenziviraju policijska i carinska kontrola granica između susjednih država, da se pojača inspekcijski, carinski i policijski nadzor, kroz Regionalnu inicijativu za migracije, azil i izbjeglice (MARRI).

### **Zaključak**

Migracije se smatraju jednim od najznačajnijih pitanja današnjice, posebno ako se ima u vidu, da je danas, mnogo više nego u ranijoj istoriji, stanovništvo u svijetu izloženo većim pomjeranjima. Potraga za boljim životom uslovlila je da migracije često dobijaju svoj drugi oblik – da iz legalnih prelaze u ilegalne migracije, a krijumčarenje migranata danas postaje sve unosniji posao i predstavlja oblik organizovanog kriminala.

Krijumčarenje migranata u uslovima globalne ekonomske krize, predstavlja izvor značajnog profita za pripadnike organizovanih kriminalnih grupa, s jedne strane, a s druge strane, uslovi pod kojima se odvija ta djelatnost predstavlja uglavnom krajnje nehumano postupanje kojim se ugrožavaju osnovna ljudska prava migranata. Često, krijumčareni migranti postaju žrtve trgovine ljudima.



Porast ilegalnih migracija uz okolnost da kriminalne grupe u ovoj oblasti vide potencijalan izvor dobre zarade, transportovanje i prebacivanje preko državnih granica u krajnje ponekada nehumanim uslovima, nalazi svoj normativni izraz u mnogobrojnim nacionalnim i međunarodnim dokumentima. Najznačajniji međunarodni pravni akt je Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnenim, morskim i vazdušnim putem. U preambuli Protokola, države – strane u protokolu izjavljuju da djelotvorna akcija na spriječavanju i borbi protiv krijumčarenja migranata kopnenim, morskim i vazdušnim putem zahtijeva sveobuhvatan i temeljni međunarodni pristup, uključujući saradnju, razmijenu informacija i druge odgovarajuće mjere, kao i društveno – ekonomske mjere na nacionalnom, regionalnom i međunarodnom nivou.

Krijumčarenje migranata kao pojavni oblik transnacionalnog kriminala, predstavlja izazov kako za nacionalnu tako i za širu, međunarodnu bezbjednost, zbog čega se moraju nalaziti mehanizmi za njihovo suzbijanje, otkrivanje i spriječavanje.

### **Rezime**

Migracije stanovništva stare su koliko i čovječanstvo, ali su se različito ispoljavale – kao napuštanje svoje zemlje porijekla i odlazak u druge države u potrazi za boljim životom i zaposlenjem. Migracije predstavljaju globalan fenomen koji uključuje široko područje zemalja porijekla, zemalja tranzita i zemalja konačnog odredišta. Mogu se podijeliti na dobrovoljne – zaposlenje, školovanje i sl. i prinudne – zbog prirodnih katastrofa, one koje su posljedica različitih vrsta progona. Međutim, problem je krijumčarenje migranata koje postaje danas sve unosniji posao, koji sve više predstavlja krijumčarenje ljudi, odnosno trgovinu ljudima, jer svaki ilegalni migrant predstavlja lak plijen ne samo krijumčara već i trgovaca ljudima. Zato je posebno značajno da se u borbi protiv ove negativne pojave postojeći pravni okviri stalno preispituju i poboljšavaju.

Ključne riječi: migracije, ilegalne migracije, krijumčarenje ljudi, trgovina ljudima, normativno – pravni okvir, spriječavanje i suzbijanje.

### **Summary**

Migrations of the population are as old as humanity, but they were manifested differently - as leaving your country of origin and departure in other countries in search of better life and employment. Migrations represent a global phenomenon that includes wide area of countries of origin, countries of transit and countries of final destination. They can be divided into voluntary - employment, education ecc, and compulsory - because of natural disasters, which are the consequence of different types of persecution. However, the problem is smuggling of migrants which is becoming more and more profitable business today, that represents smuggling of people, human trafficking, because each illegal migrant represents small booty not only of a smuggler but of traffickers too. This is the reason why is especially important that in struggle with this negative phenomenon the existing legal frameworks are constantly being reviewed and improved.

Key words: migrations, illegal migrations, smuggling of people, human trafficking, normative legal framework, prevention and suppression.

**Doc. dr Darko RADULOVIĆ<sup>1</sup>**

## **IZRICANJE I IZVRŠENJE NOVČANE KAZNE I SUPLETORNI ZATVOR**

1. Novčana kazna u sistemu krivičnih sankcija predstavlja jednu od najstarijih kazni. Preteča novčane kazne je kompozicija prema kojoj je učinilac bio dužan da oštećenom ili njegovoj porodici plati određenu sumu novca, odnosno neku drugu vrijednost zbog učinjenog krivičnog djela, čime su se neutralisali osvetnički motivi oštećenog, odnosno njegove porodice. Država od toga nije imala nikakve koristi, nego je više nastupala u ulozi posrednika. Kasnije, razvojem društvenih i ekonomskih odnosa, novčana kazna se diferencira od kompozicije i postepeno dobija fiskalni karakter, u smislu da se jedan dio naknade plaća oštećenom, a drugi državi i postaje izvor državnih prihoda. U literaturi je zabilježeno da su već u šestom vijeku kod germanskih naroda postojale dvije novčane kazne-jedna se izricala u korist oštećenog, a druga u korist države.<sup>2</sup>

Krajem osamnaestog vijeka novčana kazna gubi fiskalni karakter i postaje sredstvo u borbi protiv kriminaliteta, ali uvođenjem kazni lišenja slobode, ona za određeni period biva potisnuta, da bi krajem devetnaestog vijeka ponovo u sistemu krivičnih sankcija zauzela značajno mjesto, posebno pogodna kao alternativa kratkotrajnoj kazni lišenja slobode. Kazna lišenja slobode koja je i sama nastala kao alternativa srednjevjekovnim surovim kaznama (smrtna kazna i tjelesne kazne) i na kojoj danas počiva savremeno krivično pravo sve je manje u mogućnosti da odgovori savremenim izazovima koji se pred krivično pravo postavljaju.<sup>3</sup> Danas novčana kazna ima svije autonomno mjesto u sistemu krivičnih sankcija i na nju

---

<sup>1</sup> Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore - Podgorica

<sup>2</sup> V.Kambovski, Kazneno pravo, Opšt del, Skopje 2006., 677.

<sup>3</sup> Z.Stojanović, „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, zbornik „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, Zlatibor 2009., 13.

se više ne gleda samo kao na alternativu kratkotrajnim kaznama lišenja slobode.<sup>4</sup> Na drugoj strani, nisu usamljena mišljenja koja novčanu kaznu vide i kao pogodno sredstvo za zamjenu ili ograničenje primjene parapenalnih mjera, posebno uslovne osude, jer iskustva sa nerepresivnim mjerama nisu ohrabrujuća pošto njihova primjena na planu suzbijanja ili smanjenja recidivizma nije dala očekivane rezultate. U dosta širokom krugu delinkventne populacije svaka vrsta nerepresivne mjere koja treba da djeluje samo snagom svoje moralne osude, ne može imati većih efekata.<sup>5</sup> Nisu rijetki slučajevi kada nekom bude izrečena uslovna osuda (a ona je najzastupljenija u sudskoj praksi), a posebno sudska opomena, da on to često doživljava kao društveno tolerisanje njegovog kršenja jedne pravne zapovijesti, dok kad je riječ o novčanoj kazni to nije slučaj, nego novčanu kaznu ipak doživljava kao ispaštanje koje će ga navesti da razmišlja o svom budućem ponašanju.<sup>6</sup> Ovakvo stanje kaznene politike vjerovatno je bio razlog da je republički javni tužilac Srbije 22.05.2009.godine izdao obavezno uputstvo A-147/09 gdje navodi da je potrebno izjaviti žalbu na presudu kojom je izrečena uslovna osuda zbog odluke o kazni.<sup>7</sup>

2. Novčana kazna je po svojoj prirodi sankcija imovinskog karaktera uperena protiv imovine učinioca krivičnog djela i sastoji se u obavezi učinioca da u korist države uplati određeni novčani iznos. Po nekim mišljenjima izricanjem novčane kazne između učinioca krivičnog djela i društva-države stvara se obligacioni odnos u kojem se država pojavljuje kao povjerilac, a učinilac djela kao dužnik.<sup>8</sup> Drugi ističu da je u pitanju javnopravna kazna u vidu uplate određenog iznosa novca u korist države, a ne obligacija i ne

---

<sup>4</sup> Z.Stojanović, *Krivično pravo*, Podgorica 2008., 280.

<sup>5</sup> D.Radovanović, *Čovjek i zatvor*, Beograd 1992.,63.

<sup>6</sup> J.Čirić, „Novčana kazna“, zbornik „Utvrdjivanje činjeničnog stanja, izricanje i izvršenje krivičnih sankcija“, Beograd 1998., 178.

<sup>7</sup> J.Kiurski, „Alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije i standardi evropske unije“, zbornik „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi evropske unije“, Zlatibor 2010., 81.

<sup>8</sup> D.Jovašević, „Primena novčane kazne u suzbijanju kriminaliteta“, zbornik „Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet“, Banja Luka 2014., 296.; LJ.Lazarević i drugi, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*,Tivat 2010.,125.

može se prenijeti na drugog i naslijediti,<sup>9</sup> niti se može odrediti u nekoj drugoj vrijednosti, kao što je, naprimjer plaćanje obveznicama, imovinom, nekim skupocjenim predmetima i slično.<sup>10</sup>

3. Kao pogodna alternativa kazni lišenja slobode, naročito kad je riječ o kratkim kaznama lišenja slobode koje su odavno kamen spoticanja, ona ima određene prednosti, pa je pogodna ne samo za lakša krivična djela, nego i za srednje teški kriminalitet. Osuđeni se ne izdvaja iz sredine u kojoj živi i radi, odnosno iz porodice, što je najznačajnije, ne gubi radno mjesto, ne dolazi u moguće iskušenje kriminalizacije u zatvorskoj zajednici, u pogledu proporcionalnosti jedna je od najpogodnijih mjera za individualizaciju i slično.<sup>11</sup>

Bez obzira na sve, njene prednosti u odnosu na kaznu zatvora, ona trpi i određene kritike. Osnovni prigovor je da je ona isključivo retributivnog karaktera, da nema nikakav vaspitni tretman prema učiniocu krivičnog djela, te da ne pogađa samo učinioca krivičnog djela, nego i njegovu porodicu, da ona nejednako pogađa bogate i siromašne i slično. Neke od ovih primjedbi se ne mogu prihvatiti ili se samo djelimično mogu prihvatiti. Tvrdnja da novčana kazna pogađa ne samo učinioca lično, nego i njegovu porodicu, u komparaciji sa kaznom zatvora, samo je djelimično tačna, jer i zatvorskom kaznom i te kako može da bude pogođena i porodica i u materijalnom smislu, pogotovo ako je osuđeni jedini izdržavalac porodice. Jer u uslovima velike nezaposlenosti, kazna zatvora, pa makar i kratkotrajna, za učinioca, pa i njegovu porodicu, može značiti vrlo značajan materijalni gubitak.<sup>12</sup>

U literaturi se mogu naći mišljenja da je novčana kazna kontraproduktivna, pogotovo u slučaju ako učinilac čini još više delikata da bi prikupio sredstva za plaćanje novčane kazne ili ako čak i porodica nastoji da prikupi novac za novčanu kaznu da bi pomogla učiniocu u plaćanju novčane

---

<sup>9</sup> V.Kambovski, 677.

<sup>10</sup> M.Babić, I.Marković, Krivično pravo,opšti dio, Banja Luka 2009., 377.

<sup>11</sup>S.Roxin, „Da li krivično pravo ima budućnost“, JRKK br.3, Beograd 1990., 12.; D.Lazarević, Kratkotrajna kazna zatvora, Beograd 1974., 115.

<sup>12</sup> J.Ćirić, 180.

kazne, čime slabi učinak koji bi trebalo da se ispuni plaćanjem novčane kazne.<sup>13</sup>

Bez obzira na sve kritike koje se upućuju novčanoj kazni, činjenica je da je ona u savremenom zakonodavstvu široko prihvaćena, a u nekim zemljama nailazi na široku primjenu u sudskoj praksi i po ocjeni u teoriji, predstavlja sankciju budućnosti.<sup>14</sup> Tako, naprimjer, od ukupno izrečenih kazni, procenat izrečenih novčanih kazni u Austriji je 73%, u Njemačkoj 82,5%, u Japanu nevjerovatnih 97%.<sup>15</sup>

4. Kako obezbijediti da novčana kazna bude u skladu sa principom pravičnosti, da jednako pogađa i siromašnog i bogatijeg učinioca, da ne bude obezvrijeđena promjenom vrijednosti valute i inflatornim udarima, kakvih je kod nas bilo u ne tako davnoj prošlosti i slično, su pitanja koja se postavljaju pred zakonodavca.

U cilju iznalaženja najpovoljnijih rješenja u savremenom zakonodavstvu izgrađeni su različiti sistemi propisivanja i odmjeravanja novčane kazne. Najstariji sistem jeste sistem fiksnih iznosa po kojem se novčana kazna propisuje i izriče u određenom novčanom iznosu u okviru zakonom propisanog minimuma i maksimuma. Ovaj sistem ima prednosti u praktičnoj primjeni jer je jednostavan u primjeni, a u skladu je i sa načelom zakonitosti krivičnog djela i kazne, kao i sa opštim osnovima za odmjeravanje kazne.<sup>16</sup>

Ako bi se kod odmjeravanja novčane kazne u obzir uzele samo okolnosti koje se uzimaju u obzir kod odmjeravanja ostalih krivičnih sankcija, onda se ne bi udovoljilo zahtjevima pravičnosti. Zato zakonodavstva koja poznaju ovaj sistem izricanja novčane kazne propisuju da se prilikom njenog odmjeravanja uzima u obzir imovno stanje učinioca djela, koje se u praksi (bar kad je riječ o našoj sudskoj praksi) uzima onako kako se učinilac izjasni o svom imovnom stanju. Favorizovanje imovnog stanja na račun opštih osnova za

---

<sup>13</sup> A.Kurtović -Mišić i drugi, „Novosti u propisivanju, izricanju i izvršenju novčane kazne“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2/2009., 654.

<sup>14</sup> S.Roxin, 12.

<sup>15</sup> P.Novoselec, „Sistem sankcija, alternative kazni zatvora i ljudska prava“, Zbornik “ Prava čovjeka i savremena kretanja u kriminalnoj politici“, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 1989., 96.

<sup>16</sup> F.Bačić, Kazneno pravo, opći dio, Zagreb 1998., 402.

odmjeravanje kazne, uključujući posebno stepen krivice, te težinu povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra, prema nekim mišljenjima, udovoljava zahtjevu pravičnosti, ali narušava načelo legaliteta u fazi odmjeravanja kazne.<sup>17</sup> Izricanje novčane kazne koja bi bila primjerena imovinskim prilikama učinioća zahtjeva vođenje računa o broju članova porodice, zdravstvenom stanju u porodici, starosnoj dobi u porodici, rashodima za školovanje djece i slično.<sup>18</sup> Bitno je naglasiti da imovno stanje nije stanje koje bi se moglo dovesti u vezu sa izvršenim krivičnim djelom, već je to stanje u kome se nalazi učinilac krivičnog djela u momentu kada mu se odmjerava novčana kazna.

U traganju za sistemom koji bi otklonio nedostatke prethodnog sistema, došlo se do sistema dani-novčana kazna, koji se prvi put kao predlog švedskog profesora Thyrena pojavio u projektu reforme švedskog Krivičnog zakonika od 1916.godine, ali je legalizovan prvo u Francuskoj 1921.godine, a potom u Švedskoj 1931.godine i Danskoj 1939.godine. Osnovna ideja koja se ovim sistemom htjela ostvariti jeste jednakost učinilaca krivičnih djela pred zakonom i njihovo nejednako novčano kažnjavanje s obzirom na nejednaka imovna stanja.<sup>19</sup> Po ovom modelu izricanje novčane kazne je dvofazno. Prvo se po opštim pravilima o odmjeravanju kazne utvrđuje broj dana novčane kazne, a potom se utvrđuje iznos jednog dana novčane kazne. Množenjem broja dana novčane kazne sa iznosom jednog dana novčane kazne dobija se visina novčane kazne. Uvođenje ovog sistema pratilo je niz pitanja postavljenih u teoriji, na koja je trebalo dati odgovore, počev od pitanja, da li je taj sistem zaista pravičniji u odnosu na sistem fiksnih iznosa, kako u praksi doći do podataka o imovnom stanju, kako doći do iznosa jednog dana novčane kazne i slično.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup>M.Vešović, „Prilog rešavanju pitanja regulisanja novčane kazne u našem krivičnom zakonodavstvu“, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo 1985., 29.

<sup>18</sup>I.Marković, „Alternative kazni zatvora u krivičnom zakonodavstvu BiH“, RKK 3/2004., 126.

<sup>19</sup>N.Srzentić, A. Stajić, LJ.Lazarević, Krivično pravo, opšti dio, Beograd 1994.,362.

<sup>20</sup>M.Đorđević, „Reforma sistema kazni i mjera bezbjednosti u funkciji suzbijanja kriminaliteta“, zbornik „Aktuelni problemi suzbijanja kriminaliteta“, Beograd 1993.; Z.Stojanović, 2008; M.Babić, I.Marković,



U praktičnoj primjeni ovog sistema može da dođe do određenih poteškoća, počev od pitanja kako utvrditi prihode učinioca u momentu odmjeravanja kazne. To zavisi od mnogo faktora van krivičnog postupka, počev od poreskog sistema u određenoj zemlji, načina utvrđivanja, provjeravanja i evidentiranja pojedinih vrsta prihoda, organizacije određenih službi i niza drugih okolnosti od značaja za određivanje vrijednosti jednog dana novčane kazne.

5. Sličan ovom sistemu jeste sistem „prosječnih ličnih dohodaka“ koji se sastoji u izražavanju novčane kazne i njenom odmjeravanju u prosječnim ličnim dohocima, a on se može pojaviti u dva oblika. Jedan se odnosi na prosječni lični dohodak učinioca krivičnog djela, a drugi na prosječni lični dohodak u državi, republici, administrativnoj oblasti i slično. Ovaj sistem je prihvaćen u Krivičnom zakoniku Ruske federacije, prema kome novčana kazna može da iznosi prosječan lični dohodak okrivljenog za vrijeme od dvije nedelje do jedne godine, s tim da u obzir dolaze i druga primanja okrivljenog.<sup>21</sup>

Svaki od navedenih sistema ima prednosti i nedostatke, pa savremena zakonodavstva u nastojanju da sintetizuju prednosti pojedinačnih sistema tragaju za novim modelima uvođenjem mješovitog modela propisivanja i odmjeravanja novčane kazne. Pri tome se kao primarni uvodi jedan sistem, a drugi kao supsidijarni. Tako, naprimjer, kao paralelni sistemi dani-novčana kazna i novčana kazna u fiksnim iznosima prisutni su u zakonodavstvu Srbije, BiH, Francuske, Švedske, Finske, Danske. Sistem dani-novčana kazna kao jedini sistem prihvaćen je u Sloveniji, Hrvatskoj, Njemačkoj, Austriji, dok je Italija zadržala stari sistem novčane kazne u fiksnim iznosima.<sup>22</sup>

---

Krivično pravo, opšti dio, Banja Luka 2009; P.Novoselec, Sustav dani-novčana kazna i njegova primjena u hrvatskom krivičnom pravu, Hrvatska pravna revija 6/2005; V.Grozdanić, „Kazne-nova rješenja u kaznenom zakonu i njihova provedba u sudskoj praksi“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2/2000.

<sup>21</sup> J.J.Skuratov, V.M.Lebedev, Komentarij k ugotovnom kodeksu Ruskoj federaciji, Izdateljskaja grupa INFRA.M-NORMA, Moskva 1996.

<sup>22</sup> A.Kurtović-Mišić, 653.



6. Mješoviti sistem je prihvaćen i u Krivičnom zakoniku Crne Gore, pri čemu je kao primarni određen sistem fiksnih novčanih iznosa (čl.39), a kao supsidijarni sistem izricanja novčane kazne u dnevnim iznosima (čl.40). U članu 39.st.1 određen je jedan opšti minimum novčane kazne (dvjesta eura) i dva opšta maksimuma (dvadeset hiljada eura, odnosno sto hiljada eura za krivična djela učinjena iz koristoljublja).

Novčana kazna u Krivičnom zakoniku Crne Gore propisana je kao paralelna kazna sa kaznom zatvora za 147 krivičnih djela, a kao jedina kazna propisana je za tri krivična djela (Iznošenje ličnih i porodičnih prilika, Povreda ugleda naroda, manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica, Povreda ugleda strane države ili međunarodne organizacije).

U Krivičnom zakoniku u posebnom dijelu kod pojedinih krivičnih djela propisan je posebni minimum i maksimum kazne zatvora, ali kad je u pitanju novčana kazna nije propisan posebni minimum i maksimum izuzev slučajeva gdje je za krivično djelo propisana samo novčana kazna, pa je zakonodavac u članu 39.st.2 uveo jednu novinu tzv. raspone novčane kazne vezane za težinu krivičnog djela izraženu visinom zapriječene kazne zatvora uz koju je paralelno propisana i novčana kazna. U tom smislu novčana kazna kao glavna kazna izriče se u sledećim iznosima: 1) do dvije hiljade eura za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do tri mjeseca, 2) od četiri stotine do četiri hiljade eura za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do šest mjeseci, 3) od šest stotina do osam hiljada eura za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do jedne godine, 4) od osam stotina do šesnaest hiljada eura za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do dvije godine, 5) najmanje hiljadu i dvije stotine eura za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do četiri godine, 6) najmanje hiljadu i dvije stotine eura za krivična djela za koja je kao jedina kazna propisana novčana kazna.

7. Iako je zakonodavac u članu 42 st.2 KZ ustanovio pravilo da će pri odmjeravanju kazne sud posebno uzeti u obzir imovno stanje učinioca, uvođenjem pravila iz čl.39.st.2 KZ tj.vezivanjem visine kazne za težinu krivičnog djela ovo pravilo je, u dobroj mjeri devalvirano.

Prihvatanjem ovakvog sistema izricanja novčane kazne, po mišljenju nekih autora, može se tumačiti samo ocjenom zakonodavca da su do sada izricane blage kazne i da je neophodno da se na ovaj način sudovi prinude da izriču novčane kazne u većim iznosima.<sup>23</sup>

Treba naglasiti da je i zakonodavac propisujući novčanu kaznu za određena krivična djela imao u vidu težinu krivičnog djela, pa je za neka izrazito laka propisao samo novčanu kaznu (naprijed tri navedena krivična djela), a za neka malo teža ili srednje teška paralelno je propisao novčanu kaznu i kaznu zatvora i to upravo prvo novčanu kaznu, potom kaznu zatvora. Da li je zakonodavac ovakvim propisivanjem usmjerio redosljed pri izricanju odgovarajuće kazne, da li je novčana kazna „primarnija“<sup>24</sup> od kazne zatvora pri izboru odgovarajuće kazne, jeste pitanje za širu diskusiju. Mislimo da se ovdje ne može govoriti o „primarnijoj“ kazni i da je sud slobodan po pitanju izbora kazne rukovodeći se pravilima o odmjeravanju kazne.

Pravilo je da se novčana kazna izriče za krivična djela za koja je propisana. Međutim, u čl.39.st.3 predviđen je izuzetak od tog pravila pa se ona kao sporedna može izreći za krivična djela učinjena iz koristoljublja i kad nije propisana zakonom ili kad je zakonom propisano da će se učinilac kazniti kaznom zatvora ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora. Ovakva odredba ima opravdanja budući da zakonodavac ne može unaprijed predvidjeti koje djelo može da bude izvršeno iz koristoljublja da bi za njega propisao novčanu kaznu, a ta pobuda (koristoljublje) učinioca treba da bude sankcionisana i kroz njegovu imovinsku sferu. Koristoljublje (pobuda ili namjera pribavljanja koristi) ne mora da bude zakonsko obilježje djela da bi se izrekla sporedna novčana kazna. Dovoljno je da je to djelo motivisano koristoljubljem, ili da učinilac njegovim izvršenjem ostvaruje ili pribavlja imovinsku korist (naprimjer kod krivičnog djela prikrivanja-čl.256 KZ ili nedozvoljene trgovine-čl.284 KZ). Valja naglasiti da se u ovom slučaju kada se izriče kao sporedna kazna primjenjuje opšti minimum i maksimum ove kazne, a ne

---

<sup>23</sup> LJ.Lazarević i drugi, 124.

<sup>24</sup>Termin „primarnija“ koristi prof.Škulić, vidi M.Škulić, „Alternativne krivične sankcije“, Zbornik“ Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalit“, Banja Luka 2014., 245-273.

ograničenja iz čl.39.st.2, što znači da bi se mogla izreći novčana kazna ispod minimuma propisanih u stavu 2 člana 39, što se u literaturi ocjenjuje kao nelogično s obrazloženjem da se upravo kod djela učinjenih iz koristoljublja primjena teže novčane kazne, pa i kao sporedne čini opravdanom.<sup>25</sup>

U teoriji je bilo sporno da li je moguće novčanu kaznu izreći i kao glavnu i kao sporednu. Tu dilemu riješio je zakonodavac propisujući (čl.39.st.4) da će sud ukoliko za krivična djela učinjena u sticaju utvrdi novčanu kao glavnu kaznu, a utvrdi i novčanu kaznu kao sporednu izreći jednu kaznu shodno pravilima o odmjeravanju kazne za krivična djela u sticaju (čl.48 KZ) tj.primjenom principa kumulacije.

8. Drugi sistem, novčana kazna u dnevnim iznosima predviđen je u čl.40 KZ gdje se novčana kazna po ovom sistemu može izreći ukoliko je moguće utvrditi prihode i rashode učinioca krivičnog djela. Broj dnevnih iznosa ne može biti manji od deset, niti veći od trista šezdeset dana, a odmjerava se shodno opštim pravilima o odmjeravanju kazne. Visina dnevnog iznosa novčane kazne utvrđuje se dijeljenjem razlike između prihoda i nužnih rashoda učinioca krivičnog djela u protekloj kalendarskoj godini sa brojem dana u godini, s tim da jedan dan novčane kazne ne može biti manji od pet eura, niti veći od hiljadu eura. Do iznosa novčane kazne sud će doći množenjem odmjeranog broja dnevnih iznosa sa utvrđenom vrijednošću jednog dnevnog iznosa. Ovaj sistem obezbjeđuje da se učiniocima istog krivičnog djela uz približno iste druge okolnosti koje se cijene kod odmjeravanja kazne, ali različitog imovnog stanja izreknu različiti iznosi novčane kazne.

Međutim, osnovni problem u primjeni ovog sistema jeste kako egzaktno u našim uslovima utvrditi prihode učinioca, bez obzira što je zakonodavac u stavu 5 člana 40 KZ anticipirao da sud, radi utvrđivanja vrijednosti novčanog iznosa može da zahtjeva podatke od banaka i drugih finansijskih institucija, državnih organa i pravnih lica koji su dužni da dostave tražene podatke i ne mogu se pozivati na zaštitu poslovne i druge tajne. Osim toga, formalna slika primanja i imovine gotovo svakog pojedinca, danas je bitno drugačija od stvarnog stanja i

---

<sup>25</sup> LJ.Lazarević i drugi, 124.

obima prihoda koje pojedinac ostvaruje. Računovodstveno veliki broj zaposlene populacije, naročito u privatnom sektoru, prima zagarantovani lični dohodak ili malo iznad toga, a u stvarnosti putem različitih „davanja“ ostvaruje znatno viši prihod. Da ne govorimo o pojavi da se često iza formalnopravnih vlasnika firmi kriju sasvim druga lica.

U KZ nije rečeno koji je od ova dva sistema primarni, a koji supsidijarni, ali imajući u vidu redosljed kojim su u KZ regulisani (čl.39 i čl.40), kao i odrednicu u čl.40 „kada je moguće utvrditi prihode i rashode učinioca“, onda se može zaključiti, da je sistem fiksnih iznosa primaran, a sistem dnevnih iznosa supsidijaran.<sup>26</sup>

Činjenica da u našim sudovima još nije izrečena ni jedna novčana kazna u dnevnim iznosima dovoljno govori sama za sebe kada je u pitanju spremnost za njegovu primjenu. No, to ne znači da ovaj sistem treba brisati, nego kao i svakom novom institutu treba mu dati šansu da se afirmiše.

9. Naprijed smo naveli podatke o širokoj primjeni novčane kazne u sudskoj praksi nekih zemalja. U kom obimu se novčana kazna primjenjuje u praksi sudova u Crnoj Gori prikazaćemo u sledećoj tabeli.

Pregled broja izrečenih novčanih kazni u osnovnim sudovima u Crnoj Gori za period 2011 - 2013. g.

Osnovni sud	Ukupno osudj. presuda	Broj novčanih kazni	%	Broj uslovnih osuda	%	Broj zatvorskih kazni	%
Bar	1000	24	2,24	625	62,81	356	34,95
Berane	761	195	24,40	269	34,47	299	41,13
Bijelo polje	1034	161	15	476	41,27	397	43,73
Cetinje	602	50	8,6	391	65,47	141	26,70
Danilovgrad	332	4	1,03	196	57,83	129	58,10
HercegNovi	584	57	8,03	375	58,57	185	63,40
Kolašin	306	35	10,80	211	68,41	60	20,79
Kotor	1323	96	7,01	812	62,27	405	30,60
Nikšić	2333	83	3,70	1586	82,10	644	24,20
Plav	180	62	34	54	30,40	64	35,60
Pljevlja	503	88	18,03	243	49,84	159	22,13
Podgorica	2704	364	28,50	1725	63,75	600	7,75
Rožaje	597	135	23,20	238	39,83	224	26,97
Ulcinj	567	22	3,90	424	75,34	70	10,76

<sup>26</sup> Z.Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Podgorica 2010., 170.

Žabljak	121	19	15,15	58	47,39	44	37,46
<b>Ukupno</b>	<b>12914</b>	<b>1384</b>	<b>21,55</b>	<b>8689</b>	<b>60,09</b>	<b>3824</b>	<b>29,76</b>

Kao što se može vidjeti obim primjene novčane kazne u praksi naših sudova je dosta skroman i različit je od suda do suda i kreće se (zbirno za tri godine) od 1% do 34% od ukupnog broja izrečenih krivičnih sankcija. Ako to uporedimo sa stanjem od prije deset godina<sup>27</sup>, onda je evidentan pad njene primjene.<sup>28</sup>

Nadalje, iz tabele je vidljivo da je novčana kazna zastupljenija u praksi sudova na sjeveru Crne Gore, gdje je ekonomska situacija znatno slabija, nego u centralnom i primorskom dijelu Crne Gore, pa se može postaviti pitanje da li sudovi uzimaju da se novčanom kaznom može postići svrha, ali se takođe može postaviti i pitanje da li će se ona, zbog slabijeg imovnog stanja (ekonomske situacije) moći izvršiti, pa da se dođe u situaciju da bude zamijenjena kaznom zatvora.

Ako procenat izrečenih novčanih kazni uporedimo sa procentom izrečenih uslovnih osuda, onda se vidi drastična razlika, pa se s pravom postavlja pitanje da li novčana kazna treba da bude ne samo zamjena za kaznu zatvora, nego i zamjena za uslovnu osudu.

10. Pitanje izvršenja novčane kazne regulisano je u članu 39.st.5 do 9 i to za oba sistema novčane kazne. U presudi se određuje rok plaćanja koji ne može da bude kraći od petnaest dana niti duži od tri mjeseca. Međutim, predviđene su i olakšice kod plaćanja novčane kazne, a to je plaćanje u ratama (obročno plaćanje) ako za to postoje opravdani razlozi, s tim da rok isplate ne može da bude duži od jedne godine.

<sup>27</sup> Tako je u periodu od 1994.do 2003.godine primjena novčane kazne po godinama bila je prilično ujednačena i kretala se od 23% do 29% od ukupnog broja izrečenih krivičnih sankcija, vidjeti D.Radulović, Alternative kratkotrajnoj kazni zatvora, Podgorica 2009., 162.

<sup>28</sup> Do opadanja primjene novčane kazne dolazi i u zemljama u okruženju-vidjeti J.Kiurski, Alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije i standardi evropske unije“, Zbornik „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske Unije“, Zlatibor 2010.,72-90; V.Grozdanić, Kurtović-Mišić, „Novčana kazna kroz prizmu čestih izmjena Kaznenog zakona,“ RKK 1/2010., 115.; N.Mrvić-Petrović, „Kratkotrajne kazne zatvora u praksi sudova u Republici Srbiji“, Zbornik „Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet“, Banja Luka 2014., 307-314.

Plaćanje u ratama se može odrediti u presudi, ali može i naknadnom odlukom,<sup>29</sup> ako se nakon donošenja presude ocijeni da učinilac nije u mogućnosti da odjednom isplati novčanu kaznu. Iako se to u KZ ne kaže o tome će sud odlučivati na inicijativu učinioca.

Sud u presudi navodi da će u slučaju neplaćanja novčana kazna biti zamijenjena kaznom zatvora za razliku od rješenja kojeg smo imali u ranijem KZ, po kojem se prvo pokušavalo prinudnom naplatom novčane kazne, pa tek nakon neuspjeha prinudne naplate vršila se zamjena novčane kazne kaznom zatvorom, sada nema faze prinudne naplate nego se odmah ide na zamjenu kaznom zatvora, tzv. supletornog zatvora. Izostavljanje faze prinudne naplate u izvršenju novčane kazne u teoriji je okvalifikovano kao davanje prava učiniocu da bira jednu ili drugu kaznu, što je suprotno suštini i prirodi kazne, koja je i kad se pojavljuje kao imovinska, prinudnog karaktera, pa stoga ne može biti prepušteno volji osuđenog da li će je izvršiti ili neće.<sup>30</sup> Ovim su se, vjerovatno, željele izbjeći sve neprijatnosti prinudne naplate novčane kazne, iako bi bilo cjelishodno da sud ispita okolnosti koje su dovele do nemogućnosti plaćanja novčane kazne, ali bi to za sudove, koji su i onako preopterećeni, bilo novo opterećenje.

11. U članu 39 st.6 KZ propisano je ako osuđeni ne plati novčanu kaznu u određenom roku, sud će novčanu kaznu zamijeniti kaznom zatvora, tako što će za svakih započelih dvedeset pet eura novčane kazne odrediti jedan dan zatvora, s tim da kazna zatvora ne može da bude duža od šest mjeseci, a ako je izrečena novčana kazna u iznosu većem od devet hiljada eura, kazna zatvora ne može biti duža od jedne godine. Može se zamijeniti i samo dio nenaplaćene novčane kazne.

Rukovodeći se preporukama iz međunarodnopravnih akata da se izbjegava zamjena nenaplative novčane kazne kaznom zatvora, Zakonom o izmjenama i dopunama KZ od 25.jula 2006.godine član 39 dopunjen je novim stavom po kome se nenaplaćena novčana kazna može umjesto kaznom zatvora, zamijeniti kaznom rada u javnom interesu, tako što će

---

<sup>29</sup> Vidjeti rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž.3016/06 od 28.12.2006.g.i rešenje Petog Opštinskog suda u Beogradu K.79/03-Kv.1161/06 od 13.10.2006.g.

<sup>30</sup> M.Babić,I.Marković, 383.

se za svakih započelih dvadeset pet eura novčane kazne odrediti osam časova rada u javnom interesu, s tim da rad u javnom interesu ne može biti duži od trista šezdeset časova. Međutim, ova novela neće imati značaja obzirom da je od uvođenja kazne rada u javnom interesu (2003.g.) pa do sada samo u jedanaest slučajeva izrečena kazna rada u javnom interesu (dva u Osnovnom sudu u Cetinju, dva u Osnovnom sudu u Kotoru i sedam u Osnovnom sudu u Danilovgradu), tako da je teško očekivati da će se neplaćena novčana kazna zamijeniti kaznom rada u javnom interesu.

12. Ima mišljenja da je preteča supletornom zatvoru nekadašnji dužnički zatvor,<sup>31</sup> koji je prethodio kaznama lišenja slobode i bio sredstvo za izmirenje duga. Međutim, razlika je u tome što dužnički zatvor nije bio zamjena za neisplaćeni dug, za razliku od supletornog zatvora koji je zamjena za neisplaćenu novčanu kaznu. Iako je riječ o anahronom institutu njega poznaje i anglo-saksonsko i kontinentalno pravo iako trpi brojne prigovore u teoriji. Izražava se bojazan da će češće biti primjenjivan prema siromašnim koji nisu u mogućnosti da plate novčanu kaznu,<sup>32</sup> predstavlja zaobilazan i neekonomičan put izricanja kazne zatvora<sup>33</sup> i krajnje problematičnu i moralno neodrživu zamjenu<sup>34</sup>, čime se vraćamo na onu kaznu koju smo izricanjem novčane kazne željeli izbjeći. Supletorni zatvor je sporan i sa aspekta krivice, odnosno krivične odgovornosti, jer se jedna kazna koja je blaža za učinioaca u postupku zamjene transformiše u težu kaznu,<sup>35</sup> a okolnosti koje su se cijenile prilikom odmjeravanja kazne nisu se promijenile, te se novčana kazna dobrim dijelom eliminiše upravo u onom segmentu gdje bi trebala da ostvaruje najbolje

---

<sup>31</sup> N.Mrvić-Petrović, „Supletorni zatvor u evropskim zakonodavstvima“, Strani pravni život 3/2014., 127.

<sup>32</sup> N.Mrvić-Petrović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd 2011., 261.

<sup>33</sup> V.Kambovski, 682.

<sup>34</sup> Z.Šeparović, „Krivične sankcije i izmjene u Kz SFRJ“, Naša zakonitost 10/ 1985., 1221.

<sup>35</sup> M.Babić, I.Marković, 384; V.Grozdanić, „Kazne-nova rješenja u Kaznenom zakonu i njihova provedba u sudskoj praksi“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br.2/2009., 343; P.Novoselec, „Izvršenje novčane kazne i primjena supletornog zatvora u kaznenom postupku“, Naša zakonitost 2/1989.,277.



rezultate tamo gdje joj je u kriminalnopolitičkom smislu mjesto.<sup>36</sup>

Ako se supletornim zatvorom novčana kazna transformiše u težu kaznu, zbog limitiranosti supletornog zatvora može se doći u situaciju da u slučaju izrečenih visokih novčanih kazni ostatak neisplaćene kazne pretvara u relativno kratak i tom iznosu neodgovarajući supletorni zatvor,<sup>37</sup> čime osuđenom biva oprošten jedan dio kazne.

Ima mišljenja da je supletorni zatvor zakonit i opravdan jer nije u pitanju nemogućnost plaćanja novčane kazne, jer se i prilikom njenog odmjeravanja vodi računa o imovnom stanju učinioaca.<sup>38</sup> I u pogledu pravne prirode supletornog zatvora mišljenja su podijeljena. Po jednim on je kazna, jer poput dužničkog zatvora, nije mjera za obezbjeđenje naplate duga, nego se njegovim izvršenjem izvršava prvobitna novčana kazna, i režim njegovog izdržavanja ne razlikuje se od režima izdržavanja običnog zatvora.<sup>39</sup> Drugi su mišljenja da se novčana kazna ne transformiše u kaznu zatvora jer zatvor koji se određuje kao način izvršenja nenaplative novčane kazne sadrži niz specifičnosti po kojima se bitno razlikuje od kazne.<sup>40</sup> Bez obzira što se supletorni zatvor od običnog zatvora razlikuje po mnogim elementima (naprimjer može trajati manje od opšteg minimuma, ne povlači pravne posljedice, ne može se objedinjavati sa drugim kaznama u jedinstvenu kaznu zatvora, na njega se ne može primijeniti amnestija ni pomilovanje, ni uslovni otpust) on se, faktički ne razlikuje od običnog zatvora i osuđeni ga tako i doživljava. U slučaju da je učinioocu krivičnog djela kao glavna kazna izrečena kazna zatvora, a kao sporedna kazna novčana, pa zbog nenaplativosti bude zamijenjena kaznom zatvora, ne može se primjenom odredaba o izricanju jedinstvene kazne za djela u sticaju izreći jedinstvena kazna, nego u ovom slučaju osuđeni istovremeno ima da izdrži dvije kazne zatvora i one se, kako se ističe u literaturi, nastavljaju

---

<sup>36</sup> I.Marković, „Novi modeli novčane kazne,“ Srpska pravna misao, br.1-4, 2004-2005., 29.

<sup>37</sup> Z.Stojanović, 2009, 168.

<sup>38</sup> Ž.Horvatić, P.Novoselec, Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb 1999., 402.

<sup>39</sup> P.Novoselec, (1989 b), 277.

<sup>40</sup> Komentar Krivičnog zakona SFRJ, Beograd 1986.,188.



jedna na drugu.<sup>41</sup> Drugi ističu da bi se kazne trebalo izdržavati kumulativno, s tim što ih treba razdvojiti, radi toga što bi se na izrečenu kaznu zatvora mogli primijeniti drugi instituti kao što je uslovni otpust i slično.<sup>42</sup>

13. Koliko se supletorni zatvor primjenjuje u praksi sudova u Crnoj Gori prikazano je u sledećoj tabeli.

Pregled izrečenih novčanih kazni i supletornog zatvora u osnovnim sudovima u Crnoj Gori u 2011, 2012. i 2013. godini

Osnovni sud	Broj izrečenih novč. kazni u 2011.	Broj rješenja o zamjeni novčane kazne zatvorskom u 2011.	Broj izrečenih novčanih kazni u 2012.	Broj rješenja o zamjeni novčane kazne zatvorskom u 2012.	Broj izrečenih novčanih kazni u 2013.	Broj rješenja o zamjeni novčane kazne zatvorskom u 2013.
Bar	8		4		11	
Berane	108	63 (58,31%)	45	18 (40%)	42	37 (88,09%)
Bijelo Polje	71		59	1 (1,62%)	31	20 (64,51%)
Cetinje	12		20		18	
Danilovgrad	1		3		0	
Herceg Novi	19		14	1 (7,14%)	14	2 (14,28%)
Kolašin	15		16		4	1 (25%)
Kotor	51		25	3 (12%)	20	5 (25%)
Nikšić	28	3 (10,81%)	27	15 (55,55%)	28	7 (25%)
Plav	28	21 (75%)	21	13 (69,90%)	13	5 (38,46%)
Pljevlja	28	9 (32,14%)	32	9 (28,12%)	28	
Podgorica	256	6 (2,34%)	68	29 (42,64%)	40	23 (57,50%)
Rožaje	68	1 (1,47%)	37	28 (75,67%)	30	5 (16,66%)
Ulcinj	11		5		6	
Žabljak	7		3		9	1 (11,11%)
<b>Ukupno</b>	<b>711</b>	<b>103 (14,48%)</b>	<b>379</b>	<b>117 (30,87%)</b>	<b>294</b>	<b>106 (36,05%)</b>

Podaci izneseni u tabeli su zabrinjavajući ako imamo slučajeve da je u nekim godinama i u nekim sudovima supletorni zatvor dostizao i do 88% od izrečenih novčanih kazni. Kao što je u sudovima na sjeveru Crne Gore najveći

<sup>41</sup> B.Čejović, Krivično pravo u sudskoj praksi, Prva knjig, Opšti deo, Beograd 1985., 273.

<sup>42</sup> M.Kokolj, „Neka pitanja kod izricanja i izvršenja novčane kazne,“ JRKK br.1/1988., 70.

procenat izrečenih novčanih kazni, tako je najviše i supletornog zatvora. Da li je razlog nemogućnost isplate novčane kazne, budući da se radi o siromašnijem dijelu Crne Gore ili su u pitanju neki drugi razlozi, teško je reći, bez jednog istraživanja, ali ovoliki procenat supletornog zatvora obesmišljava samu novčanu kaznu i njenu namjenu, da bude zamjena za kaznu zatvora. Razlog za brigu je izraženiji ako to uporedimo sa stanjem u nekim evropskim zemljama. Tako je učešće supletornog zatvora u Njemačkoj 6,5%, u Francuskoj 0,01%, u Velsu i Španiji to učešće iznosi 0,2%, a ima zemalja poput Danske i Švedske gdje se i ne dešava da dođe do zamjene neplaćene novčane kazne kaznom zatvora.<sup>43</sup>

Da bi se izbjegle sve teškoće naplate novčane kazne i izbjegli svi prigovori supletornom zatvoru, sudovi treba da izriču novčanu kaznu samo u onim slučajevima kada su sigurni u mogućnost njenog izvršenja, jer nema nikakve svrhe izreći tu kaznu unaprijed znajući da ona neće biti izvršena. Potrebno je osigurati takvo izvršenje novčane kazne koje će supletorni zatvor svesti na ultima ratio. Mislimo da je ekonomska moć, odnosno platežna sposobnost učinioca krivičnog djela *conditio sine qua non* za primjenu novčane kazne. Racionalna kriminalna politika treba da se zasniva na takvom normativnom krivičnopravnom sistemu koji je primjenjiv, racionalan i pravičan, što znači da sudovi treba da izriču one sankcije i u onoj mjeri koja odgovara zakonskoj intenciji i stvarnim potrebama borbe protiv kriminaliteta.<sup>44</sup> Svako odstupanje od toga dovodi do nesklada između normativnog i realnog, dakle onog što je u zakonu propisano i onoga što se dešava u praktičnoj primjeni. Možda bi se moglo, poput nekih zakonodavstava, pokušati i sa alternativama supletornom zatvoru i naprimjer odustanka od zamjene kaznom zatvora ako je do neplaćanja novčane kazne došlo bez krivice osuđenog, odgađanje izvršenja supletornog zatvora pod uslovom da osuđeni za određeno vrijeme ne izvrši krivično djelo i slično.

---

<sup>43</sup> N.Mrvić-Petrović (b), 134.

<sup>44</sup> LJ.Lazarević, „Mjesto i značaj krivičnog zakonodavstva u suzbijanju kriminaliteta.“, JRKK. br.2-3, 1997., 15.

## **Rezime**

U posljednjoj deceniji krivično zakonodavstvo Crne Gore prošlo je kroz brojne promjene. Dinamika tih promjena rezultat je procesa tranzicije crnogorskog društva i procesa globalizacije. U ovom radu autor se bavi nekim pitanjima izricanja i izvršenja novčane kazne, kao i problemom supletornog zatvora. Prati se,ukratko,istorijski razvoj novčane kazne, govori se o njenom značaju kao zamjeni za kratkotrajne kazne zatvora.

Značajan prostor ustupljen je pitanju propisivanja i izricanja novčane kazne kroz različite sisteme propisivanja i izricanja koji su zastupljeni u savremenom zakonodavstvu. Centralno pitanje jeste problem izricanja i izvršenja novčane kazne u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i problem nenaplativosti novčane kazne i njene zamjene kaznom zatvora. Izvršena su i određena istraživanja o obimu primjene novčane kazne u praksi sudova u Crnoj Gori.

Rezultati tih istraživanja pokazuju da je novčana kazna malo zastupljena u praksi, ali je zabrinjavajuća činjenica što se izrečene novčane kazne neizvršavaju, pa često budu zamijenjene kaznom zatvora.

Ključne riječi: Krivični zakonik, novčana kazna, izvršenje, izricanje.

## **Summary**

In the last decade the criminal legislation of Montenegro has undergone numerous changes. The dynamics of these changes resulted from the transition of Montenegrin society and the globalization process. In this paper, the author deals with some issues of pronouncement and enforcement of fines, as well as the problem of imprisonment for non-payment of fines. Author, briefly gives the historical development of the fines, and discusses its importance as a substitute for short-term prison sentences. Considerable space was given to the issue of relementation and imposing fines through various systems of regulation and impositionat the modern legislation.

The central issue is the problem of pronouncement and enforcement of fines in criminal legislation of Montenegro and the problem of chargeability of fines and its replacement by imprisonment. Certain surveys have been conducted on the scope of application of fines in the practice of the courts in Montenegro. The results of these studies show that the fine is rarely used in practice, but the concern is the fact that the imposed fines mostly have not been executed, instead often have been replaced by imprisonment.

Keywords: Criminal Code, fines, enforcement, pronouncement.

**Mr Marina Č. JOVIĆEVIĆ<sup>1</sup>**

## **UGOVOR IZ LISABONA I DELEGIRANI PRAVNI AKTI**

Nakon neuspjeha sa ratifikacijom Ugovora o Ustavu za Evropu 2005. godine, države članice su postigle dogovor o novom tekstu koji dobija naziv Reformski ugovor (Ugovor iz Lisabona), jer modifikuje rješenja iz propalog Ustava, sa ublaženim obilježjima konstitucionalizacije.<sup>2</sup> Ovdje će biti riječi o reformama koje Ugovor iz Lisabona donosi u pogledu organizacije pravnih akata Unije, a naročito u pogledu uvođenja “treće” kategorije pravnih akata u sekundarno pravo Unije – između akata zakonodavstva i izvršnih akata – kategorije delegiranih akata. Ovo pitanje je značajno za razmatranje iz razloga što nova kategorija pravnih akata stvara dileme u pogledu postojanja hijerarhije među pravnim aktima Unije i među institucijama tj. horizontalne podjele vlasti nalik na nacionalni poredak, kao i dileme u pogledu opravdanosti nedostatka demokratske kontrole nad donošenjem ovih akata, imajući u vidu njihov značaj. Stoga, ovdje će se pokušati razmotriti ciljevi i posljedice ove promjene.

Podsjetimo, Lisabonski ugovor vrši reformu izvora prava EU, pa u primarno pravo Unije, pored osnivačkih ugovora i njihovih aneksa, protokola i sporazuma, spada i Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, međunarodni sporazumi kao i opšta pravna načela koja je razvio Sud pravde EU, dok sekundarno pravo čine akti koji se nalaze na nižem hijerarhijskom nivou od primarnih izvora, a koje donose institucije Unije na osnovu osnivačkim ugovorima utemeljenih ovlašćenja.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Autor je saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore

<sup>2</sup> Ugovor iz Lisabona o izmjenama i dopunama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Stupio je na snagu 1. decembra 2009. godine, nakon što je prošao proces ratifikacije u svim državama članicama Unije

<sup>3</sup> Može se govoriti i o tercijarnom pravu Unije. Vidi: B. Košutić, Osnovi prava Evropske unije, CID, Podgorica, 2014, str. 243.

Novine Lisabonskog ugovora koje se tiču sekundarnog prava uglavnom su već bile predviđene Ustavom za Evropu, što nije slučaj sa novim nazivima pravnih akata predviđenim Ustavom, koji su u Lisabonskom ugovoru izostavljeni, a zadržani su postojeći<sup>4</sup>. Lisabonski ugovor izvršava unifikaciju pravnih akata i umjesto nekadašnjih akata za svaki od nekadašnja tri stuba Unije (petnaest vrsta akata za tri stuba), predviđene su tri vrste pravnoobavezujućih akata koje donose institucije Unije: uredbe, direktive i odluke. Lisabonski ugovor pravi i podjelu svih ovih akata na legislativne i nelegislativne akte, vezujući ove dvije kategorije akata za vrstu postupka u kom se usvajaju.<sup>5</sup> Najznačajnija novina koju Lisabonski ugovor donosi u pogledu pravnih akata jeste uvođenje pojma delegacije i delegiranog pravnog akta, odnosno podjele nelegislativnih akata na delegirane i implementirajuće akte. Svi navedeni akti (uredbe, direktive, odluke) mogu biti usvajani na tri nivoa odlučivanja: kao "istinski" zakonodavni, delegirani i implementirajući.<sup>6</sup> Propisana je obaveza dodavanja odgovarajućeg pridjeva nelegislativnom aktu: "delegirana" odnosno "implementirajuća", kako bi bilo jasno da li se radi o legislativnom ili nelegislativnom i, u slučaju posljednjeg, o delegiranom ili implementirajućem aktu.

## 1. Pojam delegiranog akta

Komisija može usvajati nezakonodavne pravne akte, kojima dopunjuje ili mijenja manje bitne elemente zakonodavnog akta, onda kada joj je takva aktivnost stavljena u nadležnost tim zakonodavnim aktom. To znači da Ugovor o funkcionisanju Evropske unije formalno definiše delegirani akt vezujući ga za:

- a) subjekat donošenja;
- b) postupak donošenja, koji nije zakonodavni.

---

<sup>4</sup> Detaljnije: K.Lenaerts, P. Van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, London 2011, str. 886

<sup>5</sup> Legislativni akt je akt donešen u zakonodavnom postupku, redovnom ili posebnom, od strane Evropskog parlamenta i/ili Savjeta. Vidi: čl. 289. Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije

<sup>6</sup> R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac 2012, str. 123.

Stoga, delegirani akt se donosi izvan zakonodavnih procedura Savjeta i Evropskog parlamenta a isključivo od strane Komisije. Određenje pojma delegiranog akta u materijalnom smislu je samo djelimično, a takođe i nedovoljno, naročito sa aspekta razlikovanja ovih akata od implementirajućih, a o čemu će na drugom mjestu biti riječi. U materijalnom smislu, čl. 209(1) UEFU pojam delegiranog akta određuje na taj način što delegaciju vezuje za izmjenu ili dopunu manje bitnih elemenata zakonodavnog akta, čime djelimično razlikuje ove akte od legislativnih. Razlika između ove dvije vrste akata je jasna jedino u formalnom smislu. Dakle, zabranjena je delegacija ovlašćenja da odlučuje o bitnim elementima nekog područja, što znači da bitni elementi ostaju zadržani isključivo za legislativne akte (čime je strogo formalna definicija legislativnog akta dopunjena sadržinskom)<sup>7</sup>. Ovo otvara sljedeće pitanje: Koji će se elementi nekog područja smatrati bitnima?<sup>8</sup> Nauka je pri stavu da na to pitanje odgovor treba tražiti u svakom pojedinačnom slučaju, od strane zakonodavca, Evropskog parlamenta i Savjeta, kao i Komisije. Međutim, može se zaključiti da, kada Komisija usvaja delegirane akte, iako se ne radi o bitnim djelovima, ona ipak vrši složeni izbor između različitih mogućnosti, odnosno da Komisija time zapravo izvršava ovlašćenje koje je, u suštini, jednako zakonodavnom. Čak i termin “delegirani” podrazumijeva da je preneseno ovlašćenje isto ono ovlašćenje koje pripada zakonodavcu, koji ga sa sebe prenosi na Komisiju. Osim toga, praksa pokazuje da se delegiranim aktima uređuju “ne samo tehnička već i veoma osjetljiva pitanja.”<sup>9</sup> Stoga se može zaključiti da je ovlašćenje Komisije da mijenja ili dopunjuje nebitne elemente

---

<sup>7</sup> „Klauzula nedelegacije“. Opširnije: H. Hofmann, Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality, European Law Journal, Vol. 15, No.4, July 2009, str. 488.

<sup>8</sup> Vidi H.Hofmann, A Critical Analysis of the New Typology of Acts in the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe, 2003, str. 10.

<sup>9</sup> „Okolnost da je 69 odsto svih uredbi i 16 odsto svih direktiva usvojeno u delegiranim procedurama najbolja je potvrda navedene konstatacije.“ B. Košutić, op.cit, str. 170.

zakonodavnog akta u stvari zakonodavno ovlaštenje.<sup>10</sup> Ako prihvatimo zaključak da su delegirani akti nelegislativni samo u formalnom smislu, dok su u materijalnom smislu zakonodavni, time se gubi svaka sadržinska razlika između ovih i “pravih” zakonodavnih akata i ostaje samo strogo formalna.<sup>11</sup> Može se postaviti i pitanje da li je zakonodavac obavezan delegirati Komisiji ovlaštenje da odlučuje o manje bitnim elementima nekog područja, pa se može zaključiti da zakonodavnim aktom mogu biti uređeni i manje bitni elementi te da ne postoji takva obaveza zakonodavca, niti je UFEU propisuje.<sup>12</sup> Izbor predmeta delegacije je na zakonodavcu. Osim toga, takva obaveza se ne bi mogla lako podvrgnuti bilo kakvoj kontroli u praksi, uključujući sudsku.

## **2. Delegirani i implementirajući akti – sličnosti i razlike**

Pravo i obaveza izvršenja prava Unije tj. primjene pravnoobavezujućih akata pripadaju državama članicama Unije, koje su dužne da preduzimaju sve neophodne mjere iz unutrašnjih zakonodavstava u tom cilju. Član 291(2) UFEU, međutim, propisuje i izuzetak od ovog pravila, onda kada je potrebno stvoriti jednoobrazne uslove za sprovođenje akata. U tom slučaju njihovo izvršenje se povjerava Komisiji (a izuzetno i Savjetu), čime Komisija postaje ovlaštena na donošenje implementirajućih akata. Dakle, Komisija može usvajati delegirane i implementirajuće akte i to u formi uredbi, direktiva i odluka. Po subjektu i postupku donošenja, ne postoji razlika između ove dvije vrste akata (osim izuzetno). Takođe, Ugovor ne određuje sadržinsku razliku između ovih akata. Svakako čl. 291(2) UFEU upućuje na to da izvršenje povjereno Komisiji ima isti obim kao i izvršenje primarno povjereno državama članicama (a potom i oduzeto), odnosno da se to izvršenje odnosi na sve pravnoobavezujuće akte Unije.

---

<sup>10</sup> Možemo ga nazvati i „kvazilegislativnim“ ovlaštenjem. Detaljnije: Ibidem

<sup>11</sup> O tome: P.Craig, *The Constitutional Treaty: Legislative and Executive Power in the Emerging Constitutional Order* (2004) 7EUI – Law Working Paper, str. 32.

<sup>12</sup> Naravno, o čemu zakonodavac uopšte može da odlučuje zavisi od načela dodijeljenh ovlaštenja, supsidijarnosti i proporcionalnosti



Dok se implementirajući akti mogu usvojiti radi izvršenja bilo kog pravnoobavezujućeg akta (koji takvu implementaciju propisuje), delegirani se odnose samo na legislativne akte, kojima su ovlaštenja prenesena. Što se tiče određenja implementirajućeg akta u materijalnom smislu, oni nužno dopunjuju akt na koji se odnose, pa se u tom dijelu poklapaju sa delegiranim aktima. Izmjena manje bitnih elemenata zakonodavnog akta može se, dakle, vršiti samo delegiranim aktima. Odnosno, dopunjavanje osnovnog akta može se vršiti i kao delegirano i kao implementirajuće ovlaštenje (razlika je u tome što se na osnovu delegacije mogu dopunjavati samo zakonodavni akti).<sup>13</sup> Jedina razlika koja ostaje između ove dvije vrste akata je u mogućnosti izmjene zakonodavnog akta, što je moguće jedino na osnovu delegacije. Međutim, u praksi neće uvijek biti moguće utvrditi razliku između dopunjavanja i izmjene. Nejasno je da li termin "izmjena" može da pokrije i "brisanje" i "dodavanje"<sup>14</sup>. Naročito ovo drugo, u pogledu čega je, opet, nejasno da li može da znači stvaranje novih manje bitnih elemenata. Postoje i stavovi u korist toga da bi čl. 291 trebalo interpretirati na način da dopušta dopunjavanje i izmjenu manje bitnih elemenata osnovnog akta onda kada postoji neophodost stvaranja jednakih uslova za implementaciju.<sup>15</sup> Ipak, trebalo bi odbaciti takve stavove, jer, da je to bila namjera, sigurno bi bila izričito napisana u čl. 291. s obzirom na važnost ovog pitanja, previše veliku da bi se namjera podrazumijevala. To bi još više učinilo besmislenom distinkciju između implementirajućih i delegiranih akata, a samim tim zahtijevalo i isti mehanizam kontrole ovih akata. Međutim, u domenu dopunjavanja osnovnog (legislativnog) akta, gdje su, u sadržinskom smislu, ova dva akta vrlo slična, razlika se može praviti upravo (i jedino) na osnovu kontrole nad aktivnostima Komisije.

---

<sup>13</sup> T.Hartley, *The Foundations of European Union Law, An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Union*, Oxford University Press, 2010, str. 109

<sup>14</sup> O tome: P.Craig, *The Lisbon Treaty, Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford University Press, 2013, str. 276.

<sup>15</sup> Ibidem

### **3. Kontrola nad delegiranim ovlašćenjima Komisije**

Jedna od centralnih razlika između dvije kategorije nelegislativnih akata po Lisabonskom ugovoru jeste način kontrole nad usvajanjem ovih akata od strane Komisije. Prije stupanja na snagu Ugovora, kontrola nad tadašnjim ovlašćenjima Komisije (obije vrste ovlašćenja nazivale su se sprovedbenim ovlašćenjima) podrazumijevala je niz mjera i pravila koja su nazvana komitologija. Komitologija je bila sprovedena primarno u pogledu akata koji se sada nazivaju delegiranim, a ne i u pogledu sprovedbenih akata kako su uređeni Lisabonskim ugovorom. Bez obzira na to, legitimitet komitologije posmatrao se u kontekstu tadašnjih implementirajućih akata, kao što je očigledno u zapisima Radne grupe.<sup>16</sup> Ugovor iz Lisabona mjenja mehanizme kontrole nad delegiranim i implementirajućim aktima, upravo uvodeći razlikovanje ovih akata. Pravi razlog za uvođenje ove razlike, dakle, nije nužno u različitoj sadržini ove dvije vrste ovlašćenja Komisije, već u nezadovoljstvu postupkom komitologije nad Komisijom, posebno u onim slučajevima u kojima se dopunjava akt koji su zajednički usvojili Savjet i Evropski parlament.

#### **3.1. Kontrola nad ovlašćenjima Komisije prije stupanja na snagu Lisabonskog ugovora**

Postupak komitologije podrazumijevao je kontrolu nad Komisijom u toku njenih nezakonodavnih aktivnosti, a prije konačnog usvajanja nelegislativnog akta. Komisiju u radu nadgledaju komiteta koji čine predstavnici država članica, pri čemu su određene vrste komiteta mogle bitno uticati na konačnu odluku Komisije. Pravila komitologije usvojena su Odlukom o komitologiji<sup>17</sup>. Njome je predviđena kontrola Komisije kroz tri vrste komiteta u kojima su predstavljene države članice na nivou stručnjaka. Neki od predviđenih postupaka bitno ograničavaju Komisiju u samostalnom

---

<sup>16</sup> Working Group IX (n2)9

<sup>17</sup> Prva Odluka o komitologiji usvojena je 1987. Kao Odluka 87/373 (1987). Zamijenjena je 1999. godine drugom Odlukom o komitologiji, tj. Odlukom 1999/468

donošenju konačne odluke. U postupku u kom učestvuje upravni odbor (Management committee), predviđa se da je odluku potrebno prepustiti odlučivanju u Savjetu ukoliko odbor glasa protiv odluke koju Komisija namjerava usvojiti. U postupku u kom učestuje regulatorni odbor (Regulatory Committee), takođe se predviđa ista mjera, dok savjetodavni komitet (Advisory Committee) ne raspolaže takvim restriktivnim mjerama već je njegova uloga savjetodavna, tj. ova vrsta postupka Komisiji ostavlja najveću slobodu<sup>18</sup>. Dvije su se insitucije EU protivile postupku komitologije. Naravno, Komisija, jer su bitno ograničena njena ovlašćenja, a takođe i Evropski parlament, jer je isključen iz kontrole nad ovlašćenjima Komisije (iako je u međuvremenu stekao pravo saodlučivanja sa Savjetom u brojnim područjima<sup>19</sup>). Kao još jedan prigovor ovakvom postupku kontrole može se staviti i njegova netransparentnost, što ugrožava zahtjev za postojanjem demokratske kontrole nad procesom odlučivanja.

### 3.2. Kontrola nad ovlašćenjima Komisije po Lisabonskom ugovoru

#### 3.2.1. Kontrola usvajanja delegiranih akata

Član 290. UFEU uvodi potpuno novi mehanizam kontrole nad Komisijom kada su u pitanju delegirana ovlašćenja. Kontrola nad donošenjem delegiranih akata može biti:

- a) prethodna i
- b) naknadna.

Prethodna kontrola podrazumijeva obavezanost Komisije prilikom usvajanja delegiranih akata u pogledu određenih ograničenja delegaciji: ciljeva, sadržine, obima i trajanja delegacije. Ovi elementi delegacije su eksplicitno utvrđeni legislativnim aktom kojim se Komisiji prenose ovlašćenja, tj. utvrđeni su istovjetno sa samim prenosom ovlašćenja Komisiji i prije bilo kakvog otpočinjanja aktivnosti Komisije u cilju

---

<sup>18</sup> Detaljnije o postupcima: R.Streinz, Europarecht, C.F.Muller, 2008, str. 174

<sup>19</sup> Druga Odluka o komitologiji povećala je ovlašćenja Parlamenta, uvodeći obavezu da bude informisan ako Komisija prebaci odlučivanje nazad u Savjet, kao i da usvoji Rezoluciju o nacrtu sprovedbenog akta

usvajanja delegiranog akta, pa se stoga i mogu nazivati „prethodnom“ kontrolom. Ovo ograničavanje ovlaštenja Komisije zavisice od stepena detaljnosti određivanja „ciljeva, sadržine, obima i trajanja“ delegacije u zakonodavnom aktu. Za zakonodavca, doduše, neće biti uvijek lako da u zakonodavnom aktu precizno definiše ove elemente ograničenja delegacije, što se navodi kao argument „za“ ranijem postupku komitologije i njegovoj većoj djelotvornosti. Limitirano trajanje delegacije (tzv. „sunset“ klauzula) podrazumijeva automatsko isticanje delegacije protokom utvrđenog roka<sup>20</sup>. Naknadna kontrola podrazumijeva da Evropski parlament i Savjet imaju mogućnost da stupanje na snagu delegiranog akta uslove nestavljanjem prigovora u roku utvrđenom zakonodavnim aktom (bilo od strane Evropskog parlamenta bilo od strane Savjeta), kao i mogućnost opoziva tj. povlačenja delegacije. Ova kontrola se vrši pošto je Komisija već donijela delegirani akt, a ne prije ili tokom donošenja, pa se stoga može nazvati „naknadnom“. Sud pravde EU je, kroz svoju praksu, iznio niz stavova u pogledu naknadne kontrole. Naime, postavlja se pitanje opravdanosti limitiranog važenja delegacije utvrđenog samim zakonodavnim aktom, s obzirom na to da delegacija može biti opozvana u svakom trenutku. Takođe, po stavu Suda pravde, ko zakonodavac koji želi da opozove delegaciju bi trebalo da iznese razloge za opoziv, kako bi objasnio svoju poziciju drugom ko zakonodavcu, ali i Komisiji dao lekcije za ubuduće.<sup>21</sup> Dalje, period u kome Evropski parlament i Savjet mogu staviti veto normalno bi trebalo da traje dva mjeseca, a vrijeme počinje teći od momenta usvajanja delegiranog akta<sup>22</sup>. Osim toga, trebalo bi da postoji i odredba o hitnim situacijama kada će delegirani akt stupiti na snagu odmah, sa mogućnošću stavljanja veta u roku od približno šest nedjelja<sup>23</sup>. Odredbe čl. 290 (2) UFEU mogu stvarati nejasnoće i različita tumačenja u pogledu iscrpnosti predviđenih mjera, pa se tako ove mjere mogu shvatiti kao iscrpno navedeni mehanizmi ili kao ilustrativno

---

<sup>20</sup> Vidi: Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality, op.cit., str. 492

<sup>21</sup> The Lisbon Treaty, Law, Politics and Treaty Reform, op.cit., str. 268

<sup>22</sup> Ibidem

<sup>23</sup> Ibidem

navedeni mehanizmi naknadne kontrole. Ovaj član pominje dva načina naknadne kontrole stavljena zakonodavcu na raspolaganje. Logično, Evropski parlament je zauzeo stav u svojoj rezoluciji da su ova dva instrumenta kontrole ilustrativna, te da Evropski parlament i Savjet mogu upotrijebiti i druge mjere naknadne kontrole<sup>24</sup>. Isti stav je prethodno zauzeo i Odbor za pravna pitanja Evropskog parlamenta<sup>25</sup>. Na sličan način je čl. 290 (2) interpretiran i od strane Suda pravde. Jedan od argumenata za takvo tumačenje je taj da isključiva priroda delegacije, kao izuzetka, ukazuje na nužnost uskog tumačenja izuzetka naspram pravila.<sup>26</sup> Komisija svakako stoji na suprotnom stanovištu. Zaključak je da, ako se uzme u obzir da su delegirani akti zapravo u praksi izuzetno značajni i, u materijalnom smislu, često istovjetni zakonodavnim, instrumente naknadne kontrole treba tumačiti po principu „konačne enumeracije“. To svakako ima i nedostatak koji se ogleda u odsustvu demokratske kontrole nad ovim aktima, a što onda biva karakteristično za veći broj akata (ako prihvatimo princip „konačne enumeracije“ koji ide u prilog Komisiji i može, suprotno ilustrativnom navođenju mjera kontrole, doprinijeti usvajanju većeg broja delegiranih akata). Sve u svemu, ne može se govoriti o podvođenju komitologije pod čl. 290 (2) UFEU. Ukidanje postupka komitologije u domenu delegiranih akata Lisabonskim ugovorom i uvođenje novog mehanizma kontrole, najviše koristi donijelo je, svakako, Komisiji.

### 3.2.2. Kontrola usvajanja implementirajućih akata

UFEU propisuje da, onda kada su potrebni jednoobrazni uslovi za sprovođenje obavezujućih akata Unije, njihovo spovođenje se, umjesto državama članicama, povjerava Komisiji, ili, u izuzetnim slučajevima, Savjetu. Takođe, Evropski parlament i Savjet, usvajanjem zakonodavnaog akta zajednički tj. kroz redovan zakonodavni postupak, prethodno utvrđuju pravila i principe o načinima kontrole država članica nad Komisijom u njenoj primjeni njihovih sprovedbenih

---

<sup>24</sup> European Parliament Resolution (n44)

<sup>25</sup> Committee on Legal Affairs A-7 0110/2010 (n41)9.

<sup>26</sup> Usporedi: Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality, op.cit., str. 496.

ovlašćenja. Ovo posljednje je i učinjeno, usvajanjem uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta na prijedlog Komisije, čime je ustanovljen novi postupak komitologije. Za ove akte<sup>27</sup> Uredba propisuje da kontrola pripada državama članicama i da ni Savjetu ni Evropskom parlamentu nije dodijeljena uloga u komitetima, iako mogu imati pristup informacijama o postupcima. Implementirajuća ovlašćenja su svakako moguća jedino u slučaju neophodnosti uniformnih uslova za sprovođenje akata Unije. O neophodnosti stvaranja uniformnih uslova odlučivaće tvorac osnovnog akta, identifikujući je u istom. Uredba propisuje da nova komitologija podrazumijeva dvije procedure: savjetodavni postupak i ispitni postupak. Na oba nivoa, Komisija podnosi nacrt implementirajućeg akta Komitetu sastavljenom od država članica. Komisija ima mogućnost da ispravi akt u svjetlu diskusije u Komitetu u bilo kom trenutku prije donošenja mišljenja Komiteta. Komitet donosi mišljenje u okviru roka koji je odredila Komisija. Stavovi Komiteta mogu biti iznijeti kroz pismeni postupak, ali član Komiteta može zahtijevati da se Komitet sazove. Savjetodavni postupak je podrazumijevana procedura što znači da se uvijek sprovodi, osim u slučajevima kada se sprovodi ispitni postupak. Kroz savjetodavni postupak, kao što mu naziv upućuje, Komisija odlučuje o implementirajućim mjerama maksimalno uzimajući u obzir zaključke sadržane u mišljenju Komiteta. Ispitni postupak se primjenjuje u odnosu na sprovedbene mjere opšteg obima i druge mjere koje se odnose na pojedina područja, ali može biti suspendovan u onim slučajevima u kojima se savjetodavni postupak smatra prikladnijim. Kroz ovaj postupak mjera Komisije će se usvojiti ako je u skladu sa mišljenjem Komiteta, kao i u slučaju da Komitet uskrati mišljenje. Ako Komitet ne podrži nacrt mjere, ista neće biti usvojena, ali Komisija može podnijeti dopunjenu verziju ili zatražiti od Komiteta ponovno razmatranje. U slučaju da se Komitet negativno izjasnio o usvajanju mjere, Komisija može usvojiti mjeru samo izuzetno: kada bi neusvajanje značajno narušilo tržište ili stvorilo rizik po bezbjednost ljudi ili

---

<sup>27</sup> Regulation (EU) No 182/2011 of the European Parliament and of the Council laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers

ugrozilo finansijske interese Unije. Uredba takođe propisuje usvajanje akta u slučaju hitnosti. Novi postupak komitologije je, dakle, uređen kroz redovnu zakonsku proceduru tj. uredbom Evropskog parlamenta i Savjeta za razliku od dosadašnje odluke<sup>28</sup>. Sve u svemu, može se zaključiti da je novi postupak komitologije blaži od prethodnog, te da se na osnovu njega ova vrsta akata razlikuje od delegiranih u domenu dopunjavanja osnovnog akta. Svakako, prvi mogu dopunjavati sve pravnoobavezujuće akte, a drugi samo zakonodavne.

#### **4. Pravne i političke posljedice uvođenja delegiranog akta**

Kao glavni razlog promjena u organizaciji pravnih akata i uvođenja delegiranih akata navedena je nužnost pojednostavljenja pravnog poretka EU. Radna grupa IX za pojednostavljenje je istakla da ništa nije kompleksnije od pojednostavljenja, pa se može postaviti pitanje koliko je taj cilj zaista postignut<sup>29</sup>. U postizanju ovog cilja pošlo se od strogog formalizma: legislativni, kao i delegirani i implementirajući akti određeni su strogo formalno. To, opet, za posljedicu ima sljedeće: ako je zakonodavna procedura predviđena za donošenje pravnog akta onda je to zakonodavni akt, bez obzira na njegovu sadržinu, čak i kada je sadržina po svojoj prirodi administrativna. I obrnuto, ako akt nije donijet u zakonodavnoj proceduri, čak i ako predstavlja materiju podložnu pravilima za opštu primjenu, tj. po prirodi je zakonodavan, on to neće biti. Dakle, sadržaj i značaj akta nije relevantan za određivanje njegovog statusa legislativnog akta. Primjer ovakvog strogo formalnog shvatanja legislativnog akta bi bili akti koji se donose u oblastima pravila konkurencije i državne pomoći, koji, iako po prirodi zakonodavni, to nisu, jer se ne usvajaju ni u redovnoj ni u posebnoj zakonskoj proceduri. Ovo znači da se u tim oblastima ne mogu donositi ni delegirani akti, jer se delegacija može propisati samo

---

<sup>28</sup> O tome: Z.Meškić, D. Samardžić, Pravo Evropske unije, TDP, Sarajevo 2012, str. 150

<sup>29</sup> Working Group IX on Simplification



legislativnim aktom.<sup>30</sup> Dakle, nema mjesta primjeni čl. 290 UFEU. Takođe, mogu se pojaviti poteškoće u odlučivanju o situacijama u kojima implementirajući akti mogu biti usvajani, isto kao posljedica formalnih određenja pojmova implementirajućeg i delegiranog akta. Podsjetimo, implementirajući akti se usvajaju od strane Komisije u slučaju kada je nužno stvoriti jednake uslove za primjenu osnovnog akta, a izuzetno i od strane Savjeta. Ako je osnovni akt zakonodavna uredba, nema mjesta primjeni čl. 291, s obzirom na to da je uredba direktno primjenjivana u nacionalnim porecima država članica. Isto važi i za direktive, koje obavezuju samo u pogledu cilja, a ostavljaju državama članicama slobodu izbora načina implementacije. Međutim, kada su u pitanju pojedine odredbe uredbi i direktiva, kao i odluke, može biti zahtijevana veća jednakost implementacije. Takođe, implementirajući akti se mogu odnositi na sve pravnoobavezujuće akte, pa tako i na delegirane akte. U posljednjem slučaju, implementirajući akt, pak, ne može dopunjavati ili mijenjati osnovni legislativni akt. Ipak, činjenica je da to čini na posredan način (neposredno bi se to moglo učiniti jedino novim delegiranim aktom koji bi bio predmet kontrole iz čl. 290). To bi Komisiji dalo neopravdano ovlašćenje da, kroz implementirajući instrument, donese u suštini delegirani akt i time izbjegne njegovu kontrolu iz čl. 290. Ukoliko bi Komisija, kao donosilac delegiranog akta, odlučila da je neophodno stvaranje jednoobraznih uslova za primjenu tog akta i potom dala sebi sprovedbena ovlašćenja u tom delegiranom aktu, a potom i usvojila implementirajući akt, to bi značajno povećalo njen stepen kontrole nad cijelim legislativnim procesom. Savjet i Evropski parlament bi jedino mogli da ulože veto na delegirani akt ili da implementirajući akt podvrgnu kontroli shodno čl. 291.

Kada Komisija usvaja implementirajući akt na osnovu ovlašćenja iz zakonodavnog akta, može se postaviti i pitanje opravdanosti oduzimanja sprovedbenih ovlašćenja državama članicama a od strane Savjeta i Evropskog parlamenta, obzirom da ta ovlašćenja ne pripadaju njima, već primarno državama članicama. Ako ova ovlašćenja pripadaju državama

---

<sup>30</sup> Čl. 103. UFEU; čl. 109 UFEU



članicama, one bi trebale biti te koje ih prenose na Evropski parlament i Savjet.<sup>31</sup> Isto važi i u slučaju usvajanja sprovedbenog akta na osnovu delegiranog akta. To svakako nije slučaj sa delegacijom, jer tada Evropski parlament i Savjet Komisije prenose vlastita ovlašćenja. Usljed nejasne sadržajne razlike između delegiranih i sprovedbenih akata, a naročito uz postojanje razlike u kontroli nad ovim aktima, moguć je veći broj međuinstitucionalnih sporova pred Sudom pravde, koji bi morao utvrditi jasnu sadržajnu razliku između ovih akata. Takođe bi i države mogle imati interes da pokrenu spor onda kada bi osporavale delegaciju, tvrdeći da se radi o implementaciji, koja zapravo pripada njima. Odlukom da je nešto delegacija a ne implementacija institucije Unije mogu, namjerno ili ne, poremetiti vertikalnu podjelu vlasti kakva je predviđena Ugovorom.<sup>32</sup>

Još jedna posljedica uvođenja nove tipologije pravnih akata je i, čini se, implicitna hijerarhija akata, iako je Lisabonski ugovor izričito ne uvodi. Hijerarhija akata svakako zavisi od pravne snage akata, a posljednja od forme pravnog akta, odnosno subjekta donošenja i postupka donošenja. Uvodeći podjelu na delegirane i sprovedbene akte odnosno podjelu na zakonodavne i nezakonodavne Lisabonskim ugovorom postavlja se pitanje hijerarhije između njih. Svakako je jasna hijerarhija koja postoji između primarnog i sekundarnog prava, kao i da ne možemo govoriti o hijerarhiji između uredbi, direktiva i odluka koje se donose i kao zakonodavni i kao nezakonodavni akti i stoje uporedo jedni pored drugih kao akti iste pravne snage.<sup>33</sup> Kada je u pitanju hijerarhija između zakonodavnih i nezakonodavnih akata, svakako možemo govoriti o određenoj hijerarhiji između delegiranog ili implementirajućeg akta s jedne, i osnovnog legislativnog akta na koji se on odnosi, sa druge strane. Ali, ako delegirani akt donesen na osnovu ovlašćenja sadržanog u osnovnom aktu stoji u koliziji sa nekim drugim legislativnim

---

<sup>31</sup> T.Čapeta, Pravni akti Evropske unije u T. Čapeta, Z.Đurđević, I.Goldner Lang, D.Lapaš, M.Mataija, T.Perišin, R.Podolnjak, S.Rodin, G.Selanec, S.Vasiljević, Reforma Evropske unije, Narodne novine, Zagreb 2009, str. 139.

<sup>32</sup> Ibidem

<sup>33</sup>B.Košutić, op.cit., str. 243

aktom, njihov sukob će se rješavati prema opštim pravilima derogacije akata *lex posterior* i *lex specialis*. Stoga, može se izvesti zaključak da ne postoji generalna hijerarhija između zakonodavnih i nezakonodavnih akata i da nezakonodavni akti takođe mogu biti nadređeni zakonodavnima, iako ova podjela stvara takvu percepciju.<sup>34</sup>

Podjela akata na zakonodavne i nezakonodavne akte za posljedicu ima, ne samo percepciju hijerarhije među aktima, već, samim tim, i percepciju subordinacije institucija Unije odnosno horizontalnu podjelu vlasti, kao što je i u nacionalnim pravnim porecima hijerarhija akata analogna subordinaciji državnih organa koji te akte donose, u prvom redu predstavničkih i izvršnih organa. Ipak, reklo bi se da pravni poredak EU ne počiva na takvoj podjeli vlasti i da ne postoji unaprijed određena podjela zakonodavnih ovlašćenja nekim institucijama, a izvršnih drugim. Posebno je teško u današnjoj EU određeno reći koje su institucije izvršne.<sup>35</sup> Stoga, u EU ne postoji unaprijed utvrđena subordinacija među institucijama niti opšte načelo podjele vlasti. Ova podjela, pak, stvara pogrešnu percepciju takvog ustrojstva vlasti u EU, nalik na organizaciju vlasti u državama članicama.<sup>36</sup>

Sa druge strane, ova podjela akata svakako ukazuje na razliku u pogledu demokratskog legitimiteta među njima, te stoga ima određenu demokratsku svrhu. Lisabonski ugovor jača demokratski kapacitet Unije, uređujući nekadašnji postupak saodlučivanja u današnji redovni legislativni postupak u kome je Evropski parlament ravnopravan zakonodavac, Savjet ima obavezu otvaranja sjednice za javnost prilikom odlučivanja a nacionalni parlamenti su takođe dobili svoju ulogu. Konačno, vezujući bitne elemente neke politike EU, za, isključivo, legislativne akte, ova podjela takođe doprinosi tome, jer se o najbitnijim političkim izborima odlučuje isključivo u postupku koji je demokratski najlegitimniji. Nasuprot tome, ostaje pitanje demokratskog legitimiteta delegiranih akata, naročito kada su po svojoj sadržini istovjetni zakonodavnim: trebaju li recimo, ti akti biti

---

<sup>34</sup> Meškić, Samardžić, op.cit., str.185

<sup>35</sup> T.Čapeta, op.cit., str. 129.

<sup>36</sup> Detaljnije: R.Vukadinović, op.cit., str. 127.

uključeni u novi mehanizam kontrole principa supsidijarnosti od strane nacionalnih parlamenata ili, recimo treba li Savjet biti podvrgnut kontroli javnosti i kad odlučuje (izuzetno) o implementaciji a ne samo kada odlučuje u zakonodavnom postupku. Odgovori su jasni – ostaje prigovor nedostatku demokratske kontrole nad ovim aktima.

### **Zaključna razmatranja**

Stvaranje nove tipologije pravnih akata za posljedicu ima određene poteškoće, naročito u pogledu distinkcije između delegiranih i implementirajućih akata, prije, reklo bi se, nego uprošćavanje organizacije pravnih akata, što je istaknuto kao namjera tvorca Reformskog ugovora. Uvođenjem delegiranih akata, stvara se, sa jedne strane, konfuznost u pogledu ovlašćenja Komisije (koje obuhvataju i implementaciju) i mogućnost neopravdanih ovlašćenja Komisije što sveukupno može voditi brojnim sporovima pred Sudom pravde EU, i sa druge strane, pitanje opravdanosti nedostatka demokratske kontrole nad ovom vrstom akata. Faktička posljedica (a možda i cilj) uvođenja delegiranog akta i njihovog razlikovanja od implementirajućih jeste različita kontrola nad usvajanjem ovih akata, što vodi zaključku da je “glavni pobjednik” ove podjele upravo Komisija.

Implicitno stvaranje percepcije hijerarhije akata i horizontalne podjele vlasti je značajno samo utoliko što ukazuje na namjeru tvorca Ugovora da pravni poredak i organizaciju vlasti u EU, u neku ruku, učini sličnima državnom pravnom poretku (iako se u Reformskom ugovoru odustalo od nekih rješenja iz Ustava za Evropu koja su naglašenog ustavnog karaktera)<sup>37</sup>. Stoga, poistovjećivanje pravnih akata Unije sa zakonskim, podzakonskim i upravnim aktima svojstvenim državi i njenom pravnom poretku samo je uslovno, a po mnogima i suvišno. Stav o tome, svakako, zavisi od generalnog pristupa Evropskoj uniji i spremnosti da je razumijemo kao manje ili više autonoman, poseban i cjelovit pravni poredak i politički sistem.

---

<sup>37</sup> Opširnije o tome: N.Misita, Evropska unija, Institucije, Revicon, Sarajevo 2009, str. 31

## **Summary**

It will appear that the invention of new typology of legal acts entails certain difficulties, especially in terms of distinction between delegated and implementing acts rather than a simplification of legal acts as highlighted by the creator of the Reform Treaty. Introducing delegated acts creates, on the one hand, the confusion regarding the power of the Commission (which include implementation) and a possibility of unjustified powers of the Commission all of which could lead to numerous disputes before the Court of Justice of the European Union and, on the other hand, the question of justification of the lack of democratic control over this type of acts. A factual consequence (and perhaps an objective) of introducing a delegated act and its differentiation from implementing acts is a different control over the adoption of these acts which leads to the conclusion that it is exactly the Commission to be the "biggest winner" of this division.

Implicit creation of perception of a hierarchy of acts and horizontal separation of powers is important only insofar as it indicates the intention of the creator of the Treaty to make the legal system and the organization of power in the EU, in a way, similar to the national legal system (although the Reform Treaty gave up some solutions for the Constitution for Europe that are of pronounced constitutional character). Therefore, the identification of legal acts of the Union with laws, by-laws and administrative acts inherent of a country and its legal system is just conditionally, and perhaps superfluously. The position on that depends on the general accession to the European Union, i.e. our willingness to understand it as a more or less distinct, autonomous and complete legal and political system.

**Mr Bojan BOŽOVIĆ<sup>1</sup>**

## **ŠENGENSKO PODRUČJE I CRNA GORA**

Međunarodne granice su oduvijek izazivale pažnju vladara, državnika, ali i “običnih” građana. One i danas predstavljaju vrlo često žarište sukoba i naraslih tenzija. Dok mnoge države nerijetko najveće probleme nalaze u međugraničnim pitanjima, jedan dio našeg kontinenta se još prije nekoliko decenija opredijelo za ukidanje barijera. Makar fiktivno. Odlučio se da mijenja postojeći svijet kroz približavanje ljudi i uklanjanje granica.

Tema rada je upravo ovaj proces na prostoru Evrope, kao i odnos između država Evropske unije (EU) u pogledu kreiranja bezviznog prostora, ali i odnosu sa trećim državama, među kojima i Crna Gora. Ova pitanja su sve relevantniji u ovim danima (2016. godina) kada se sve češće preispituje prostor sloboda koja je utemeljen prije tri decenije. Iako se san o slobodnim granicama polako pretvara u noćnu moru većine Evropljana, ali i onih koji bi željeli da sa njima uživaju u tim slobodama, Šengen prostor još uvijek postoji i o njemu će biti riječi u nastavku rada.

### **Državne granice**

Od nastanka međunarodnog prava, države su bile, a i danas su, najvažniji njegov subjekat. U međunarodnopravnom smislu terminom *država* označava se politička zajednica koja je nastanjena na nekoj teritoriji, koja je potčinjena nekom pravnom poretku i koja je suverena. Tri su, dakle, osnovna pravna kriterijuma državnosti neke ljudske zajednice: 1) stalno stanovništvo, 2) određena teritorija i 3) državna vlast<sup>2</sup>.

Dilema je postojala šta sve spada u teritoriju. Pravna teorija je to pitanje razlučila. Teritoriju danas čine kopno i

---

<sup>1</sup> Asistent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica

<sup>2</sup> Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad, 2012, str. 112.

more ali i prostor iznad i ispod kopna i mora. Dakle pod teritorijom se podrazumijeva dio zemljine površine koji uključuje odgovarajuće djelove hidrosfere, atmosfere, kao i litosfere.<sup>3</sup> Sav taj prostor je ovičen granicama. Državnim granicama se razdvajaju državne teritorije, odnosno državna teritorija i slobodno more.<sup>4</sup>

Riječ granica ima višestruko značenje ali je uvijek najčešće shvatana kao crta koja se proteže kroz državno područje. Nerijetko se govorilo da granicu neke države čini "crta" koja je na kopnu dijeli od područja njoj susjednih država.<sup>5</sup> Ali ovo shvatanje nije potpuno, ma koliko nas u to ubjeđivala svijest koju stičemo samim pogledom na geografske karte. Granice su trodimenzionalan prostor koji se prostire iznad Zemljine površine u visinu, i isto tako ispod nje u dubinu. Prema tome, granica nije crta, nego prostor triju dimenzija koja omeđuje samu površinu tla, vazdušni prostor i podzemlje koji su sastavni dio državnog područja.<sup>6</sup> Granice su dakle ravni kojima je omeđena oblast važenja teritorijalnog suvereniteta države. Iako je uobičajena praksa da se na geografskim kartama granice ucrtavaju samo na kopnu, ali ne i na moru, moramo napomenuti da postoje državne granice i na moru koje su takođe jasno određene. Treba podsjetiti da teoretski državna granica može postojati i prema području koje nije pod vlašću nijedne države (*terra nullius*), iako danas nema takvih primjera u praksi. Da ima, vjerovatno bi ih bilo svega nekoliko trenutaka jer bi ih države odmah proglasile svojom teritorijom.

---

<sup>3</sup> Isto, str. 113.

<sup>4</sup> Konvencija o pravu mora režimom otvorenog (slobodnog) mora obuhvata sve djelove mora "koji nisu uključeni u privredni pojas, teritorijalno more ili unutrašnje morske vode neke države, ili arhipelaške vode neke arhipelaške države". O slobodnom moru opširnije u: V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora*, Rijeka, 2002, str. 75-94.

<sup>5</sup> U tome je izuzetak Australija. S obzirom da obuhvata čitav kontinent, ona nema kopnenih granica sa drugim državama. Jednako je i sa ostrvskim državama, osim ako je neko ostrvo podijeljeno na područja dvije ili više država (poput ostrva Haiti i Borneo)

<sup>6</sup> Juraj Andrassy, Božidar Bakotić, Maja Seršić, Budislav Vukas, *Međunarodno pravo 1*, Zagreb, str. 187.

## Šengensko područje

### - Istorijat nastanka

Ideja nastanka Evropske unije je imala snažno uporište u stvaranju uslova za postojanje koncepta o brisanju unutrašnjih granica. Ali nisu svi ova stanovišta tumačili na isti način.

Tako je još osamdesetih godina prošlog vijeka otvorena rasprava o značenju koncepta slobodnog kretanja ljudi.<sup>7</sup> Neke države članice EU su smatrale da bi ovo trebalo primijeniti samo na građane Evropske unije, što bi uključilo zadržavanje unutrašnjih graničnih prelaza, kako bi se napravila razlika između građana Evropske unije i državljana onih država koji nisu dio EU. Sa druge strane, postojala su mišljenja da bi se ovakva sloboda kretanja trebala primjenjivati jednako za sve, što bi značilo kraj unutrašnjih graničnih prelaza u odnosu na sve ljude u "Evropi bez granica". S obzirom da se do konsenzusa nije moglo doći, Francuska, Njemačka, Belgija, Holandija i Luksemburg su odlučile da ustanove teritoriju bez unutrašnjih granica koja je poznata kao šengensko područje (eng. *Schengen area*). Ime je poznato po nazivu jednog malog mjesta u Luksemburgu gdje je realizacija ovih planova dobila svoje prve obrise – potpisani su sporazumi koji će trajno promijeniti izgled Evrope.

Šengen je bio ambiciozan i kontroverzan projekat. Započet je kroz međuvladinu saradnju i zaokružen je, u prvoj fazi, kroz zaključivanje sporazuma (Schengen Agreement, tzv. Šengen I, u nastavku i Sporazum) 14. jula 1985. godine. Cilj Sporazuma je bio postepeno ukidanje kontrola strana ugovornica na zajedničkim granicama, obezbjeđivanje slobodnog protoka dobara, usluga i ljudi. Bez pretjerano velike podrške od ostalih država, države Šengen zone su tiho nastavile sa sve bližom saradnjom koja je postavila dobre osnove da se i ostale države EU priključe ovom konceptu.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Evelin Brower, *Digital Borders and Real Rights*, Radboud University Nijmegen, 2008, str. 15-20.

<sup>8</sup> Stephen Kabera Karanja, *Transparency and Proportionality in the Schengen Information System and Border Control Co-operation*, Boston, 2008, str. 40.



Uporište za ovakvu ideju su našli u osnivačkim ugovorima Evropskih zajednica.<sup>9</sup> Velika Britanija je tvrdila, a i danas je na sličnim pozicijama, da se sloboda kretanja ljudi u ovom slučaju odnosi samo na građane Unije, a ne i na državljane trećih država, čak i ako su oni residentni u nekoj od država članica EU.<sup>10</sup> Iz tog razloga, ideja o slobodnim granicama Velikoj Britaniji i nije bila bliska. Ostale države su željele da ove odredbe tumače manje restriktivno.

U početku, samo pet država (Francuska, Njemačka, Belgija, Holandija i Luksemburg) su zaista bile i spremne da to i realizuju. One su potpisivanjem Sporazuma postali originerni osnivači Šengenskog režima. Ali ni u tim državama nije sve teklo glatko.

Posebnu pažnju Sporazuma iz 1985. godine je privlačila odredba člana 17 koja se odnosila na uslove koje države treba da ispune kako bi se uopšte mogla razmatrati mogućnost ukidanja granica. Ovdje se naročito ističe potreba usklađivanja unutrašnjih pravnih propisa i administrativnih kapaciteta. Iz tog razloga, može se reći da je ovaj sporazum postavio dobar okvir za stvaranje novog režima u Evropi.

Konvencija o primjeni Sporazuma iz Šengena je potpisana 19. juna 1990. (Šengen II, a nastavku teksta i Konvencija) i predstavlja drugi međunarodni ugovor koji je bio od posebne važnosti. Konvencija je ukinula granične prelaze na unutrašnjim granicama država ugovornica i stvorila jednu jedinstvenu spoljnu granicu gdje se imigracione provjere za Šengen zonu ostvaruju u skladu sa jednoobraznim postupkom. Međutim ovaj ugovor je stupio na snagu tek 26. marta 1995. godine.<sup>11</sup> A razlog kašnjenja je, između ostalog, bio i ujedinjenje Njemačke. Zajednička pravila o vizama, pravu na azil i kontroli spoljašnjih granica usvojena su kako bi se omogućila sloboda kretanja ljudi unutar država ugovornica. Konvencija iz 1990. godine je navedena kao instrument koji će poslužiti za implementaciju Sporazuma. Konvencija sadrži

---

<sup>9</sup> Vidjeti član 18 Ugovora o Uspostavljanja Evropske zajednice.

<sup>10</sup> Kabera Karanja, str. 40.

<sup>11</sup> Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, Maja Stanivuković, Bernadet Bordaš, Petar Đudić, Bojan Tubić, *Osnovi prava Evropske unije*, Novi Sad, 2010, str. 383-384.



detaljnu razradu pravne osnove koja je ustanovljena Sporazumom.

Konvencija predviđa ukidanje unutrašnjih graničnih kontrola<sup>12</sup> i prenos kontrole na vanjske granične prelaze.<sup>13</sup> Konvencija je bila podsticaj ostalim državama da pristupe ovom režimu. Prva država koja je to učinila je bila Italija, u novembru 1990. godine.

U različitim vremenima, sa različitim intenzitetom, Šengen članice su iskazivale zabrinutost, ako ne i otvoreno protivljenje, prema određenim namjerama i stremljenjima u pogledu otvorenih granica<sup>14</sup>. Tako npr. ako pogledamo zvanične deklaracije francuskih vlasti, razne parlamentarne izvještaje, ali i novinske članke, reklo bi se da je Pariz tada bio više hladan nego topao u prihvatanju šengenskih vrijednosti<sup>15</sup>. Domaći političari su odigrali značajnu ulogu u stvaranju takve klime. Tokom svih debata u periodu stvaranja uslova za početak sprovođenja šengenskog režima (1993-1997) partije desnog centra su bile uglavnom protiv ovih ideja.<sup>16</sup>

Treba istaći da domaće nezadovoljstvo nije postojalo samo u Francuskoj. Holandija je dobar pokazatelj za prikazivanje neslaganja i u drugim državama. U aprilu 1991. godine, najviše holandsko savjetodavno tijelo (*Raad van State*), tijelo koje komentariše pitanja u vezi sa ustavnošću nekih odluka, tvrdilo je da je Šengen sporazum u suprotnosti sa međunarodnim pravom i Konvencijom o izbjeglicama iz 1951. godine. To je bio prvi put u istoriji da ovo tijelo na ovaj način komentariše jedan međunarodni sporazum.<sup>17</sup> Ipak 1. septembra 1993. godine, sve Šengen članice su ratifikovale Konvenciju. Zvanično, od tog datuma je Sporazum stupio na snagu. U praksi, međutim, to je samo značilo uspostavljanje Izvršnog komiteta (Comex), koji je trebao da ustanovi da li su

---

<sup>12</sup> Član 2 Konvencije.

<sup>13</sup> Član 3 Konvencije.

<sup>14</sup> Vidjeti: Tom Casey S.J., 1992 : Europe-Closing the doors, *Studies: An Irish Quarterly Review*, Vol 80, No. 317 (Spring 1991), str. 48-50.

<sup>15</sup> Ruben Zaiotti, *Cultures of Border Controls, Schengen and the Evolution of European Frontiers*, University of Chicago Press, str. 93.

<sup>16</sup> Isto.

<sup>17</sup> Zaiotti, str. 94.

preliminarni uslovi za sprovođenje konvencije ostvareni.<sup>18</sup> U skladu sa ministarskim dužnostima u odnosu na Šengen, države su bile dužne da ustanove zajedničke vanjske granične kontrole, harmonizuju sisteme o pravu na uživanje azila, realizuju plan uspostavljanja Šengenskog informacionog sistema (SIS), poštovanje odredbi o prihvatanju konvencija o sprečavanju trgovine drogama i kreiranju posebnih režima na aerodromima.<sup>19</sup>

Na sastanku Comexa koji je održan u Madridu, 6. novembra 1992. godine, sve delegacije su istakle značaj zajedničke efektivne kontrole granica i neophodnosti građenja međusobnog povjerenja i saradnje. Ipak, najglasniji na sastancima su bili francuski predstavnici koji su ostale kolege optuživali za nedostatak političke volje da se pronađe konsenzus, kao i na preveliku opuštenost prema obezbjeđivanju granica.

Frustrirani nedovoljnim napretkom, u proljeće 1993. godine, Francuska proglašava da nije spremna da ide dalje sa svojim Šengen partnerima. Alain Lamassoure, francuski ministar za evropske poslove, rekao je da ovaj proces ide prebrzo i da Francuska treba da vrati svoju graničnu kontrolu dok god svi uslovi ne budu ispunjeni. Ostale članice Šengena su bili iziritirane ovakvim francuskim ponašanjem. Holandski premijer, Ruud Lubbers navodi, da je zapanjen ovakvom francuskom odlukom i da je Francuska obavezna da poštuje odredbe Šengena. Ostale države su uglavnom bile saglasne sa ovim riječima ali ih nisu javno ispoljavale, barem ne ovako direktno<sup>20</sup>.

Uprkos francuskom skepticizmu, u sljedećim mjesecima su načinjeni konkretni koraci. Članice Šengena su harmonizovale vizna pitanja, potpisale uspostavljanje vršenja zajedničkih konzularnih instrukcija, podigle nivo zajedničke kontrole, uspostavile režime na aerodromima... U svjetlu takvih događanja, francuska delegacija je razmotrila svoje prethodne stavove i u junu je na novom sastanku Comexa u potpunosti prihvatila implementaciju ovog režima. Ipak je

---

<sup>18</sup> Član 139 Konvencije

<sup>19</sup> Vidjeti deklaraciju sa Comex sastanka iz Luksemburga od 19. juna 1992. godine, Comex m

<sup>20</sup> Zaiotti, str. 95.

navedeno da se moraju vršiti još veći napori u oblastima kao što su politika borbe protiv trgovine drogama, vanjske granične kontrole i širenju podataka i informacija.

Šengenski izvršni komitet je 26. marta 1995. godine proglasio da je na snazi ova konvencija. Na prvom sastanku nakon tog događaja (april 1995. godine) sve delegacije su bile zadovoljne načinom na koji se sprovodio novi sistem. Samo nekoliko stvari je trebalo popraviti. Najveći pritisak je bio kod sprovođenja Šengenskog informacionog sistema (SIS). Određen je rok od tri mjeseca kako bi se ovi nedostaci otklonili a dio kontrola je prenijet na same države članice. Francuska je zahtijevala vraćanje stare kontrole granica pozivajući se na odredbe o zaštiti bezbjednosti i javnog poretka.<sup>21</sup> Taj period je obilježila i izjava ministra vanjskih poslova Francuske Hervé de Charette datoj na Diplomatskoj konferenciji u Parizu 1995. godine kada je, između ostalog rekao da je Francuskoj zaštita njenih državljana na prvom mjestu.<sup>22</sup>

U jesen 1995. godine, Francuska je predložila svojim partnerima kompromisno rešenje. Pariz je tvrdio da je unutrašnja kontrola efikasnija sa mobilnom ali rigoroznom kontrolom u zoni od po 20 km sa obje strane granica, prije nego sa fiksnim graničnim prelazom.

Međutim, ministar nije mogao da odgovori na sarkastično pitanje novinara: "Zašto onda svi kriminalci idu u Francusku, a ne u neke druge države", aludirajući na stopu kriminala koja je rapidno veća bila u Francuskoj u odnosu na druge države iako je Francuska držala "tvrđe" granice.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Ova mogućnost je predviđena članom 2.2. Konvencije.

<sup>22</sup> Tom prilikom je izjavio: "*Schengen might be at the same time the best and worst thing, excellent if it works, dangerous if it fails. For us the question of security holds a great importance, so great that we have to keep in mind that any concession will be made when it involves the security of France and French... Nobody here doubts that I am a convinced European, I don't think that being convinced European must be paid with the price of security of our citizens. If seems as it is the case; our citizens' security depends also on the border controls, it is understood that we have keep them*". Vidjeti: COMEX meeting minutes, SCH/COMEX (95) PV 4.

<sup>23</sup> Izjava Michel Barniera, ministra evropskih poslova Francuske na zajedničkoj konferenciji za medije sa belgijskim ministrom Vande Lanotteom, 29. jun 1995. godine.

Ideja o mobilnim granicama koje bi se sprovodile na temelju bilateralnih sporazuma između država, doprinijeli su novim polemikama između ostalih država i Francuske. U proljeće 1996. godine, zamjenik premijera Belgije i ministar, Johan Van Delanotte, iskoristio je debatu povodom prve proslave Šengena da napadne Francusku i njen nedostatak želje da ukloni granice u odnosu na Belgiju.

Pritisak država Šengena ali i same francuske javnosti na svoj politički vrh je postajao sve veći. Sredinom 1997. godine, šengenski režim je bio sve operativniji i uspješniji. Ti pozitivni rezultati su doprinijeli da Danska, Norveška i Island postanu dio Šengena. Sa ovim rezultatima i tvrdokorni stav francuskih vlasti je postao sve manje prisutan. Šengen zona se dakle, postepeno širila, Italija je potpisala ugovore 27. novembra 1990. godine, Španija i Portugalija su pristupile 25. juna 1991. godine, Grčka 6. novembra 1992. godine, Austrija 28. aprila 1995. godine<sup>24</sup>, a Danska, Finska i Švedska 19. decembra 1996, Mađarska, Češka, Slovačka, Slovenija, Litvanija, Letonija, Estonija, Poljska i Malta su postale članice Šengen zone 21.12.2007. godine. Bugarska, Rumunija, Kipar i Hrvatska, još uvijek nisu postale dio Šengen zone.<sup>25</sup> Irska i Ujedinjeno Kraljevstvo takođe nisu dio Šengen prostora ali zato što to ne žele.

U skladu sa Protokolom uz Ugovor iz Amsterdama, Irska i Ujedinjeno Kraljevstvo, mogu da učestvuju u svim ili samo nekim šengenskim aktivnostima, ukoliko tadašnjih 13 članica Šengen grupe i predstavnik vlade te konkretne države glasaju za to jednoglasno u Savjetu.

U martu 1999. godine Ujedinjeno Kraljevstvo je tražilo da učestvuje u nekim aspektima Šengen saradnje i to u policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima, borbi protiv trgovine drogama i Šengenskom informacionom sistemu. Savjet je 29. maja 2000. godine usvojio odluku kojom se odobrava zahtjev Ujedinjenom Kraljevstvu.

U junu 2000. godine, Irska je takođe tražila da učestvuje u nekim aspektima Šengena, na sličan način kao što je to

---

<sup>24</sup> Andrew Conway, Marek Cupiszewski, Keeping up with Schengen: Migration and Policy in the European Union, International Migration Review, Vol. 29, No. 4, 1995, str. 940-942.

<sup>25</sup> Etinski i grupa autora, Osnovi prava Evropske unije, str. 384.

tražilo Ujedinjeno Kraljevstvo. Savjet je 28. februara 2002. godine usvojio odluku kojom, je odobrio zahtjev Irske. Komisija je izdala mišljenje o ova dva zahtjeva i naglasila da djelimično učešće ove dvije države članice ne bi trebalo da ima posljedice na smanjenje konzistentnosti *acquis-a* kao cjeline.

Nakon što je procijenio uslove koji moraju da prethode primjeni odredaba koje uređuju policijsku i pravosudnu saradnju, Savjet je 22. decembra 2004. godine odlučio da ovaj dio šengenskog *acquis-a* može biti primijenjen u Ujedinjenom Kraljevstvu.

Savjet je potvrdio sporazum 28. juna 1999. godine koji reguliše odnose između Islanda i Norveške na jednoj strani, i Irske i Ujedinjenog Kraljevstva na drugoj, u oblasti šengenskog *acquis-a* koji se primjenjuje na Island i Norvešku. Savjet je 1. decembra 2000. godine odlučio da se od 25. marta 2001. godine, elementi Šengenskog *acquis-a* primjenjuju na pet država Nordijske pasoške unije. Takođe, elementi Šengenskog informacionog sistema su počeli da proizvode pravno dejstvo od 1. januara 2000. godine.

Komisija je započela svoje pregovore sa Švajcarskom 2002. godine. Oni su završeni potpisivanjem sporazuma između EU i Švajcarske 26. oktobra 2004. godine a Konvencija se primjenjuje od 12. decembra 2008.

Od zemalja koje nisu članice Evropske unije, a jesu članice Šengena, su Island, Norveška, Švajcarska, Lihtenštajn.<sup>26</sup>

#### - **Principi Šengenskog sporazuma**

U okviru saradnje prema Šengenskom sporazumu države članice usvajaju sljedeće mjere: ukidanje graničnih prelaza na zajedničkim granicama i njihovo zamjenjivanje spoljašnjim graničnim kontrolama, zajedničko utvrđivanje uslova za prelaženje vanjskih granica i jednoobrazna pravila i postupci za kontrolu nad njima, odvajanje aerodromskim terminalima i vazdušnim lukama onih ljudi koji putuju u okviru Šengen zone i onih koji dolaze iz zemalja izvan zone, harmonizacija uslova za ulazak i vize za kratke boravke, koordinacija između administracija u pogledu nadgledanja

---

<sup>26</sup> Isto.

(službenici za vezu i harmonizacija instrukcija i obuka osoblja), definisanje uloga prevoznika u mjerama borbe protiv ilegalne imigracije, zahtjev da svi državljani zemalja izvan EU koji se kreću između država podnesu izjavu, ustanovljavanje pravila kojima se uređuje odgovornost za pregledanje prijave lica koja traže azil (Dablinska konvencija koja je 2003. godine zamijenjena Uredbom Dublin II), uvođenje prekograničnih prava na nadziranje i hapšenje za policijska snage u Šengen državama, jačanje sudske saradnje kroz brži sistem ekstradicije i bržu razmjenu informacija o izvršenju krivičnih presuda i stvaranje Šengenskog informacionog sistema (SIS).<sup>27</sup> Iako je riječ o ukidanju granica, granice su uvijek na umu.<sup>28</sup>

Osim toga, SIS je morao biti unaprijeđen usljed razvoja informacione tehnologije, pa su donijete nova uredba i odluka 2001. godine, još jedna uredba 2005., a zatim i odluka 2005., kojima se razvio Šengenski informacioni sistem druge generacije (SIS II). Još dvije uredbe kojima se rješava ovo pitanje su donijete 2006, a nova odluka 2007.

Sve ove mjere, zajedno sa odlukama i deklaracijama usvojenim od strane Izvršnog komiteta osnovanog Konvencijom iz 1990. godine, akti koji su usvojeni kako bi se implementirala Konvencija putem organa na koji je Izvršni komitet prenio nadležnost za donošenje odluka, sporazum potpisan 14. juna 1985., konvencija kojom se primjenjuje taj sporazum, potpisana 19. juna 1990. godine i protokoli i sporazumi koji su uslijedili, čine Šengen *acquis*.

Posebno važna promjena na polju razvoja i širenja ideja bezgraničnih unutrašnjih kontrola se dogodila 1. maja 1999. godine kada je stupio na snagu Ugovor iz Amsterdama kojim su u pravo Evropske unije inkorporirane odluke koje su donijete od 1985. godine od strane članica Šengen grupe.

Ovdje moramo pomenuti ipak dva događaja koje su itekako važni u stvaranju Šengenskih pravila. Prvi je pomenuto usvajanje Ugovora iz Amsterdama,<sup>29</sup> dopunjen je Ugovor o EZ,

---

<sup>27</sup> Rodoljub Etinski, Maja Stanivuković. Sanja Đajić, Bernadet Bordaš, Petar Đundić, Bojan Tubić, str. 384.

<sup>28</sup> Julie Smith, *Europe: Where does it begin at the end*, International Affairs, Vol, 76, No. 3, 2000, str. 438.

<sup>29</sup> Ugovor iz Amsterdama donesen je 2. oktobra 1997., a stupio je na snagu 1. maja 1999. Njegov puni naziv glasi: Ugovor iz Amsterdama o izmjeni

koji je dobio novu glavu IV (Viza, azil, useljavanje i druge politike koje se odnose na slobodno kretanje osoba) kojom se uređuje “pravosudna saradnja u građanskim predmetima” (čl. 61-69.) U petogodišnjem periodu, počev od 1. maja 1999., pa do 30. aprila 2004. legislativnu inicijativu imale su uz Komisiju EZ i države članice EU. Budući da je Savjet svoje odluke donosilo jednoglasno, to je značilo da su u praksi države članice imale pravo veta.

Na Šestoj Međuvladinoj konferenciji ICG u Amsterdamu je donijeta odluka da se Šengenski *acquis* inkorporira u pravni sistem Evropske unije. Odluka je afirmisala prirodu samog Šengena, blisku povezanost između prava Šengena i prava Evropske unije. Osim toga, od početka Šengen saradnje, države ugovornice su bile svjesne da je riječ o laboratoriji u kojoj su i same države članice Evropske unije, željne da postignu slobodu kretanja ljudi. Inkorporacija je zato logičan slijed tog eksperimenta.<sup>30</sup>

Dodatno, potrebno je bilo inkorporisati Šengen u pravne okvire Evropske unije iz dva razloga. Oba ugovora, i Sporazum iz 1985. i Konvencija iz 1990. godine, se naslanjaju na načela koja su utemeljena osnivačkim ugovorima. I drugo, Šengenska pravna pravila su bila predviđena od početka kao privremena mogućnost, a kada vrijeme za to bude pogodno, treba pravne osnove ove saradnje uvrstiti u pravne okvire Evropske unije. A to se dogodilo Amsterdamskim ugovorom iz 1997. godine.

Veliki broj odredbi Sporazuma se može smatrati značajnim, ali osim pomenutih članova 2, 3 i 17, moramo istaći i član 134 Konvencije koji povezuje Šengen sa Pravnim okvirom Evropske unije.<sup>31</sup> Odredbe Šengena moraju biti usklađene sa pravom Unije. Za potvrdu imamo i situaciju sa EU Konvencijom o azilu (Dablinska konvencija) koja kada je stupila na snagu 1. septembra 1997. je zamijenila ekvivalentne odredbe u Konvenciji. Konvencijom je takođe propisano da samo članice EU mogu postati članice Šengena, tj. da se mora

---

Ugovora o Evropskoj uniji, Ugovora o osnivanju Evropske zajednice kao i nekih s njima povezanih pravnih akata (OJ EC 1997, C-340/01).

<sup>30</sup> Kabera Karanja, strana 44.

<sup>31</sup> Član 134 Konvencije glasi: “The provisions of this convention shall apply only insofar as they are compatible with Community law.”



povinoviti odlukama koje donosi institucije Evropske unije.<sup>32</sup> Čak i Norveška i Island, koje nisu članice Evropske unije, treba da prihvate odluke EU Savjeta. Uvođenje Šengen *acquis-a* u pravne okvire Evropske unije znači da je Šengen *acquis* postao dio prava Evropske unije i jedan od najvažnijih pravnih propisa za uspostavljanje Šengen saradnje.

Treba istaći da nisu samo nacionalni parlamenti i predstavnici izvršnih vlasti kritikovali Šengen, činio je to sporadično i Evropski parlament. Evropski parlament je tvrdio da Šengenskim ugovorima nedostaje transparentnost prilikom usaglašavanja teksta, ali i da su mjere u vezi sa azilom i zaštitom od imigranata pretjerane.<sup>33</sup> Šengen je opstao.

Amsterdamski ugovor je bio značajan jer su se države članice saglasile da prenesu nadležnosti po pitanju viza, azila, imigranata i ostalih politika u vezi sa slobodom kretanja ljudi na Zajednicu. Bilo je samo pitanje da li ih smjestiti u Prvi ili Treći stub.

Kako se Šengen *acquis* dotakao i teme osnovnih prava i sloboda pojedinaca, postavilo se pitanje i procesne zaštite.<sup>34</sup> Ovo pitanje je međutim bilo teško ili nemoguće tada riješiti zbog odnosa koji su EZ odnosno EU imale prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i zaštiti ljudskih prava.<sup>35</sup>

Na ovom mjestu bi valjalo pomenuti Ugovor Šengen III (*eng. Treaty of Prum*) iako nije dio šengenskih ugovora.<sup>36</sup>

### **Sloboda kretanja**

Pravo slobodnog kretanja i boravka iz čl. 20 i čl. 21, Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU) i čl. 45 Povelje o osnovnim pravima i slobodama predstavlja samostalno pravo građana Evropske unije koje nije (više)

---

<sup>32</sup> Vidjeti Član 140 (1) Konvencije

<sup>33</sup> Kabera Karanja, str. 48

<sup>34</sup> Lidia Morris, *Globalization, Migration and the Nation-State: The Path to a Post-National Europe*, The British Journal of Sociology, Vol. 48, No. 2, 1997, str. 197.

<sup>35</sup> O tome vidjeti u: Bojan Božović, *Evropska konvencija o ljudskim pravima i Evropska unija*, Pravni zbornik Udruženja pravnika Crne Gore, br. 1-2009, str. 299-310.

<sup>36</sup> Za tekst ugovora vidjeti: <http://www.statewatch.org/news/2005/jul/schengenIII-english.pdf>



zavisno od ekonomskih ili tržišnih ciljeva. Četiri osnovne slobode se mogu primjenjivati na slobodno kretanje ili boravak samo u okviru svog područja primjene.<sup>37</sup>

Pravo slobode kretanja je supsidijarno pravo koje se primjenjuje kada nije neposredno u pitanju tržišno činjenično stanje, pri čemu razgraničenje nije uvijek jednostavno. Ovo osnovno pravo je zato često bitno za fizička lica koja ne djeluju u poslovne svrhe (npr. za zahtijevanje medicinskih usluga, penzionere, studente, đake). Jedini uslov prava na slobodno kretanje jeste prekogranično činjenično stanje. Pravo slobodnog kretanja je u pitanju kada građanin EU želi da se kreće ili boravi u drugoj državi članici. Dodatno je u sekundarnom pravu, na temelju čl. 21. UFEU, donesena Direktiva 2004/38/EZ od 29. aprila 2004. godine o pravu građana i članova njihove porodice na slobodno kretanje i boravak na području država članica (Direktiva o slobodi kretanja i boravka) koja precizira uslove korišćenja slobode kretanja i boravka za građane EU, i ova proširuje i na članove porodica u slučaju da su članovi porodice državljanji drugih država (čl. 6. St. 2., čl. 7. St. 2. Direktive o slobodi kretanja i boravka). Pored sekundarnog prava, članovi porodice se mogu pozivati i na čl. 7 Povelje i čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima.<sup>38</sup> Ipak, zakonodavac EU može utvrditi ograničenja i uslove korišćenja slobode kretanja i boravka, poput već pomenutog uslova posjedovanja dovoljnih finansijskih sredstava ili javnog poretka, javne bezbjednosti ili zaštite zdravlja (čl. 45. st. 3, čl. 52. st. 1. i čl. 62. UFEU) ali oni moraju udovoljavati zahtjevima načela proporcionalnosti.

Značajno je istaći da Šengenska konvencija ne pravi razliku između građana Šengen država i građana Evropske unije.<sup>39</sup> To znači da građani Evropske unije nisu stranci i imaju ista prava kao građani Šengen država<sup>40</sup>. Tome u prilog ide i činjenica da je Šengensko pravo postalo dio prava Evropske unije. Ograničenja ipak postoje u odnosu na strance. U skladu sa Konvencijom, ograničenje se odnosi na period od

---

<sup>37</sup> Zlatan Meškić, Dragan Samardžić, Pravo Evropske unije I, Sarajevo 2012, str. 260.

<sup>38</sup> Meškić, Samardžić, op. cit.

<sup>39</sup> Član 1 Konvencije.

<sup>40</sup> Kabera Karanja, str. 52.

tri mjeseca za sve nedržavljanu EU država. Prilikom ulaska, stranci će biti provjeravani. Provjera se ne odnosi samo na provjeru putnih isprava i kontolu ostalih uslova koji se tiču ulaska, boravka, rada ili izlaska, već će se vršiti i provjera identiteta kako bi se spriječila i otklonila prijetnja ili opasnost po nacionalnu bezbjednost.<sup>41</sup> Kontrola će se odnositi i na vozila ali i druge objekte koji su svojini lica koja prelaze granicu. Sva lica će proći kroz najmanje jednu takvu provjeru a provjera će se vršiti u skladu sa pravilima koja važe u unutrašnjem pravnom sistemu te države. To znači da Konvencija propisuje samo minimum standarda i da kontrola može biti i restriktivnija prema strancima.

Kao što smo napomenuli, Konvencijom je propisana i ujednačenost viznih politika. Vize se odnose na boravak koji nije duži od tri mjeseca. Harmonizacija viznih politika je značila i uspostavljanje jedinstvene liste koju su činile države čiji državljani mogu ući u Šengen prostor bez uslova posjedovanja viza prilikom ulaska. To je ono što zovemo pozitivnom i negativnom viznom listom, u zavisnosti od toga da li je ulazak tih država restiktivan. Državljanu država koji su uslovljeni posjedovanjem viza prilikom ulaska su na negativnoj listi, i njihova sloboda je ograničena. Savjet je 2001. godine donio Uredbu br. 539/2001 u kojoj se vizne liste uglavnom poklapaju sa šengenskim listama.<sup>42</sup> Osim toga, sankcije su predviđene i prema licima koja pomažu nekom nezakonit ulazak u Šengen proctor.<sup>43</sup>

Kao što je bilo pomenuto, Šengen Konvencijom je ustanoljen Izvršni komitet čiji je zadatak bio da osigura implementaciju Konvencije.<sup>44</sup> Ali nakon što je inkorporiran u pravo EU, Komitet je zamijenjen Savjetom Evropske unije. Sljedstveno, od stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama, Savjet je sebe proglasio Izvršnim komitetom.

Šengenski prostor, je opipljiv izraz četiri slobode – slobodnog prometa i protoka dobara, kapitala, usluga i ljudi – kao temelja zajedničkog tržišta. Sprovođenje ovog sporazuma na spoljnim granicama Evropske unije se temelji na

---

<sup>41</sup> Čl. 6(2).

<sup>42</sup> Council Regulation (EC) No 539/2001, 23.3.2001.

<sup>43</sup> Čl. 27 Konvencije.

<sup>44</sup> Čl. 131.

zajedničkim carinskim i policijskim (EUPOL) režimima. Ukidanjem unutrašnjih granica kao ključno bezbjednosno pitanje nametnula se kontrola spoljnih granica, posebno u kontekstu kontrole imigracije i azilantske politike. Širenjem Evropske unije, a s tim u vezi širenjem šengenskog prostora, širi se i prostor koji je potrebno nadzirati, odnosno pogranično područje kojem je potrebno posvetiti posebnu bezbjednosnu pažnju kako bi se spriječili ilegalni prelasci i druge kriminalne aktivnosti, poput krijumčarenja ljudi i dobara, posebno opojnih sredstava, alkohola i duvanskih proizvoda.

Ilegalna migracija i krijumčarenje podrazumijeva i niz propratnih sigurnosnih problema, kao što su krivotvorenje ličnih dokumenata (posebno putnih isprava), podmičivanje carinskih i graničnih službenika te zloupotreba sistema dodjele azila. Posebno su snažni migratorni pritisci na granice Evropske unije s područja Magreba te Bliskog istoka, ali i iz udaljenih politički i bezbjednosno nestabilnih područja poput Avganistana i Pakistana.<sup>45</sup>

Kako postati dio Šengenskog područja?

Cilj šengenskih ugovora je bio da se ukinu i harmonizuju granični prijelazi između zemalja-potpisnica. U vrijeme potpisivanja, ugovor nije imao veze sa Evropskom unijom (tada Evropskom zajednicom), dok to danas nije slučaj.

Tokom nastanka Šengenske konvencije, Evropu su potresale i promjene državnopravnih statusa značajnog dijela Evrope, ali i porast krivičnih djela koja su se smatrala međunarodnim. Iz tog razloga je borba za poboljšanje (ili očuvanje) postojećih sistema bezbjednosti bila jedna od primarnih tema većine razgovora u ustanovljavanju i širenju bezviznog režima.<sup>46</sup> Međutim, uklanjanje unutrašnjih granica za građane Šengen država je značilo prolazak bez pasoških i identifikacionih kontrola. Ove osobe nisu morale da pokazuju bilo kakva identifikaciona dokumenta. To ne znači da ona nisu dužna da ih imaju sa sobom jer je kontrola moguća unutar

---

<sup>45</sup> Mladen Nakić, *Evropska unija i Zapadni Balkan – između želja i realnosti*, Međunarodne studije, Vol 13 No 1, 2013, str. 34.

<sup>46</sup> Catherine Phuong, *Enlarging 'Fortress Europe': EU Accession, Asylum, and Immigration in Candidate Countries*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 3, 2003, str. 644.

teritorija država. Ovo se isto odnosi i na strance koji tokom prolaska ili turiste prilikom boravka do tri mjeseca.

Oni su dužni, kao i građani Šengen zone, da ako borave u nekom hotelu ili odmaralištu da posjeduju i dokaz o tome. Sve ovo je ipak doprinijelo bržem i efikasnijem protoku ljudi. To međutim znači i da ilegalni imigranti i lica sa krivičnih potjernica mogu slobodno da se kreću.

Jedan od najvažnijih zadataka u uključivanju Šengen zone je bio da odabere od odredaba i mjera država ugovornica one koje predstavljaju zapravo *acquis*, odnosno sistem prava koji bi mogao da posluži kao osnov za buduću saradnju. Lista elemenata koji čine *acquis*, postavljajući odgovarajući pravni osnov za svaki od njih u Ugovoru o EZ ili Ugovoru o EU, usvojena je 20. maja 1999. godine.<sup>47</sup>

Šengenska zona danas obuhvata preko 4 300 000 km<sup>2</sup>, pa je zato jedno od osnovnih pitanja prilikom ulaska prije svega sistem bezbjednosti i suverenosti države koja želi da postane dio šengenskog sistema.

Članice šengenskog prostora nisu Bugarska, Rumunija, Kipar i Hrvatska, iako su članice Evropske unije, i za razliku od Ujedinjenog Kraljevstva i Irske su izrazile želju za primjenom i poštovanjem šengenskih principa. Danska je potpisala Šengenski sporazum ali može da bira u okviru EU da li će primijeniti neke nove mjere na osnovu Naslova IV ugovora o EZ, čak i one koje predstavljaju razvoj Šengenskog *acquis communautaire*. Danska je obavezana određenim mjerama na osnovu zajedničke vizne politike.

Formalno, pregovarački proces je jednak za sve države kandidate. U praksi, to i nije tako. Države koje su na jugu Evrope su mnogo češće pogođene različitim problemima nastalim slobodnim protokom ljudi, nego što je riječ o nordijskim državama pa samim tim one vjeruju da nemaju tehničkih i finansijiskih resursa u dovoljnoj mjeri da štite spoljnu granicu Šengena. Zato je ova tema naročito složena za zemlje iz Istočne i Jugoistočne Evrope. Ali te poteškoće u širenju su bile i znatno ranije,<sup>48</sup> nego što se o tom pitanju

---

<sup>47</sup> Catherine Phuong, str. 643.

<sup>48</sup> Vidjeti: Giovanna I. Wolf, *Efforts toward "An Ever Closer" European Union Confront Immigration Barriers*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol.

raspravljalo za npr. Bugarsku ili Rumuniju. I Italija, kao jedan od osnivača Evropske zajednice, nije odmah postala članica Šengenskog režima.<sup>49</sup> Razlog za to je, između ostalog, bio i strah koji su osjećale Francuska i Njemačka od velikog broja ilegalnih imigranata koji bi se nastanili upravo u ovim državama ako bi Italija postala članicom Šengena.

Postepeno širenje Šengen zone ka uključivanju svih država članica EU je dovelo do toga da tzv. treće države uzmu učešće u Šengenskoj saradnji. I približe se, samim tim, uživanjem prava na evropsko građanstvo.<sup>50</sup> Za te države, ovo učestvovanje se sastoji u tome da: budu uključene u zonu bez kontrole na unutrašnjim granicama, da primjenjuju odredbe Šengenskog sporazuma i sve dokumente koji su kasnije usvojeni a povezani su sa njim, da budu uključeni u odluke koje se tiču dokumenata relevantnih za Šengen. U praksi ovo uključivanje se odvija u formi mješovitih komiteta koji se sastaju paralelno sa radnim tijelima Savjeta EU. Njih čine predstavnici vlada država članica, Komisije i vlada trećih država. Povezane države učestvuju u raspravama o razvoju šengenskog *acquis*-a ali nemaju pravo glasa.

Za Crnu Goru je kao državu kandidata, i državu koja se graniči sa Republikom Hrvatskom, najznačajnija pozicija upravo ovog susjeda. S obzirom da ni naša država samim činom ulaska u Evropsku uniju vjerovatno neće postati i članica Šengenskog poručja, smatramo da je važno istaći trenutni položaj Republike Hrvatske i njenih građana u odnosu na "Evropu bez granica". Iako je Hrvatska od 1. jula 2013. godine, nije automatski postala članica šengenskog prostora, hrvatski državljani jednostavnije prelaze unutrašnje granice zemlja članica EU, u koje sad mogu da putuju samo sa ličnom kartom, dok brži prelaz šengenske granice sa Slovenijom i Mađarskom trebaju da osiguraju zajedničke granične kontrole. Hrvatski građani mogu prelaziti unutrašnje granice EU s važećom ličnom kartom, dok će im pasoš biti potreban za putovanje u države koje nisu članice EU - Norvešku, Island,

---

4, No. 1, Symposium: Feminism and Globalization: The Impact of the Global Economy on Women and Feminist Theory, 1996, str. 223-227.

<sup>49</sup> Kabera Karanja, str. 51.

<sup>50</sup> Cristiana Lemke, Citizenship and European Integration, World Affairs, Vol. 160, No. 4, 1998, str. 213.

Lihtenštajn i Švajcarsku, ali su članice šengenskog, odnosno Evropskog privrednog prostora. Budući da su hrvatski državljani od 1. jula 2013. postali građani Evropske unije nad njima se prilikom ulaska u Šengen sprovodi samo osnovna granična kontrola, kao i prema državljanima zemalja članica EU i Evropskog privrednog prostora, kojima za ulazak u Hrvatsku treba samo lična karta.

Građani susjednih zemalja koje nisu članice EU za ulazak u Hrvatsku treba da imaju biometrijski pasoš, osim građana Bosne i Hercegovina sa hrvatskim dokumentima.

### **Crna Gora i Šengen**

Crna Gora je nema još uvijek sva pitanja granica riješenom. Međutim taj problem je izražen kod svih država bivše SFRJ. Od svih graničnih pitanja koja još uvijek nisu zaključena, pitanje razgraničenja sa Republikom Hrvatskom je najznačajnije i najkompleksnije. Iako danas nije članica Šengena, Republika Hrvatska je članica Evropske unije i na graničnom prelazu između Crne Gore i ove države, istovremeno imamo i granicu između Crne Gore i Evropske unije. Zato je i režim prelaska naših građana nešto drugačiji od ulaska Hrvatske u EU. Ipak je važno istaći da se Crna Gora nalazi na tzv. Bijeloj Šengen listi<sup>51</sup> još od 19. decembra 2009. godine. Od tada do danas, državljani Crne Gore mogu putovati u 26 država Evropske unije i 3 države koje to nisu. Lista zemalja: Austrija, Belgija, Bugarska, Kipar, Češka Republika, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Njemačka, Grčka, Mađarska, Island, Italija, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Malta, Holandija, Hrvatska, Norveška, Poljska, Portugalija, Rumunija, Slovačka, Slovenija, Španija, Švedska i Švajcarska.<sup>52</sup> Još jednom podsjećamo da u Šengeski prostor ne potpadaju Velika Britanija i Irska, pa naši građani ne mogu koristiti povlastice

---

<sup>51</sup> O kriterijumima za svrstavanje država na bijelu šengensku listu vidjeti i: Jelena Lepetić, Bela Šengenska lista, Stvarni pravni život 1/2009, Beograd, 2009, str. 94-95.

<sup>52</sup> O viznom režimu se crnogorski državljani mogu informisati na sajtu Ministarstva vanjskih poslova i evropskih integracija, a link koji im može koristiti je i: <http://www.mvpei.gov.me/rubrike/konzularni-poslovi/vizni-rezim-cg/>

bijele šengenske liste i na tim teritorijama. Međutim, u pomenute države, državljani Crne Gore koji posjeduju biometrijski pasoš mogu slobodno putovati u ove zemlje, i to na svakih šest mjeseci, na period do 90 dana, bilo da se radi o poslovnoj posjeti, studijama ili turističkom putovanju. Ovaj period počinje onog trenutka kada prvi put uđete na ovu teritoriju. Naravno da je moguće putovati i više puta u države Šengen zone ali je važno voditi računa da se u roku od šest mjeseci ne „iskoristi” pravo na ukupni boravak od 90 dana. Ovaj bezvizni režim se odnosi samo na putovanja. On ne dozvoljava građanima Crne Gore da rade u državama na koje se bezvizni režim odnosi.

Ukoliko naši građani planiraju da borave u ovim državama duže od tri mjeseca, zbog rada ili studiranja, moraju aplicirati za dobijanje dugoročne vize, ili boravišne dozvole u konzulatu zemlje koja je njihovo odredište. Ovako restriktivne mjere postoje i zbog velikog broja imigranata sa prostora Centralne i Istočne Evrope tokom devedesetih godina. Mada ovakvo stanovište sadrži jednu nelogičnost jer su u Njemačkoj u tom periodu oko 8% radne snage činili imigranti iz raznih država<sup>53</sup>. Osim toga, mada možda zvuči paradoksalno, i Crna Gora će morati riješiti sva pitanja granica sa svojim susjedima, a samim pitanjem riješiti pitanje suvereniteta, da bi se mogla priključiti sistemu “bez granica”.<sup>54</sup> Osim toga, za Crnu Goru će svakako biti važni i odnosi u regionu. Ovi kriterijumi se neće primjenjivati automatski ali solidarnost država jednog područja može poslati jasnu poruku. Ipak moramo napomenuti da ima “mišljenja da je pri formiranju viznih lista u značajnoj mjeri prisutna arbitrarnost”.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Sarah Collins, Visa requirement, carrier sanctions, “safe third countries” and “readmission”: the development of an asylum “buffer zone in Europe, Royal Geographical Society, London, 1996, str. 81.

<sup>54</sup> Višeslav Raos, Pomicanje granice Europske unije na jugoistok i višestruki procesi teritorijalizacije, Politička misao br. 3, Zagreb, 2013, str. 34.

<sup>55</sup> Žaklina Novičić, Vizne liste EU, Evropsko zakonodavstvo, br. 5/03, Beograd, str. 76.



## **Zaključak**

Šengen je, kao što se može vidjeti, bio jedan od najznačajniji događaja u Evropi u drugoj polovini dvadesetog vijeka. Ideja koja je u početku podržana od samo nekoliko država, danas je realno stanje za više stotina miliona ljudi. Za nas, kao državu koja će jednog dana biti dio ovog sistema, važno je da shvatimo neophodnost uvažavanja otvorenih granica i usvajanja sistema vrijednosti koji će su u skladu sa savremenim evropskim tokovima. Jak i razvijen sistem bezbjednosti, ne mora i neće uvijek finkcionisati nužno po principima čvrstih, zatvorenih granica. Naprotiv. Bezbjednost građana se mora realizovati kroz više sfera. Poštovanjem slobode kretanje, uz zaštitu javnih interesa. Ovdje posebno treba biti svjestan da pravci trgovine ljudima i narkoticima prelaze i preko naše granice i da će upravo to biti pod budnim okom svih koji odlučuju o našem ulasku u Šengen sistem. Ali sa druge strane, sa sličnim problemima su se suočavale i ostale države. A moraće i Crna Gora. Slijepo prihvatanje načela da sve zavisi od geopolitičke situacije, i da smo mi „mali sistem” koji nikom ne može naškoditi, sigurno neće shvaćeno ozbiljno ni relevantno na adresama koje odlučuju o nama.

Da bi Crna Gora danas bila dio Šengenskog sistema, ona mora ispuniti najmanje one uslove koje se odnose na ulazak naše države u EU. Kada preskočimo tu, najtežu stepenicu, moraćemo ispuniti i dodatne kriterijume koji će nam, najvjerojatnije, biti postavljeni. Tek nakon toga, slobodan kretanje i naših državljana u ovom višemilionskom sistemu će biti pravo koje ćemo u punom smislu te riječi uživati. Do toga nas čeka dug put, više godina čekanja, a i konačan ishod ne zavisi samo od nas. Ali se mi moramo ponašati kao da je to najmanje važno. I svakog dana, uređujući svoj pravni, politički i ekonomski sistem, korak po korak, ići ka tom sistemu.

## **Summary**

This paper examines the basic aspects of the border and Schengen area, the European Union's passport of free travel. The Schengen Agreement was signed thirty years ago and this



undoubtedly constitutes one of the key and crowning achievements of the European construction, with the principal objective of reconciling freedom and security.

EU's area of freedom, security and justice was created to ensure the free movement of persons and to offer a high level of protection of citizens. It covers policy areas that range from the management of the European Union's external borders to judicial cooperation in civil and criminal matters and police cooperation. It also includes asylum and immigration policies and the fight against crime.

The Schengen process has not been a long, quiet river. Today as never before, this area is under close scrutiny and is subject of a severe debate. The main areas that this paper covers are the historical development of Schengen area in relation to the European countries as well as the position of Montenegro in this process.



**Mr Janko ŠČEPANOVIĆ<sup>1</sup>**

**SYKES-PICOT AGREEMENT AS COLONIALIST ORIGINAL  
SIN SHAPING TODAY'S MIDDLE EAST**

In May of this year it will be exactly a hundred years since one of the most controversial secret accords that profoundly shaped, and continues to shape, the Middle East was officially adopted by three First World War allies: Britain, France and Russia.<sup>2</sup> It is the so-called Sykes-Picot Agreement. It carries the names of two men who negotiated it on behalf of their respective governments: Britain's Conservative Party politician and Middle East expert, Sir Mark Sykes, and France's former consul in Beirut, and also a specialist on the region, François Georges Picot. This secret accord reflected political and geostrategic ambitions of the two war-time allies in regard to the fate of post-Ottoman Middle East. It was also an indication of their opportunism and perhaps even desperation at a time when the fortunes of the war were not on the side of the Allies.

Among historians, observers, commentators, and certainly many citizens of Middle Eastern states, the Sykes-Picot Agreement was associated with Allies' double-dealing and dishonesty, and for generations it was regarded as the ultimate embodiment of Europe's imperial ambitions for the region. It was seen as some sort of original sin that created artificial borders that did not correspond to the wishes of the peoples who lived in the Middle East, and which produced many of the problems that we see today. Interestingly though, from a legal point of the view, the agreement that actually set the borders in post-Ottoman Middle East was not the Sykes-Picot Agreement (which was agreed and ratified in May 1916), but rather the San Remo Conference from April 1920 in which the

---

<sup>1</sup> Autor je istraživač i magistar Bliskoistočnih studija sa Siti univerziteta u Njujorku (The Graduate Center of the City University of New York (CUNY)).

<sup>2</sup> D.K. Fieldhouse, *Western Imperialism in the Middle East 1914-1958* (New York, London: Oxford University Press, 2006), p.70.

Allies also agreed on the mandates, and set somewhat different borders for the future states of Iraq, Transjordan, Palestine and Lebanon.<sup>3</sup> Later, of course, the successful rebellion by Kemal Atatürk annulled the San Remo and Sèvres<sup>4</sup> borders for Turkey and established the boundaries that we see today. Nonetheless, the Sykes-Picot Agreement was one treaty that is most frequently decried given that it is the first one where the two sides discussed in detail the post-war territorial division of the Ottoman Empire, and was thus synonymous with Allies' imperial ambitions vis-à-vis the Middle East, secret diplomacy, and their double-dealing and dishonesty toward their Arab Allies.

This accusation against the British and French governments is additionally reinforced in cases where the Allies ignored region's cultural and religious sensitivities, as well as, political and power relations in countries over which they later received mandates to administer on behalf of the League of Nations. British and French policymakers often installed their own proxies and applied 'divide and rule' doctrine to weaken the traditional centers of power. In Lebanon France disproportionately empowered Christian Maronites, while in case of Syria, French administrators divided the country into several provinces in order to undermine the traditional ruling classes, prevent development

---

<sup>3</sup> F. Gregory Gause III, 'Is this the end of Sykes-Picot?', *The Washington Post*, May 20, 2014, < <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2014/05/20/is-this-the-end-of-sykes-picot/>> and in Nick Danforth 'Forget Sykes-Picot. It's the Treaty of Sèvres That Explains the Modern Middle East', *Foreign Policy*, August 10, 2015, < <http://foreignpolicy.com/2015/08/10/sykes-picot-treaty-of-sevres-modern-turkey-middle-east-borders-turkey/>>., and in Janko Scepanovic, "Sentiment and Geopolitics in the formulation and realization of the Balfour Declaration" (2014). CUNY Academic Works. [http://academicworks.cuny.edu/gc\\_etds/280](http://academicworks.cuny.edu/gc_etds/280)

<sup>4</sup> Treaty of Sèvres from 10th of August 1920 was the one that effectively put an end to the Ottoman Empire as we knew it, as it was forced to give up all of its non-Turkish territories, and Anatolia was divided on several provinces. Nonetheless, the Turkish nationalists under Mustafa Kemal successfully rebelled and forced the Allies to renegotiate the boundaries at Lausanne Treaty of 24 July 1923. More on this can be found in M.E. Yapp, *The Making of the Modern Near East 1792-1923*, (New York and London: Longman, 1987), pp.301-331.

of Syrian identity and intensify, rather than mollify, sectarian divisions.<sup>5</sup> In similar vein, British Government embraced and helped implement ambitious and highly controversial project like the Balfour Declaration, which carried a promise to help facilitate a reestablishment of a national home for the Jewish people in Palestine, even though at the time the Jews constituted only a fraction of the population of the land, while the political and national aspirations of the majority of inhabitants- the Arabs- were completely ignored.<sup>6</sup>

In today's Middle East, some of the most vocal advocates for destruction of post-First World War borders come from the ranks of extreme movements like the so-called Islamic State (IS), and from groups that denounce the role of secular ideologies like nationalism and oppose the states founded on principles of sovereignty of nations. On the other hand, there are also historians, academics and journalists who for different reasons point out to problems that the Sykes-Picot Agreement engendered. However, the reality is that apart from extremists like the so-called IS, few states actually call for a redrawing of the map of the Middle East or have a feasible idea how to do that without causing even greater problems.<sup>7</sup> For instance, any border changes that would appear as a rectification of the past injustice could create a domino effect elsewhere in the world. Moreover, what is particularly objectionable, and needless to

---

<sup>5</sup> Read more in M.E. Yapp, *The Near East since the First World War: A History to 1995* (London, New York: Longman, 1996), pp. 85-115 and in William L. Cleveland, *A History of the Modern Middle East* (Boulder, Colorado: Westview Press, 2004), pp. 218-231.

<sup>6</sup> Read more about this in Scepanovic, *op. cit.*. Some highly detailed studies of the origins of the Balfour Declaration can be found in Leonard Stein *The Balfour Declaration* (New York: Simon and Schuster, 1961), Isaiah Friedman, *The Question of Palestine: British-Jewish-Arab Relations: 1914-1918* (New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 1992), and Jonathan Schneer, *The Balfour Declaration: The Origins of Israeli-Palestinian Conflict* (New York: Random House, 2012). At the beginning of the First World War, there were around eighty-five thousand Jews living in Palestine, which was only around one-ninth of the total population of this province (in Schneer, *The Balfour Declaration*, pp.5, 12.).

<sup>7</sup> F. Gregory Gause III, *op. cit.*, and in 'Roula Khalaf, 'Colonial powers did not set the Middle East ablaze', *The Financial Times*, June 29, 2014, <<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/86c958c2-ff78-11e3-8a35-00144feab7de.html#axzz3wUrNuk3L>>.

say illegal under the international law and the UN Charter, is the idea of a forceful rearrangement of international borders particularly when it's being done by a terror organization like the so-called IS. Finally, there are also other historically and socially important concerns associated with a forceful destruction of the present borders, not least of which are the implications that a creation of the state system based on a single religious affiliation would mean for numerous other religious groups across the Middle East. This paper will seek to briefly explain the specific circumstances under which the agreement came into being in the early years of the war. Later, it will attempt to assess the impact of imperialism and the extent of responsibility this secret treaty has on present troubles in the region. Finally, the paper will reflect upon challenges a dismantling of international order could pose to the Middle East and beyond, and then try to predict some possible arrangements to the ongoing crises.

### **Some background on the Sykes-Picot Agreement**

As was indicated, the Sykes-Picot Agreement was a highly controversial piece of wartime diplomacy. During the First World War the Ottoman Empire found itself allied with the Central Powers, which included Germany and Austria-Hungary, and ultimately had to fight the Entente. Turkey's ruling Committee of Union and Progress (CUP) went to war with Britain and its allies in no small part because of the close military and economic ties it had developed with Germany since the 1880s. In addition to that, the Ottomans feared Russia, which has been hostile to the Ottoman Empire for many decades, because it had well-known designs to capture Constantinople and take control over the Straits, and also had previously fought the Ottomans and supported national-liberation movements among Empire's Christian subjects.<sup>8</sup> The Sykes-Picot Agreement arose after a series of developments during the early months of the war. In March 1915, Russia asked its French and British allies to recognize its right to capture and keep control over Constantinople and the Straits,

---

<sup>8</sup> Fieldhouse, op. cit., pp.36-61.

and in return Tsar's government offered to agree to British and French desiderata in other parts of the Ottoman Empire (these were the so-called Constantinople Accords).<sup>9</sup>

Therefore, it is important to keep in mind that, without intending to excuse the imperialist policies (and the Sykes-Picot Agreement ended up being that), one needs to understand the circumstances in which this secret treaty came into being. It was not a pre-planned conspiracy. In May 1916, when it was ratified, it was far from certain how the war would end. Rather, this secret agreement emerged as the fortunes and misfortunes of the war unfolded. In fact, early on there was little enthusiasm among some of the chief policy makers in Britain to attain any new colonies, which shows us the complex nature of diplomacy and relations between great powers, and how they viewed the world around them and understood the burden of imperialism. For instance, British Prime Minister at the beginning of the war, Herbert Henry Asquith, was loath to accept any new imperial acquisitions and recalled it in his diary: 'in the real interests of our own future the best thing would be if at the end of the War we could say we had taken and gained nothing, and this is not from a merely moral and sentimental point of view. Taking Mesopotamia, for instance, means spending millions in irrigation and development...keeping up quite a large army in an unfamiliar country, tackling every kind of administrative question.'<sup>10</sup> Alternatively, his government would prefer exercising only an indirect influence over the Ottoman Empire and securing favorable commercial interests. Hence, while not abandoning the existing imperial possessions, the government of Asquith showed little desire to enlarge its empire and instead looked for other, indirect, methods of exercising influence and securing vital interests.

This was backed by a report of the interdepartmental De Bunsen Committee, which Asquith had appointed in spring 1915 precisely for the purpose of assessing the future of Turkey in Asia. The Committee issued its recommendations on

---

<sup>9</sup> Yapp, *The Making of the Modern...* op. cit., pp.275-287.

<sup>10</sup> The Earl of Oxford and Asquith, *Memories and Reflections 1852-1927* Vol. II (Boston: Little, Brown, and Company, 1928), pp.82-83.

the 30<sup>th</sup> of June of the same year. In its conclusion, Committee's experts recommended preservation of the reformed Ottoman Empire, and indicated how "decentralisation", if attainable on the lines indicated in this Report, offered on the whole the best solution in the interests both of Turkey and Great Britain...."<sup>11</sup> It further indicated how 'the advantages of this scheme, if it could be adopted by the Allies, are considerable, and to Great Britain they are of special benefit...presuming that the scheme is successful, and that the Ottoman Empire endures, beyond developing our enterprise...and advancing our trade interests...we should be freed from all military charges.'<sup>12</sup> The Report also recognized five provinces that should consist the basis of aforementioned 'decentralisation': Anatolia, Armenia, Syria, Palestine and Irak-Jazirah, and interestingly enough, it did not mention Arabia.<sup>13</sup> Other options such as the partition, spheres of influence and leaving the Ottoman Empire as it was were considered in terms of advantages and disadvantages, but were overall deemed less preferable for Britain. The recommendations of the De Bunsen Committee were remarkably non-annexationist.<sup>14</sup> When put in perspective it should not be a surprise. It has been a long-established policy of previous British governments to protect the integrity of the Ottoman Empire, especially from encroachment by other great powers. In that sense, De Bunsen Committee displayed a continuity of strategic thinking.<sup>15</sup> This was in part due to fears that its dissolution would create a land-grab by other European nations, and having them neighbor vital British strategic points such as the Suez Canal was less desirable than having an Ottoman presence border the same area.

This is where one key member of De Bunsen Committee comes in: Sir Mark Sykes. He helped design maps for division

---

<sup>11</sup> CAB. 42/3/12 PRO (Public Record Office- the National Archives, London, UK), "Committee of Imperial Defence-Asiatic Turkey", Report of a Committee, 30 June 1915, pp. 26-27.

<sup>12</sup> Ibid., pp. 23-24.

<sup>13</sup> Ibid., p. 22.

<sup>14</sup> Friedman, op. cit., pp. 8-23.

<sup>15</sup> Scepanovic, op. cit., pp.19-25.



of spheres of influence in the Ottoman Empire.<sup>16</sup> It was recognized that in case the Ottoman Empire was to be dissolved 'British desiderata would be adequately met by the annexation of the vilayets of Basra, Baghdad, and the greater part of Mosul, with a port on the Eastern Mediterranean, at Haifa, and British railway connection between this port and the Persian Gulf.'<sup>17</sup> The Committee, however, was advising against direct territorial acquisitions. It recognized difficulties and liabilities of the annexation, not the least of which was greater vulnerability to future attacks by then allies, but traditional and historic rival states, like Russia and France: '[t]he military liabilities entailed by the annexation would be extensive. The widely-scattered territories composing the British Empire are either insular or else are separated by sea or inhospitable tracts from the dominions of the great military powers of Europe.'<sup>18</sup> By implication, a common boundary with France or Russia would necessitate stationing additional troops there. In fact, during his later negotiations with Picot, Sykes was willing to give to the French the areas that were bordering with Russian spheres of influence, and hence turn the two against each other while creating a buffer between Russian and British-controlled areas.<sup>19</sup> Moreover, there were widespread concerns over the negative impact the break-up of the one remaining Sunni Muslim empire would have on numerous Muslim subjects of the British Empire, especially sixty-five million of them who lived in India.<sup>20</sup> On top of that,

---

<sup>16</sup> David Fromkin, *A Peace to End All Peace: The Fall of the Ottoman Empire and the Creation of the Modern Middle East* (New York: An Owl Book Henry Holt and Company, 2001) pp. 146-149 and in Roger Adelson, *London and the Invention of the Middle East: Money, Power, and War, 1902-1922* (London and New Haven: Yale University Press, 1995), pp.123-127.

<sup>17</sup> CAB. 42/3/12 PRO, "Committee of Imperial Defence-Asiatic Turkey", op. cit., p.9.

<sup>18</sup> Ibid., p.10.

<sup>19</sup> Fromkin, op. cit., pp. 188-195.

<sup>20</sup> Eugene Rogan, *The Fall of the Ottomans: The Great War in the Middle East*, (New York: Basic Books, 2015), pp.52, 70. There was already anxiety in Britain when on the 14th of November 1914 Ottoman Sultan called for a global jihad against the Entente powers and some of their allies. This was one of the reasons why some in British government, especially the War Minister Horatio Kitchener, sought to win over prominent Muslim leaders,

Britain would be seen as deliberately carving up Arab lands, and this was contrary to friendly relations with certain Arab leaders in the region and to an idea of a future independent Arab state.<sup>21</sup>

Yet, despite the initial hesitancy to take new possessions, the fortunes of the war changed British posture. Several factors brought about the shift in decision to go from non-annexationist to having an interest in expanding its empire in the Middle East. One was the pressure by its wartime allies like Russia, which sought to establish control over the Constantinople and the Straits. This forced the British and the French to make their own claims on parts of the Ottoman Empire. Also, the failed Gallipoli and Dardanelle expeditions influenced British thinking on the Middle East and renewed its readiness to support an Arab uprising against the Ottomans, promising them some form of autonomous state, which essentially meant that London was agreeing on the break-up of the Ottoman Empire. Naturally, any promises concerning the eventual statehood to the Arabs meant that such a state would have a foreign patron, and in this case it was to be Britain. Hence, the British needed to consult their French allies over their respective interests in the Ottoman Empire. This is how we come to the Sykes-Picot Agreement, which both countries negotiated during the winter 1915-1916, and formally ratified in May 1916. While promising to the Arabs an independent kingdom, Britain was also contemplating with France a division of spheres of influence over Arab lands of the Ottoman Empire. The anti-annexationist posture of the Prime Minister Asquith and his Foreign Secretary Sir Edward Grey was replaced by far more overt imperialism of David Lloyd George who succeeded Asquith as the head of the government in December 1916. Lloyd George changed government's Middle East policy and increased its desire to take on new imperial responsibilities. And unlike

---

like Emir Hussein of the Hashemites, whom he considered a respected person in Islamic world and whose alliance with the British could balance out the hostility of the nominal head of Sunni Muslims, the Ottoman Sultan.

<sup>21</sup> CAB. 42/3/12 PRO, "Committee of Imperial Defence-Asiatic Turkey", op. cit., p.12.

Asquith, who had little interest for the war in the Middle East, Lloyd George believed that the theater of operations in the Middle East was an important one, and that the ultimate victory over the Central Powers could be achieved sooner if the Ottoman Empire was defeated first.<sup>22</sup> On the French side, the imperialism was a province of a small club of officers, nationalists, and aggressive entrepreneurs who sought to further France's image and their own fortunes. These men came to form the so-called 'Comité de l'Asie française' and served as a pressure group on the French Government.<sup>23</sup> Needless to say, Georges Picot was a member of this 'Comité'.

There were some misgivings about the viability of this agreement. The Chief of British Military Intelligence, Brigadier-General Macdonough, noted 'it seems to me that we are rather in the position of the hunters who divided up the skin of the bear before they had killed it.'<sup>24</sup> Director of the Naval Intelligence unit Captain Reginald W. Hall also pointed out to weaknesses of the agreement, especially the concession of all of Syria and parts of Iraq to France, and in particular the port of Alexandretta, which was deemed a valuable naval base. He suggested the consideration of the question of Zionism and Palestine, and the need to secure railway control for Britain in Palestine rather than allow an international administration to independently run the province.<sup>25</sup> However, once it started negotiations, the British government had to conclude them and attempt not to alienate France, which was a key ally in the major fight against the Germans in Europe. At the same time, Britain had to ensure it made it clear which parts of the Ottoman Empire it regarded as essential to its geostrategic interests in case of its break-up. In his memo from the 5<sup>th</sup> of January 1916, Mr. Sykes summarized some of the main points

---

<sup>22</sup> Fromkin, *op. cit.*, pp. 263-275.

<sup>23</sup> James Barr, *A Line in the Sand: The Anglo-French Struggle for the Middle East, 1914-1948* (W.W. Norton & Company: New York, 2012), pp.11-17.

<sup>24</sup> CAB. 42/11/9 PRO, War Department Secret Series, Brigadier-General Macdonough to Sir A. Nicholson, 7 January 1916.

<sup>25</sup> CAB. 42/11/9 PRO, War Department Secret Series, 'Memorandum on the Proposed Agreement with the French' enclosed in Captain Hall to Sir A. Nicholson (Received January 13), 12 January 1916.

of the future agreement, which, among other things, specified how 'France and Britain should be prepared to recognize and protect a confederation of Arab States in the areas (a) and (b) under the suzerainty of an Arabian chief.'<sup>26</sup>

It was also clearly implied that the two powers would have in their desired areas of influence 'priority of right of enterprise and local loans' and 'should alone supply advisers or foreign functionaries at the request of the Arab confederation'.<sup>27</sup> What to this future Arab chief, Emir Hussein of the Hashemite family who was a custodian of Mecca, meant an independent kingdom, Britain and France understood rather differently. It was supposed to be a loose confederation where victorious allies would have a right to send their agents, administrators and commercial representatives to oversee the development of this confederation, and also secure their countries' vital interests. No less controversy arose from discussions on the boundaries of the future Arab confederation. Britain was simultaneously, and in secrecy, negotiating with both Emir Hussein and the French government, and ended up having both sides present conflicting claims.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> CAB. 42/11/9 PRO, War Department Secret Series, 'Arab Question'-Memorandum by Sir Mark Sykes, 5 January 1916. The final text of the Sykes-Picot Agreement can be found here: The Sykes-Picot Agreement: 1916, The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy, <[http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/sykes.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/sykes.asp)>.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> This is another controversial matter which I won't touch in depth in this paper. In short, Emir Hussein was in communication with British High Representative in Cairo Sir Henry McMahon who promised him Britain's support for creation of an Arab state in proposed boundaries if Hussein led a revolt against the Ottomans. The borders of the state Hussein claimed for the Arabs were disputed by McMahon who in a vague comment insisted that Britain could not guarantee him the control over coastal parts of Syria, which her ally France had historical connection to: '[t]he two districts of Mersina and Alexandretta and portions of Syria lying to the west of the districts of Damascus, Homs, Hama and Aleppo cannot be said to be purely Arab, and should be excluded from the limits demanded. With the above modification, and without prejudice of our existing treaties with Arab chiefs, we accept those limits. As for those regions lying within those frontiers wherein Great Britain is free to act without detriment to the interest of her ally, France, I am empowered in the name of the Government of Great Britain to give the following assurances and make the following

What is also clear, was that evolvement of any form of Arab state was to take place under foreign protection and tutelage, which clearly indicated that to the Europeans the peoples of the Middle East were somehow unfit and unprepared to govern themselves.

The Sykes-Picot Agreement was widely denounced by many. Historians of the region like George Antonius described it as ‘...a shocking document. It is not only the product of greed at its worst, that is to say, of greed allied to suspicion and so leading to stupidity: it also stands out as a startling piece of double-dealing.’<sup>29</sup> Others took a more reserved line. For instance, Oxford’s Eugene Rogan suggested the treaty was misunderstood and that the map of the modern Middle East does not reflect the map Mark Sykes used. What supports this assertion is the San Remo Agreement actually gave all of modern Iraq to Britain, as well as Palestine, and detached Lebanon from Syria and Transjordan from Palestine. In Rogan’s view, the agreement actually represented an exercises between two countries on defining areas of influence in areas where Britain and France were free ‘to establish such direct or indirect administration or control as they desire[d]’.<sup>30</sup> There

---

reply to your letter: 1. Subject to the above modifications, Great Britain is prepared to recognize and support the independence of the Arabs in all the regions within the limits demanded by the Sherif of Mecca.’ More can be found at ‘The Hussein-McMahon Correspondence (July 1915- August 1916)’, Jewish Virtual Library, < <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/History/hussmac1.html#1>>. There was also a matter of Palestine, which Britain did not want to abandon neither to the French, nor Arabs, nor to the international administration, and eventually, once Lloyd George became a prime minister, ended up, depending on whom you ask, conquering or liberating, and supporting a Zionist project in the country. More on this can be found in numerous books of which I will mention a few such as Fromkin’s *A Peace to End All Peace: The Fall of the Ottoman Empire and the Creation of the Modern Middle East*, Yapp’s *The Making of the Modern Near East 1792-1923*, Friedman’s *The Question of Palestine: British-Jewish-Arab Relations: 1914-1918*. The fourth letter in this correspondence is often regarded as the crucial one. The translation of the Hussein-McMahon letters can be found at ‘The Hussein-McMahon Correspondence (July 1915- August 1916)’, Jewish Virtual Library, < <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/History/hussmac1.html#1>>.

<sup>29</sup> Quoted in Rogan, *The Fall of the Ottomans: The Great War in the Middle East*, (New York: Basic Books, 2015), p.285.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p.286.

was no doubt, however, that Britain and France, as well as the deposed Tsarist government in Russia, were deeply embarrassed when the Bolsheviks published these secret accords in the press and the three governments found themselves criticized for their imperial designs.

### **Implications for today and what should we do about challenges to international system**

The First World War and the subsequent Western imperialism left a profound mark upon the Middle East. The structures that unified most of the Arab lands for centuries were destroyed and it resonated with the region. The Ottomans held together the Middle East by power and legitimacy. While their empire was regarded for decades prior to the outbreak of the First World War as a ‘Sick Man of Europe’, it was in fact a resilient entity whose rulers in mid-nineteenth century<sup>31</sup> tried different reforms to modernize it, solve some of the internal problems such as separatist nationalism of their non-Muslim subjects, and in general strengthen the ability to withstand encroachment by European powers. In spite of the frequent accusations of intolerance and occasional brutal suppression of uprisings by non-Muslim subjects, throughout most of its long existence, the Ottoman Empire was actually quite tolerant, and its long survival is a testimony to that.<sup>32</sup> In the late nineteenth century, its reformers had modern vision and ideas. Nonetheless, their country was affected by the global economic system, which was dominated by the wealthy European nations, and which subjected it to the role of a global periphery whose main purpose was to produce crops for

---

<sup>31</sup> This was the so-called ‘Tanzimat’ period, when Ottoman state servants tried to modernize state administration, tax collection and organization. More on this can be found in works of James L. Gelvin, *The Modern Middle East: A History* (New York, Oxford: Oxford University Press, 2008), M.E. Yapp, *The Near East since the First World War: A History to 1995* (London, New York: Longman, 1996), and William L. Cleveland, *A History of the Modern Middle East* (Boulder, Colorado: Westview Press, 2004).

<sup>32</sup> Juan Cole, ‘What’s Wrong With Robert Kaplan’s Nostalgia for Empire’, *The Nation*, May 26, 2015, < <http://www.thenation.com/article/whats-wrong-robert-kaplans-nostalgia-empire/>>.

Western markets and buy their products.<sup>33</sup> The heterogeneous Ottoman Empire withstood a lot, but once this system collapsed, many of the ancient provinces gained independence which they did not experience in centuries.

In the wake of it, the seeds of many of the current troubles were sown and are haunting us to this day.

Imperialism by any actor at any time in any part of the world leaves a lasting mark. There are some arguments that imperialism have beneficial impact upon countries and regions, and there is some truth in this. For instance, imperialism can prevent major massacres and provide stability under the security umbrella of a dominant power of the day, as was the case of Britain in the 1800s.<sup>34</sup> The defenders of an idea of a benevolent empire try to present it as a protective force which should be criticized not because of what it represents (a creation based on military conquests), but rather, it should face criticism when it fails to carry out its role: protection of the rule of law and imperial security.<sup>35</sup> The British Empire, for instance, provided relative safety to its subjects, and in some areas of the world this was a precious respite from periods of anarchy. Also, the Royal Navy being the most powerful navy throughout the nineteenth century connected various parts of the world into a global economy.<sup>36</sup> Hence, this was in some respects an early form of globalization. The British Empire was seen as the most advanced, enlightened and cosmopolitan one of its day. The defenders of imperialism also say that ancient Rome, and later the Ottoman Empire, were also highly advanced during their heydays.<sup>37</sup>

However, the problem with this proposition is that it ignores some truly bad things and crimes against humanity

---

<sup>33</sup> An interesting analysis of the reasons behind political and economic rise and decline of various regions, with particular focus on the Middle East, can be found in James L. Gelvin, *The Modern Middle East: A History* (New York, Oxford: Oxford University Press, 2008), pp.35-46, 73-86.

<sup>34</sup> Robert D. Kaplan, 'In Defense of Empire', *The Atlantic*, April 2014, <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2014/04/in-defense-of-empire/358645/>>.

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

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

<sup>37</sup> *Ibid.*



that empires are inevitably associated with. Even in the twentieth century, 'cosmopolitan' empires were more than capable of ruthless and brutal suppression of anti-colonial movements as was the case with Iraqi and Palestinian revolts in the 1920s and 1930s which British mandatory authorities put down with great use of force, including aerial bombardments. Empires can bring stability, but at the end of the day, they predominantly serve the interests of the empire-builders, not the conquered subjects. Hence, these creations cannot be portrayed as selfless altruistic projects for the greater good of all of humanity. On top of that, as one scholar of the Middle East noted, as the result of the imperialism in post-Ottoman Middle East '[t]he region was chopped up into small states with unnatural borders and heterogeneous geographies and cultures. These new states would isolate families, divide ethnic groups and religious sects, and redraw the map of natural resources such as important waterways. Local orders were dismantled, traditional economies destroyed, cultures demonized, resources plundered, and politics corrupted.'<sup>38</sup>

More importantly, the problem lies also with the assumption that periods of anarchy in particular parts of the world will never lead to development of some form of governance unless an outsider comes in and imposes its rule. This proposition is patronizing and ignores the course of history. Europe itself went from the Dark Ages to the Middle Ages. To assume that Middle East or any other part of the world would have been in total chaos indefinitely without colonial oversight of European nations is baseless. It ignores the fact that the multiethnic and multicultural empires like the Ottoman Empire survived because it was for many centuries decentralized and allowed people to live in relative peace and with some autonomy. In fact, the greater opposition to any kind of firmer imperial rule- whether CUP or foreign- emerged

---

<sup>38</sup> Hooshang Amirahmadi, 'Dark Geopolitics of the Middle East', The Cairo Review of Global Affairs, Summer 2015, <<http://www.thecaireview.com/essays/dark-geopolitics-of-the-middle-east/>>.



after the former more relaxed policies were abandoned in favor of a more intrusive central control.<sup>39</sup>

At the end of the day, few people will try to excuse the Entente powers for their double-dealing diplomacy and imperial ambitions. Britain and France set out to fight the German aggressive imperialism and yet at the same time, they ended up contemplating and exercising an aggrandizement of their own empires. Today, however, the key question remains: should all the problems that we are witnessing in the Middle East be attributed to the actions of British and French governments from a century ago? Are the borders between modern Middle Eastern states, which London and Paris determined, the only causes of all this misery, and is there some other important factor? And if it was the case, what action, if any, would it warrant, especially with the evident dysfunctionality of Syrian and Iraqi states? Should the international community balk down to pressures and violent acts by a terror group that wants to see internationally recognized borders abolished? And is there a genuine interest among Middle Eastern states to change the borders?

As stated out at the beginning, the critics of the Sykes-Picot Agreement come from various circles. Some are local patriots who see unfair and devious policies of the foreign agents as root causes for worsening sectarianism and divisions. Others, especially the Islamists of the so-called Islamic State, try to resurrect the caliphate, which was abolished after the Ottoman Empire collapsed and the Turkish Republic replaced it. They also renounce the secular authority and its structures. In fact, it has been IS' mission to rebuild the former glory. At the end of June 2014, the so-called Islamic State ceremoniously announced in its propaganda photos how it was 'Smashing the Sykes-Picot border'.<sup>40</sup> To them, the treaty and the subsequent period of European domination was synonymous with foreign rule over the Muslims, but also represents fragmentation of

---

<sup>39</sup> Cole, op. cit.

<sup>40</sup> Megan Tinsley, 'ISIS's Aversion to Sykes-Picot Tells Us Much About the Group's Future Plans', Muftah, April 23, 2015, < <http://muftah.org/the-sykes-picot-agreement-isis/#.VpFWLvrLIW>>.

the Sunni Muslim world, which is something that their so-called caliphate is supposed to rebuild.<sup>41</sup>

First, the blame for the problems is shared by many. While the policies of Britain and France planted the seeds of future problems, everything that happened since cannot be solely attributed to their secret diplomacy from a hundred years ago. It would imply that region was defined by one act. And, it would also signify that it stagnated an entire century, which it did not. Secondly, it would completely take the blame from mistakes of those who ruled the region after the British and the French left, and especially the portion of the guilt carried by more recent foreign meddling.

First, the Middle East was not stagnant. In fact, as soon as the final peace treaty was signed by the Ottomans there were considerable challenges to the Western-imposed borders. As was mentioned above, Turkish nationalist leader Mustafa Kemal was the first to rebel against the peace settlement that was signed by the Ottoman representatives at Sèvres, and successfully forced a revision of the borders that ultimately established the modern Turkish state. Later, Arab nationalist leaders like Egyptian President Nasser again challenged the colonial order when he not only fought against the British military presence in his country, but later also led a short-term unification between Egypt and Syria in United Arab Republic (1958-61).<sup>42</sup> However, pan-Arabists and other nationalists made mistakes. They themselves abused power, became dictators, and mismanaged state funds. The countries were turned into private enterprises where there was no transition of power and where political dynasties were established. The loyalists were rewarded, national wealth coming from exploitation of natural resources was misappropriated, and any political opposition was repressed.<sup>43</sup> Worse still, many of these dictators, in spite of their anti-colonial rhetoric, remained allied with former colonial overlords or with new ones, which discredited their alleged commitment to liberation and independence. Iran under the Pahlavi dynasty was an

---

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Amirahmadi, *op. cit.*

<sup>43</sup> Ibid.

example of this. And national leaders were not immune to political blunders. Thus the process of dissolution of states began by the mistakes the nationalist leaders started. Collapse of Iraq started after its leader Saddam Hussein invaded Kuwait and invited international intervention against his country. In 1991 the international community under the auspices of the UN created the Kurdish region in the North of Iraq after the Iraqi forces gassed the Kurds. In post-Saddam Iraq Kurdish Regional Government was further established thus formalizing Kurdish autonomy.<sup>44</sup>

Another problem with the proposition that the Sykes-Picot Agreement was solely to be blamed for disasters that affect the Middle East today is that it ignores the devastating Iraqi invasion from 2003 and the subsequent policies that de-Baathification of Iraq and marginalization of Sunni Iraqis under the government of the former Prime Minister Nouri al-Maliki.<sup>45</sup> For instance, in late May 2003 chief administrator for Iraq, Paul Bremer, disbanded Iraqi Armed Forces, Ministry of Defense and Ministry of Information, all institutions linked to Saddam Hussein's Baath party, thus leaving between three hundred and fifty thousand to four hundred thousand former soldiers without a job.<sup>46</sup> Later, when al-Maliki came to power in 2006, backed by the United States and Great Britain, he soon started creating a government centered upon Iraq's Shiites. At the elections in 2010 his party did not win the majority of parliamentary seats, which went to Iraqiya party that sought a nationwide unity. While the government of unity was formed after the foreign pressure, Mr. al-Maliki started in 2013 to oust Iraqiyya competitors from government, including Sunni politicians like the finance minister al-Issawi thus further alienating Sunni population.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> F. Gregory Gause III, *op. cit.*

<sup>45</sup> Roula Khalaf, *op. cit.*

<sup>46</sup> Jane Arraf, 'U.S. dissolves Iraqi army, Defense and Information ministries', CNN, May 23, 2003, <<http://edition.cnn.com/2003/WORLD/meast/05/23/sprj.nitop.army.dissolve/>>.

<sup>47</sup> Toby Dodge, 'Iraq does not have to fall. It can be reformed', the Guardian, 13 June 2014, <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/jun/13/iraq-isis-terrible-decisions-2003-new-course-state-survive>>.

Second, accepting the violent destruction of ahistorical border is illegal under the auspices of the international law, the UN Charter and subsequent resolutions. The so-called Islamic State attempts to discredit the countries established by the Western post-First World War agreements and thus claims for itself 'a superior political legitimacy to that conferred by international diplomatic procedures or through admission to the United Nations.'<sup>48</sup> Moreover, it does so by the use of force and thus directly violates a number of laws, in spite of the fact that it technically is not and cannot hope to become a member of the international community. For instance, Article 2 of the Charter states that '[all] Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.'<sup>49</sup> Moreover, the 1970 UN's General Assembly adopted a Resolution 625 (XXV) titled 'Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations'. In that document, it reiterated and endorsed the principles in international relations under the international law, among which there was 'territorial integrity and political independence of the State' which were considered inviolable. The norms of behavior in international relations prescribed to States to '...refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations' and '...refrain from the threat or use of force to violate the existing international boundaries of another State or as a means of solving international disputes, including territorial disputes and problems concerning frontiers of States.'<sup>50</sup> And on top of

---

<sup>48</sup> Richard Falk, 'A New World Order? ISIS and the Sykes-Picot Backlash', *Foreign Policy Journal*, December 26, 2015, <  
<http://www.foreignpolicyjournal.com/2015/12/26/a-new-world-order-isis-and-the-sykes-picot-backlash/>>.

<sup>49</sup> 'Charter of the United Nations', San Francisco 1945, <  
<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>>.

<sup>50</sup> Resolution adopted by the General Assembly [Adopted on a Report from the Sixth Committee (A/8082)] '2625 (XXV). Declaration on Principles of

that, if the international community and regional states capitulated and recognized the border changes forced by the so-called IS, they would have opened a Pandora's Box and invited problems elsewhere in the world.

Third, the abrogation of borders takes from the legitimacy of the states that arose in national liberation and anti-colonial movements. As historian Toby Dodge adequately noted, denouncing the treaty and the borders it created- no matter how artificial and arbitrary they are- takes away from the battle and patriotic struggle of the Arab leaders.<sup>51</sup>

Moreover, the denunciation of the post-Ottoman borders in the Middle East suggests that the emerging states were in fact false creations, which did not gain loyalty from their citizens and ought to be replaced by different units.<sup>52</sup> This is factually incorrect. The national sentiment and attachment to Iraq and its sovereignty is what propelled Iraqis to refuse the extension of the presence of U.S. forces beyond 2011. And in December 2015, Iraqis filled the streets of Baghdad in thousands to protest the presence of Turkish troops near Mosul, in spite of the fact that the city has been occupied by the so-called IS since the summer 2014, and that the Turks claimed to be fighting the militants.<sup>53</sup> Also, the desire to reshape the Middle East into area where borders of states should be determined by factors such as religion leads to 'primordialisation'. Such idea is unacceptable on many fronts. It implies the region did not evolve in the last several decades, and by centering the discussion on issue of religion it ignores

---

International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations', UN Documents, 24 October 1970, < <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>.

<sup>51</sup> Toby Dodge, 'Can Iraq be Saved' in *Survival: Global Politics and Strategy* October–November 2014, vol. 56 (2014): 7-20, <<https://www.iiss.org/en/publications/survival/sections/2014-4667/survival--global-politics-and-strategy-october-november-2014-be95/56-5-02-dodge-d058>>.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> 'Thousands of Iraqis protest Turkish troops deployment in Mosul', *International: The News*, December 13, 2015, <<http://www.thenews.com.pk/print/81533-Thousands-of-Iraqis-protest-Turkish-troops-deployment-in-Mosul#>>.

the developments that took place, views the Middle East as a static entity, and overlooks the mistakes policymakers made.<sup>54</sup>

Finally, another danger of agreeing to change of borders lies in the fact that giving any form of legitimacy to the so-called Islamic State will only embolden it. If it succeeds in dismantling Iraqi and Syrian states, it will move on and try to challenge other countries it sees as part of its caliphate. Moreover, it will strengthen its propaganda, which is flawed. IS' version of history is in fact fictional. Iraq and Syria were separate entities never successfully unified even during the golden age of Islam. They were competitive areas in both pre-Islamic and later during Islam's domination over the region.<sup>55</sup>

Ummayyad caliphate and Abbasid caliphates were competing for domination of the Muslim world, and hence, uniting them is rewriting a history, not restoring it.

While this centenary of the Sykes-Picot Agreement is important and reminds us that foreign meddling in distant lands, which these foreigners usually misunderstand, inevitably causes problems, it is also a reminder that foreign powers will nonetheless continue to exercise influence in one way or another. As ironic as it may seem, to find a solution to the current crisis, it will take more than just the countries affected. It stopped being an internal problem of Iraq and Syria long time ago. What also needs to be kept in mind is that while the Sykes-Picot borders were made with no heed being paid to the wishes of the people who live in the Middle East, the states that were created by it did not collapse and endured tough moments. Lebanon for instance, a country with eighteen different sects, survived a long civil war for fifteen years, and yet when it seemed it would collapse a power-sharing agreement was reached between the major players (Christians, Sunnis and Shiites).<sup>56</sup> In a way it also shows that their citizens have some form of attachment to these countries and did not seek separation. Also, even if Syria was to collapse, it is

---

<sup>54</sup> Dodge, 'Can Iraq be Saved', op. cit.

<sup>55</sup> Jennifer Thea Gordon, 'ISIS' Desire to Erase Sykes-Picot Is Rooted in Fiction, Not History', *The National Interest*, September 17, 2014, <<http://nationalinterest.org/feature/isis%E2%80%99-desire-erase-sykes-picot-rooted-fiction-not-history-11293>>

<sup>56</sup> Khalaf, op. cit., and F. Gregory Gause III, op. cit.

unlikely that the neighboring states would allow for it, let alone the international community. Its neighbors have minority sects living within their borders, and any break-up would trigger their national aspirations. Hence Turkey is almost certain to oppose any Kurdish entity outside Syria, given it that its own significant (15-20%) Kurdish population would likely desire the same.<sup>57</sup> What is more likely to happen, is preservation of a loose federal model within unchanged borders and with vast autonomies for different regions.

Probably the most ironic thing is that during the short-lived French rule, the Syrian state ended up being carved into provinces that supposedly reflected their ethnic distribution and were created to satisfy the rights of the minorities who lived there. A hundred years later, the Syrian state is likely to watch a similar scenario. Its fate is going to be determined by the outsiders again, who for all these years could not agree on the future of any lasting ceasefire and allowed a savage war to go on and cause over two-hundred and fifty thousand deaths and many millions of Syrian civilians displaced from their homes. And yet, these outsiders, including some Arab and Muslim states, will not agree on abrogation of the Sykes-Picot borders, as it would create problems for them. What we will see is a return to a heavily decentralized model that France experimented with in the 1920s (between 1920 and 1923 France first divided Syria into State of Aleppo and State of Damascus, and then fragmented these even more by creating the above mentioned separate Druze and Alawite states within their territories<sup>58</sup>), and with a weakened central government, which many who oppose President Assad want to do now. The separate statelets that may emerge in Syria will be led by various factions that rely on outside support: Russia and Iran in case of Allawites, Kurds are backed by the United States, Sunnis by Saudi Arabia, Turkey and Qatar. While some- most notably the so-called IS- desire an abrogation of the foreign

---

<sup>57</sup> Itamar Rabinovich, 'The End of Sykes Picot? Reflections on the Prospects of the Arab State System' in Middle East Memo no. 32, The Brookings Institution, February 2014, < [http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2014/02/sykes%20picot%20rabinovich/sykes\\_picot\\_rabinovich.pdf](http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2014/02/sykes%20picot%20rabinovich/sykes_picot_rabinovich.pdf)>>

<sup>58</sup> Cleveland, op. cit., pp. 218-223.



determined borders, this is unlikely to happen as it will cause problems elsewhere in the region (the case of already mentioned Turkey), and hence we will witness instead a weak Syrian state with a number of autonomous regions, something that Turks of Iraq enjoyed for several years now.<sup>59</sup>

So in the end, while the Arab Spring pro-democracy movements and the subsequent uprisings in Syria and Iraq were in part motivated by their participants' opposition to the old regimes and autocrats who took over the countries in post-colonial period, and in part by their resentment of these ancient structures too, the citizens of the Middle East states will once again watch outsiders determine the future of the political landscape where they will live. And interestingly, the extremists like the so-called Islamic State who hijacked the Arab Spring and who are bent on destroying the colonial and Western-built structures in the Middle East, and diminishing foreign interference in the region, will discover that they achieved the contrary effect. Their shocking violence and conquest of the vast swathes of Iraq and Syria only increased Western and international focus on the region. Moreover, the increasing likelihood of the collapse of the government of President Assad was one of the chief factors that triggered Russia's direct military involvement in the Fall 2015. On the other hand, the West has little interest for radical border rearrangements that could complicate the situation in the region, which many want stable and secured, not least of which because of its significant oil reserves. And so the Sykes-Picot, or more exactly, the post-San Remo order, is likely to stay alive, even though the states that it created will internally be restructured and not resemble what they used to be prior to 2011.

### **Concluding remarks**

The Sykes-Picot Agreement remains one of the most controversial and profoundly influential pieces of Entente's diplomacy during the period of the First World War. Negotiated and agreed in secrecy, this treaty was widely decried in the

---

<sup>59</sup> F. Gregory Gause III, *op. cit.*



years after the war as an example of Britain's and France's dishonesty and imperial ambitions vis-à-vis a region that they claimed they wanted to liberate from oppressive Ottoman power and aggressive German imperialism. While the division of the Middle East as envisioned under the Sykes-Picot Agreement was neither a pre-planned war policy nor the objective of the Allied governments that entered the war, it became a product of a prolonged war effort against the Central Powers, as well as, a consequence of a determination to acquire territorial security guarantees in the region, especially by the British Prime Minister who took over the government in the final two years of the conflict- David Lloyd George. More importantly, while it was a piece of bilateral diplomacy, the Sykes-Picot Agreement became later incorporated with minor modifications into, first, the San Remo agreement from 1920, which assigned formal mandates under the League of Nations, and, later, into the Treaty of Sèvres, which was concluded with the Ottomans. Hence, what was a secret agreement between two countries became a foundation for a post-war division of the Middle East.

Today the Sykes-Picot serves as a reminder of the Western imperialism and disastrous consequences it had for many Middle Eastern countries. In their spheres of influence, colonial administrators were often ignorant of local conditions or intentionally worked to worsen divisions and empower traditionally marginalized groups which had little to no legitimacy among the majority of citizens. When the extremists of the so-called Islamic State announce end of the Sykes-Picot borders, this reflects some of the sentiment the region feels for this agreement. However, despite their bombastic announcement, what the extreme movements call for- the destruction of all borders in the Middle East and a resurrection of an ancient structure like a caliphate- is not desired by all. Many people in the region have loyalty and patriotic feelings for the states they live in, which the Arab national leaders had fought to liberate from the foreign imperialism many decades ago. Destroying these borders would diminish the legitimacy of their struggle. Needless to say, such violent destruction of the border would be contrary to major international treaties and laws.

The Sykes-Picot Agreement planted seeds of many troubles we see today because it ignored the wishes of the majority of citizens of Middle Eastern states. However, one cannot put the entire blame on Allied governments from a hundred years ago. Some portion of responsibility belongs also to the Arab leaders who often abused power and marginalized segments of their societies, and sometimes ruled with incompetence. Also, the invasion of Iraq from 2003 practically destroyed an entire regime and state and the subsequent de-Baathification alienated thousands of Iraqis. The victims of all these blunders are innocent citizens of Iraq and Syria. They were not allowed to choose their own future hundred years ago and had to watch foreigners decide it for them. A hundred years later, their countries are once again affected by destructive civil wars, and yet again, and the key to solution remains in the hands of outsiders who, once again, are likely to shape the peace process in a direction most beneficial for their interests.

### **Rezime**

Tajni Sajks-Piko sporazum iz maja 1916. godine predstavlja jedan od definišućih trenutaka u istoriji savremenog Bliskog Istoka. Britanski i francuski diplomate, eksperti i imperijalni agenti, Mark Sajks i Žorž Piko, su dogovorili posleratnu podijelu tadašnjeg Otomanskog carstva koja ne samo da je predodredila raspad i podijelu otomanski provincija između Velike Britanije i Francuske, već je u potpunosti ignorisala političke aspiracije, prava i želje za samoopredjeljenjem građana Bliskog Istoka. Samim tim, granice država koje su nastale nakon 1918 godine nijesu pravilno reprezentovale političke realnosti na terenu, već su bile sastavljene kao dio geopolitičkog kompromisa između pobjednica u Prvom svjetskom ratu.

Mnogi današnji problemi u regionu se često povezuju sa ovim sudbonosnim dogovorom i posleratnim granicama. Takozvana 'Islamska država' je u ljeto 2014. godine pompezno najavila kraj Sajks-Piko uređenja. Međutim, realnost novog

preuređenja granica jeste da je ono malo vjerovatno, s obzirom da se većina regionalnih, kao i međunarodnih aktera, istom protivi s obzirom na pravne i političke implikacije takvog poteza. Takođe, nažalost po građane bliskoistočnih država, njihovu budućnost i državu u kojoj će živjeti i ostvarivati svoja prava će predodrediti stranci, baš kao što su Mark Sajks i Žorž Piko to uradili prije stotinu godina.

Ključne riječi: Mark Sajks, Žorž Piko, Sajk-Piko sporazum, imperijalizam, Bliski Istok, Prvi svjetski rat, Otomansko carstvo, tajni sporazum, pravo na samoopredjeljenje.





UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE  
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU  
„PRAVNI ZBORNIK”

# PRILOZI



**Mr Milena MARKOVIĆ<sup>1</sup>**

## **OPŠTI POGLED NA INSTITUT ODGOVORNOSTI DRŽAVE U MEĐUNARODNOM PRAVU**

Institut međunarodne odgovornosti država je ključno pitanje međunarodnog javnog prava, čije postojanje i operacionalizacija obezbjeđuju funkcionisanje međunarodnog pravnog poretka. Praksom država i međunarodnih sudova, kako stalnih, tako i arbitražnih, generisana su relevantna pravna pravila, a okolnost da su doktrinarna shvatanja od davnina bila zaokupljena pitanjem odgovornosti države i značajno uticala na kanalisanje državnih aktivnosti na međunarodnom planu, pokazatelj je da je evolucija sekundarnih pravila međunarodnog prava bila neprekidna. Usvajanjem Nacrta pravila o odgovornosti država za protivpravne akte 2001. godine pitanje međunarodne odgovornosti država je dobilo svoju pravnu konturu. Ovim činom su zaokruženi kodifikatorski naponi otpočeti još krajem XIX vijeka, pa, iako osnov njihove obaveznosti nije u volji međunarodne zajednice izražene usvajanjem odgovarajućeg teksta konvencije, obaveznost pravila o odgovornosti država počiva na njihovoj sadržini, širokoj primjeni i poimanju istih kao odraza običajnog međunarodnog prava.

### **Razvoj pravila o odgovornosti države u međunarodnom pravu**

Opšti je pravni princip, ali i etičko pravilo, da je svako dužan da se uzdržava od postupaka kojima drugome može prouzrokovati štetu (neminem leadere). Posledično, prouzrokoivanjem štete nastaje novi pravni odnos u kojem je obaveza štetnika da nadoknadi nastalu štetu, a pravo oštećenog da tu naknadu zahtijeva. Baš iz ovih postulata građanske odgovornosti nastao je i razvijao se institut odgovornosti države u međunarodnom pravu, u svemu

---

<sup>1</sup> autor je pripravnik u Osnovnom sudu u Podgorici

komplementaran pravima država, budući da kršenje međunarodnog pravila povlači međunarodnu odgovornost. Na taj način, povreda obaveze, bilo one ustanovljene normom nacionalnog, bilo međunarodnog prava, predstavlja novi izvor prava i obaveza.

Nesporno je da je pitanje odgovornosti države jedno od osnovnih pitanja međunarodnog prava, imajući posebno u vidu da bez odgovornosti, kao njegovog konstitutivnog elementa, nema ni subjektiviteta u međunarodnom pravu. Međutim, ovdje je riječ i o jednom od najkontroverznijih instituta međunarodnog javnog prava, pa su pitanja njegove prirode, osnova i operacionalizacije od davnina predmet žučnih teorijskih rasprava. Sve do usvajanja Konvencije o zakonima i običajima suvozemnog rata na Drugoj haškoj konferenciji 1907. godine, kojom su se ugovornice obavezale da plate odštetu zbog povrede pravila prava oružanih sukoba i preuzmu odgovornost za akte pripadnika njihovih oružanih snaga,<sup>2</sup> problem međunarodne odgovornosti države je počivao na teorijskim refleksijama i običajnim pravilima.

Pravna teorija još od XV vijeka razvija ideju o odgovornosti države kroz tumačenje prirode pravednog rata kao sredstva za sankcionisanje neprava i nemoralna. U tome su prednjačili pripadnici španske prirodnopravne škole na čelu sa Vitorijom i Suarezom, pa su *ius gentiumom* označili pravo koje u međusobnim odnosima sve države moraju poštovati, a pravo trgovine i putovanja usloveli obavezom nenanošenja štete autohtonom stanovništvu. Iako su učenja španskih teoretičara opredijeljena prirodnopravnim rezonom, glavnim predstavnikom škole jusnaturalizma se smatra Hugo Grocijus. Po njemu, pravo je vladara da zahtijeva kažnjavanje ne samo ponašanja kojim mu se direktno nanosi šteta, već i onog ponašanja kojim se vrijeđaju pravila prirodnog prava i prava naroda, nauštrb bilo kojeg pojedinca.<sup>3</sup> Suprotno Grocijusu, Vattel odgovornost država postavlja u bilateralnu ravan, tvrdeći da nijedan suveren nema pravo da pribjegne represalijama

---

<sup>2</sup> Član 3. IV Haške konvencije o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine.

<sup>3</sup> Prema Georg Nolte, From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations, EJIL (2002), Vol. 13, No. 5, 1085.



zarad zaštite prava i interesa državljana strane države.<sup>4</sup> Iako su postulati škole prirodnog prava odlučujuće uticali na razvoj ljudskih prava, pa čak i na pojedina fundamentalna prava i obaveze država, poput prava na individualnu ili kolektivnu samoodbranu predviđenog Poveljom Ujedinjenih nacija kao urođenog prava država,<sup>5</sup> u XIX vijeku bivaju zamijenjeni rezonima škola pozitivizma i historicizma. Pristalice ovih dvaju škola su zagovarali princip apsolutne suverenosti države, koji ne podliježe nikakvim ograničenjima, pa ni onima koja nameće međunarodno pravo. U takvim uslovima, odgovornost države za povredu međunarodne obaveze učinjena je zavisnom od državne samovolje.

Talas promjene međunarodnih odnosa zaogrnut u sve veću povezanost i ekonomsku međuzavisnost država, osnivanje prvih međunarodnih organizacija i početak ere multilateralizma u XIX vijeku, oblikovali su shvatanje da država odgovara za povredu međunarodnog prava. Hans Kelzen ističe da odgovornost za povredu prava poznaju svi pravni sistemi, i da kao takva predstavlja opšte pravno načelo priznato od strane prosvetljenih naroda.<sup>6</sup>

U XX vijeku, pod okriljem pozitivizma, razvija se opšta teorija o odgovornosti države. Prema Ancilotiju, njenom tvorcu, samo su akti države kadri da aktiviraju odgovornost prema međunarodnom pravu, pa povreda norme međunarodnog prava daje pravo oštećenoj državi da zahtijeva naknadu štete. Smatra se da je upravo Anciloti postavio temelje međunarodne odgovornosti države koja će pomiriti u to vrijeme prenaplašen državni suverenitet sa potrebom regulisanja novog pravnog odnosa koji nastaje iz međunarodnog protivpravnog akta.<sup>7</sup>

U klasičnom međunarodnom pravu materiju međunarodne odgovornosti države su činila običajna pravila

---

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Čl. 51 Povelje Ujedinjenih nacija propisuje: "Ništa u Povelji ne može ograničiti urođeno pravo na individualnu ili kolektivnu samoodbranu u slučaju oružanog napada na članicu Ujedinjenih nacija, dok Savjet bezbjednosti ne preduzme neophodne mjere zarad očuvanja međunarodnog mira i bezbjednosti..."

<sup>6</sup> Hans Kelzen, Opšta teorija prava i države, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951, 336.

<sup>7</sup> G. Nolte, 1087-1088.

nastala u jurisprudenciji arbitražnih sudova i praksi država. Uglavnom su se odnosila na zaštitu prava i imovine stranaca. Prvobitna pravila su bila refleks tradicionalne bilateralne koncepcije o odgovornosti države, pa se tim pravilima nisu utvrđivale opšte pretpostavke za odgovornost države, već su se države sporazumjevale oko načina obeštećenja, a u odsustvu sporazuma, zavisno od okolnosti pojedinog slučaja, oštećena država je mogla izabrati odgovarajući oblik naknade štete, što je podrazumijevalo i samopomoć. Neujednačena praksa je bila logična posledica prirode klasičnog međunarodnog prava, koje je u rukama velikih, mahom evropskih sila bilo sredstvo zaštite političkih i ekonomskih interesa. Najzad, u klasičnom međunarodnom pravu se samo izuzetno mogla ustanoviti individualna krivična odgovornost za povredu međunarodne obaveze, jer, kako ističe Kaseze: “U svim primitivnim pravnim sistemima gdje je uloga grupe mnogo značajnija od uloge pojedinca, odgovornost za povredu pravila koja uređuju ponašanje država nije na onome koji prekrši pravilo, već na grupi kojoj pripada (državi)”.<sup>8</sup>

Pravila i principe međunarodne odgovornosti država sve do prelaska u razdoblje modernog međunarodnog prava formulisale su moćne države i velike kolonijalne sile. Osnovni kriterijum na koji su se oslanjale bila je potreba zaštite nacionalnog interesa. O tome svjedoče pravila o diplomatskoj i sudskoj zaštiti njihovih državljana u inostranstvu koja su, u uslovima neograničavanja upotrebe sile u međunarodnim odnosima, imala karakter prinudnih intervencionističkih mjera. Države Latinske Amerike su u XIX vijeku pokušale da stanu na kraj diskriminatornoj politici moćnih država prihvatanjem Kalvo doktrine, čija je osnovna postavka bila da se, unošenjem posebnih kaluzula u ugovore o koncesiji sa stranim državljanima, u slučaju spora, strani partneri odreknu prava na diplomatsku zaštitu i umjesto toga zaštitu svojih prava potraže pred lokalnim sudovima.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Antonio Cassese, *International Law*, Second edition, Oxford University Press Inc., New York, 2005, 241.

<sup>9</sup> Kalvo doktrina je težila da ograniči političku i pravnu intervenciju kapitalističkih država, kao izgovora za vršenje snažnog političkog pritiska i drugih oblika miješanja u unutrašnje stvari država, ne isključujući ni oružanu intervenciju. *Ibid.* 32-33.

Kao nadgradnja nad u međunarodnoj praksi nezaživjelom Kalvo doktrinom, na Prvoj interameričkoj konferenciji u Vašingtonu (1889-1890) je usvojena Preporuka o pravilima diplomatske zaštite stranaca, dok je 1902. godine na Drugoj interameričkoj konferenciji u Meksiko Sitiju usvojena Konvencija o pravima stranaca, koja je propisala uslove pružanja dipolmatske zaštite, posebno insistirajući na iscrpljivanju lokalnih pravnih lijekova. Kodifikatorska aktivnost na tlu Latinske Amerike je nastavljena i u kasnijem periodu, a njeni najvažniji nosioci su bili Američki institut za međunarodno pravo, Pravni fakultet Harvard, Međunarodna diplomatska akademija i dr.<sup>10</sup>

Uspostavljanjem sistema Društva naroda, utemeljenog na ograničenju prava na upotrebu sile u međudržavnim odnosima i sistemu kolektivne bezbjednosti, te osnivanjem Stalnog suda međunarodne pravde, stvorile su se pretpostavke za nastanak univerzalnih pravila međunarodnog prava o odgovornosti države. Uparavo su u krilu Društva naroda napravljeni prvi koraci na putu kodifikacije običajnog međunarodnog prava. Skupština Društva naroda je 1924. godine zadužila Savjet da obrazuje komitet eksperata koji bi identifikovao oblasti međunarodnog prava zrele za kodifikaciju. Među podobnim temama našla se i odgovornost države za štetu koju na njenoj teritoriji pretrpe ličnost ili imovina stranog državljanina. Na kodifikatorskoj konferenciji održanoj 1930. godine u Hagu predstavnici četrdest osam država učesnica nisu uspjeli da se saglase oko pitanja odgovornosti države, a posebno u pogledu pitanja nacionalnog i povlašćenog tretmana stranih državljana u odnosu na domicilno stanovništvo.<sup>11</sup>

### **Kodifikacija pravila o odgovornosti države u okviru Ujedinjenih nacija**

Stravična iskustva Drugog svjetskog rata i sistematska kršenja ljudskih prava do tada neviđenih razmjera odlučujuće su uticala na stvaranje međunarodne organizacije koja bi obezbijedila učinkovitiji mehanizam kolektivne bezbjednosti

---

<sup>10</sup> YILC 1956, Vol. II, Unated Nations, New York, 1957, 178.

<sup>11</sup> Vidjeti: James Crawford, State Responsibility: The General Part, Cambridge University Press, New York, 2013, 28-32.

zarad očivanja svjetskog mira. Pored toga, apsolutno izopštavanje rata iz međunarodnih odosa i ubrzan proces dekolonizacije, koji je kulminirao šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog vijeka, uslovili su potrebu upodobljavanja međunarodnog prava promijenjenim zahtjevima međunarodne zajednice. Na jačanju pozicije međunarodnog prava posebno su insistirale novonastale države koje su u kodifikaciji običajnog međunarodnog prava i njegovom progresivnom razvoju vidjele garanciju očuvanja svojih prava i interesa.

Pod okriljem Ujedinjenih nacija rad na kodifikaciji običajnih pravila o međunarodnoj odgovornosti država odvijao se u okviru Komisije za međunarodno pravo i Pravnog komiteta Generalne skupštine. Komisija je još 1949. godine započela prve aktivnosti na tom polju, određivši materiju odgovornosti država kao jedno od glavnih pitanja međunarodnog prava zrelih za kodifikaciju. Nakon rezolucije Generalne skupštine kojom je 1953. godine naloženo Komisiji da pristupi kodifikaciji ove materije,<sup>12</sup> zvaničan rad na ovom zadatku je otpočeo je 1954. godine. U tom višedecenijskom procesu ključnu ulogu su odigrali specijalni izvjestioci, a bilo ih je ukupno pet: Garsija Amador, Ago, Rifagen, Arando Ruiz i Kraford . U periodu od 1956. do 1961. godine prvi specijalni izvjestilac Garsija Amador je predstavio Komisiji šest izvještaja u kojima je odgovornost države limitirao na odgovornost za štetu nanijetu stranim državljanima.<sup>13</sup>

Odstupajući od koncepcije svog prethodnika, specijalni izvjestilac Roberto Ago je pristupio složenijoj studiji problema, smatrajući da povreda prava stranih državljana čini samo jednu od mnoštva radnji zbog kojih država može biti pozvana na odgovornost, te da je od suštinskog značaja za kodifikaciju definisanje principa primjenjivih u oblasti odgovornosti država za međunarodne protivpravne akte, kao i njihovo razgraničenje sa pravilima kojima se utvrđuju obaveze država prema međunarodnom pravu, čija povreda povlači međunarodnu odgovornost države.<sup>14</sup> Šesnaestogodišnje trajanje mandata specijalnog izvjestioca Roberta Agoa pojedini autori nazivaju

---

<sup>12</sup> Rezolucija br. 799 (VIII) iz 1953. godine, dostupna na <http://www.un.org/documents/ga/res/8/ares8.htm>.

<sup>13</sup> YILC 1961, Vol. II, United Nations, New York, 1962, 2-54.

<sup>14</sup> YILC 1970, Vol. II, United Nations, New York, 1972, 306.

“Ago revolucijom”, s obzirom da je raskrstio sa poistovjećivanjem pojma odgovornosti sa obavezom naknade štete.<sup>15</sup>

Decenije rada na kodifikaciji predmetne oblasti su urodile plodom 1996. godine kada je Komisija tokom prvog čitanja usvojila Nacrt pravila o odgovornosti država za protivpravne akte. Iako manifest velikog pomaka, Nacrt iz 1996. godine je za mnoge predstavljao skup rješenja već oblikovanih u sudskoj praksi i teoriji.<sup>16</sup> Za države su diskutabilna bila mnoga pitanja, naročito određenje međunarodnog zločina i njegovo razgraničenje od delikta, zatim, nerazlikovanje ugovornih i vanugovornih obaveza, kao i zauzimanje neutralnog stava po pitanju krivice kao elementa odgovornosti. Nakon revizije prvobitnog teksta, Komisija je u drugom čitanju 2001. godine usvojila finalni tekst Nacrta pravila o odgovornosti država za međunarodno protivpravne akte.<sup>17</sup> Sadržinu Nacrta čini 59 članova grupisanih u četiri tematske cjeline, od kojih je prva posvećena pitanju akata države protivnih međunarodnom pravu, druga sadržini međunarodne obavaveze, treća ostvarivanju međunarodne odgovornosti, i četvrta koja sadrži opšte odredredbe. Iako je rezolucijom iz 2001. godine Generalna skupština državama preporučila usvojeni Nacrt pravila i napomenula da bi bilo zgodno sazvati konferenciju i kodifikovanim pravilima podariti formu međunarodnog ugovora,<sup>18</sup> to se do današnjeg dana nije ostvarilo. Generalna skupština je odgovarajućim rezolucijama iz 2004, 2007 i 2010. godine<sup>19</sup> odložila odlučivanje o konačnom pravnom obliku usvojenih pravila. Države su se mahom negativno izjasnile u pogledu ugovornog formulisanja pravila o odgovornosti, tako da njihova obaveznost, iako neformalna, leži u opštoj prihvaćenosti. To potkrjepljuje i stav Međunarodnog suda pravde koji je pravila Nacrta svrstao u korpus pravila

---

<sup>15</sup> Alain Pellet, *The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts*, u Kate Parlett, *The Law of International Responsibility*, OUP Oxford, 2010, 76-78.

<sup>16</sup> J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, 37.

<sup>17</sup> YILC 2001, Vol. II, Part 2, United Nations, New York and Geneva, 2007.

<sup>18</sup> Ibid. 25.

<sup>19</sup> Rezolucije br: 59/35 iz 2004. godine, 62/61 iz 2007. godine i 65/19 iz 2010. godine.

običajnog međunarodnog prava.<sup>20</sup> Do konačne odluke o pravnoj poziciji Nacrta pravila u međunarodnom pravnom poretku, uticaj i domašaj Nacrta će oblikovati praksa međunarodnih sudova.

Najzad, značaj ovog kodifikatorskog procesa se ogleda u činjenici da je isti utro put kodifikaciji pravila o odgovornosti države za štetne posledice akata koji nisu zabranjeni međunarodnim pravom. Na istom talasu se javila i potreba za kodifikacijom pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija, pa je ova oblast 2002. godine uvršćena u listu zadataka Komisije za međunarodno pravo, na čelu sa Đorđom Gajom, kao specijalnim izvjestiocem,<sup>21</sup> da bi 2009. godine uslijedilo donošenje Nacrta pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija.<sup>22</sup>

### **Pravna priroda odgovornosti države**

Nesporno je da su kategorije namjere i svijesti nezaobilazne smjernice na putu utvrđivanja činjenice da li postoji odgovornost, prvenstveno individualna i subjektivna odgovornost pojedinca. Imajući u vidu apstraktni karakter subjektiviteta države u međunarodnom pravu, te činjenicu da je pojam vinosti, odnosno, krivice, teško spojiv sa kolektivitetom kakav je država (premda lica koja učestvuju u pravnim odnosima kao reprezentanti, odnosno, organi države nesumnjivo posjeduju svijest i volju), nije održivo u materiji odgovornosti država u međunarodnom pravu konstruisati koncept krivice s osloncem na tragove ovog pravnog instituta u unutrašnjem pravu, gdje obaveza naknade štete nastaje bilo da je ista nastala skrivljenim ponašanjem štetnika, kada govorimo o odgovornosti po osnovu krivice, ili bez obzira na njegovu krivicu, i tada je riječ o objektivnoj odgovornosti. Sa druge strane, nesubjektivizirati odgovornost države u međunarodnom pravu znači otvoriti prostor za odgovornost

---

<sup>20</sup> Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment, ICJ Reports, 2007, 209.

<sup>21</sup> RILC, fifty-fifth session (2003),

<http://legal.un.org/ilc/sessions/55/55docs.htm>

<sup>22</sup> RILC, sixty-first session (2009),

<http://legal.un.org/ilc/sessions/61/61sess.htm>

države za sve štete koje pretrpe strani državljani, fizička i pravna lica, na njenoj teritoriji, usled radnji ili propuštanja njenih organa.

Braunli je ukazao da problemi koji se javljaju u odnosima između država često odgovaraju onima koji postoje među zaposlenima i kompanijama u engleskom pravu, gdje odgovornost pravnog lica izvire iz nemogućnosti vršenja neposredne kontrole nad svojim radnicima, pa pravila o umišljaju i nehatu fizičkih lica nisu od pomoći kod odgovornosti države.<sup>23</sup> Prema tome, primjena analogije sa unutrašnjim pravom u procesu određivanja pojma odgovornosti države može dovesti do zabune. To zaključuje i Mek Nir u kritici upućenoj doslovnoj primjeni pravila o ugovornoj ili deliktnoj odgovornosti fizičkih lica na odgovornost države.<sup>24</sup>

Dvije su teorije pokušale da objasne osnov odgovornosti države za protivpravne akte – subjektivna i objektivna.

U okviru subjektivne teorije međunarodni delikt pored protivpravnosti, kao elementa njegovog bića, sadrži i krivicu, manifestovanu namjerom (*dolus*) ili krajnjom nepažnjom (*culpa*) u ponašanju lica koje djeluje kao državni organ. Jedan od najvažnijih slučajeva u kojem je prigrljena subjektivna teorija odgovornosti države jeste *Home Missionary Society*<sup>25</sup> nastao između SAD-a i Velike Britanije, u kojem je postupajući Tribunal našao da je ukorijenjeni princip međunarodnog prava da nijedna država nije odgovorna za akte koje pričinje grupe pobunjenika protivno njenoj vlasti, kao što nije odgovorna ni za povredu standarda dobre vjere (*bona fides*) i dužne pažnje (*negligence*) prilikom suzbijanja takve pobune, kvalifikujući postupanje britanske vlade u svemu legitimnim i zasnovanim na njenoj suverenoj vlasti.

Kao antipod prethodnoj, objektivna teorija, u literaturi često nazivana i teorijom rizika, objašnjava da će odgovornost države postojati u svakom slučaju kada je organ koji djela u ime države, činjenjem ili propuštanjem, prekršio njenu međunarodnu obavezu i na taj način prouzrokovao štetu.

---

<sup>23</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Second edition, Clarendon Press, Oxford, 1973, 422.

<sup>24</sup> Ibid. 420.

<sup>25</sup> *The American Journal of International Law*, American Society of International Law, Vol. 15 No. 2, 1921, 294-297.



Recimo, u presudi u sporu između Francuske i Meksika,<sup>26</sup> u kojem je komisija odlučivala o odgovornosti Meksika za ubistvo francuskog državljanina od strane meksičkog vojnika zbog odbijanja Francuza da mu obezbijedi i preda pet hiljada meksičkih dolara, predsjedavajući komisijom, Verzijl, našavši se pred pitanjem da li Meksiko može biti odgovoran za radnje pojedinog pripadnika vojske koji je postupao mimo naređenja komandujućeg vojskom, ali i mimo ciljeva tadašnje revolucije, istakao je da iz ugla međunarodnog prava država odgovara za svaku radnju svog zvaničnika ili organa, bilo da je postupao u okviru svojih ovlašćenja, tako i u slučaju prekoračenja istih (*ultra vires*), nezavisno od krivice.<sup>27</sup>

Slično je odlučeno i u presudi britansko-američke arbitraže u slučaju *Jesse*,<sup>28</sup> gdje je u obrazloženju navedeno da svaka država odgovara za štete nastale usled grešaka u rasuđivanju njenih oficira, koji su postupali u okviru svojih dužnosti i ovlašćenja, pa kako su se američki oficiri, misleći da postupaju u skladu sa normama američkog zakonodavstva i sporazumom zaključenim između SAD-a i Velike Britanije, ukrkali i pretresli britanski brod na otvorenom moru, ovom arbitražnom presudom je potvrđena postavka teorije objektivne odgovornosti.<sup>29</sup>

U slučaju Krfskog kanala<sup>30</sup> Međunarodni sud pravde je našao da je za ustanovljavanje odgovornosti Albanije dovoljna okolnost da je znala ili da je morala da zna za postojanje mina u svojim teritorijalnim vodama, ne obavijestivši i ne upozorivši britanske brodove, te da se iz svih provedenih dokazane zaključuje da je nemoguće da je do incidenta došlo bez znanja Albanije, zbog čega se ova presuda često i navodi kao potvrda subjektivne teorije.<sup>31</sup> Proizilazi, naizgled, da je Međunarodni sud pravde u pomenutoj presudi pitanje subjektivnog odnosa prema kršenju međunarodne obaveze odredio kao osnov odgovornosti, a nesumnjivo je da je kategorija svijesti element krivice, odnosno, subjektivnog odnosa učinioca prema djelu, i

---

<sup>26</sup> RIAA, Vol. 5, 1929, 516-534.

<sup>27</sup> Tim Hillier, Sourcebook on Public International Law, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1998, 338.

<sup>28</sup> RIAA, Vol. VI, 1921, 85-93.

<sup>29</sup> T. Hillier, 338.

<sup>30</sup> Corfu Channel Case, Judgment, ICJ Reports, 1949, 18.

<sup>31</sup> Lassa Oppenheim, International law, 8th edition, London: Longman, 343.



to kako u krivičnopravnom smislu, tako i smislu građanske odgovornosti za štetu po osnovu krivice. Međutim, dalje obrazlažući osnov odgovornosti Albanije u konkretnom slučaju, Sud je naveo da je međunarodnopravni princip po kojem se država poziva na odgovornost za protivpravne akte nastale na njenoj kopnenoj ili vodenoj teritoriji, te da se odgovornosti ne može osloboditi pozivanjem na savjesnost, odnosno, na neupućenost o aktu ili izvršiocu. U odvojenom mišljenju sudija Krilov je, nalazeći da je predmetna presuda potvrda doktrine objektivne odgovornosti, istakao da nema odgovornosti države bez krivice u međunarodnom pravu, pozivajući se na shvatanja Openhajma i Lauterpahta.<sup>32</sup>

Neujednačena praksa je, čini se, ipak stala na stranu odgovornosti države za protivpravne akte njenih organa, odnosno, službenika, iako na njihovoj strani nije bilo ni krajnje namjere ni nepažnje, tj. favorizovala je objektivni kriterijum. Suštini složenih odnosa koji između država nastaju na međunarodnom nivou više odgovara koncepcija *ultra vires* akta, nego dokazivanje postojanja krivice kao subjektivnog elementa.

Međutim, opredjeljenje teorije i prakse međunarodnih sudova za međunarodnu odgovornost države kao objektivnu, lišenu krivice kao pretpostavke njenog postojanja, ne sugerise da je međunarodna odgovornost države apsolutna. Postoje određene izvinjavajuće okolnosti koje anuliraju protivpravnost akta: pristanak, samoodbrana, protivmjere, viša sila, slučaj i krajnja nužda.<sup>33</sup>

Nacrt pravila o odgovornosti država za sada je jedini opšti pisani formalni izvor u materiji međunarodne odgovornosti država, doduše, nekontraktuelnog karaktera, i u velikom dijelu utemeljen na pravilima običajnog prava, što dokazuje i tekst Komentara Nacrta pravila o odgovornosti država,<sup>34</sup> čiji se autori prilikom objašnjavanja pojedinačnih članova gotovo bez izuzetka pozivaju na praksu Međunarodnog suda pravde i njegovog prethodnika, Stalnog suda

---

<sup>32</sup> [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org), Dissenting opinion by judge Krylov, 72.

<sup>33</sup> Okolnosti koje isključuju protivpravnost akta ne proizvode pravno dejstvo u slučaju povrede obaveze ustanovljene preemptomnom normom međunarodnog prava.

<sup>34</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries 2001, Unated Nations, 2008.

međunarodne pravde, ali i na bogatu arbitražnu praksu. Jurisprudencija međunarodnih sudova sastavni je dio *corpusa*, tj. prakse, kao konstitutivnog elementa običaja.

Precizno neopredjeljivanje jurisprudencije međunarodnih sudova za jednu od ove dvije teorije o osnovu međunarodne odgovornosti države rezultat je nekoherentne primjene pravila međunarodnog prava u postupcima koji se vode pred međunarodnim sudovima. Ni ovo, naravno, nije bez logičnog objašnjenja. Naime, porast broja međunarodnih sudova, regionalnih sudova, te *ad hoc* međunarodnih sudskih tijela, otvara široko polje za donošenje različitih odluka o sličnim predmetima sporova.

Pored toga, ne treba zaboraviti ni da je sudska nadležnost u međunarodnom poretku fakultativne prirode, kao ni činjenicu da se pravni ili politički sporovi rješavaju u sudskom postupku obično nakon neuspješne primjene diplomatskih sredstava mirnog rješavanja sporova.

Analogno navedenom, niti u Nacrtu pravila o odgovornosti država, niti u njegovom Komentaru nema opredjeljenja za objektivnu ili subjektivnu teoriju, kao što nema ni govora o podjeli elemenata odgovornosti na objektivne i subjektivne.

### **Rezime**

U središtu ovog rada su pravna priroda i razvojni put pravila o odgovornosti države u međunarodnom pravu, počev od tradicionalne bilateralne koncepcije o odgovornosti države nastale putem međudržavnih sporazuma i neujednačene prakse arbitražnih tribunala, što je bila posledica prirode klasičnog međunarodnog prava, koje je, u rukama velikih evropskih kolonijalnih sila, bilo sredstvo zaštite partikularnih političkih, ekonomskih i nacionalnih interesa.

Tek sa uspostavljanjem sistema Društva naroda, zasnovanog na sistemu kolektivne bezbjednosti i ograničenju upotrebe sile u međunarodnim odnosima, te osnivanjem Stalnog suda međunarodne pravde, nastaju pretpostavke za stvaranje univerzalnih pravila međunarodnog prava o odgovornosti država.

Pod okriljem OUN-a, 1954. godine i zvanično, otpočeo je rad na kodifikaciji običajnih pravila o međunarodnoj odgovornosti država, koji je, nakon revizije prvobitno usvojenog

teksta iz 1996. godine, okončan 2001. godine, kada je Komisija UN za međunarodno pravo usvojila finalni tekst Nacrta pravila o odgovornosti država za međunarodno protivpravne akte.

### **Summary**

The main theme of this essay is the nature and development of the rules concerning state responsibility in Public International Law, starting from its traditional bilateral concept based on interstate agreements and divergent practice of international tribunals. In the era of classical conception of International Law, state responsibility appeared as a powerful tool used for protection of various political, economic and national interests of European colonial empires.

However, in the following decades, with the foundation of the collective security system of the League of Nations and the Permanent Court of International Justice, requirements for general secondary rules of state responsibility had been set out. Finally, in recent years, the area of state responsibility has been the subject of work by the International Law Commission, under the patronage of the United Nations, who have adopted a Draft Articles on State Responsibility in 2001.

Having in mind that these articles haven't been put in order as a binding international convention yet, they however do represent the starting point for every discussion about this topic.



**Mr Minja SIMOVIĆ<sup>1</sup>**

## **KRIVIČNO DJELO UGROŽAVANJA JAVNOG SAOBRAĆA**

Jedno od obilježja vremena u kome živimo jeste intenzivan razvoj svih vidova i vrsta saobraćaja. Ljudi se svakodnevno suočavaju rizikom da postanu žrtve saobraćajne nezgode, jer je učestvovanje u saobraćaju neizbježan dio života svakog čovjeka. Zbog masovnog karaktera saobraćaja u kome učestvuje veliki broj prevoznih sredstava, u ekonomski razvijenim društvima, saobraćajni kriminalitet predstavlja globalni problem čovječanstva.

Saobraćajne nezgode ostavljaju teške posljedice na žrtve tih nezgoda, jer pored materijalne štete, one često izazivaju teške posljedice u vidu smrti ili tjelesnih povreda drugih lica. Sve zemlje u svijetu suočavaju se sa velikim brojem saobraćajnih nezgoda na putevima, a veliki broj poginulih i povrijeđenih lica i znatne materijalne štete predstavljaju jedan od najvećih problema savremene civilizacije. Prema podacima Svjetske zdravstvene organizacije, svake godine 1,24 miliona ljudi izgubi život na putevima širom svijeta, pri čemu 50 % navedenog broja čine najranjiviji korisnici puta-motociklisti 23 %, pješaci 22 % i biciklisti 5 %.<sup>2</sup>

Zbog povećanja broja saobraćajnih nezgoda, ukazuje se potreba da se poboljša i unaprijedi bezbjednost saobraćaja. Ovo zahtijeva jedan sistematski pristup i rad na unapređenju zaštitnih sistema bezbjednosti saobraćaja, preventivnih aktivnosti, rad na sprečavanju prestupništva u saobraćaju i podsticanja građana da poštuju saobraćajne propise.

Na bezbjednost javnog saobraćaja se prvenstveno utiče preventivnim mjerama, poput obuke vozača, tehničke kontrole vozila, podizanja kvaliteta saobraćajnica i sl.

---

<sup>1</sup> advokat, doktorant na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore

<sup>2</sup> World health Organization, Global Health Observatory (GHO), Road safety, [http://www.who.int/gho/road\\_safety/en/index.html](http://www.who.int/gho/road_safety/en/index.html), 1.4.2016.god.

Cilj ovih mjera je da se otklone uzroci koji dovode do saobraćajnih nezgoda. Drugi nivo uticaja na bezbjednost saobraćaja je represivni, usmjeren je prema učinocima saobraćajnih delikata i podrazumijeva izricanje i izvršenje sankcija propisanih zakonom i drugim propisima.

### **Kriminološki aspekt problema krivičnog djela ugrožavanje javnog saobraćaja**

Masovna dostupnost i korišćenje motornih vozila u ekonomski razvijenim zemljama direktni su faktori porasta saobraćajnog kriminaliteta, pa se saobraćajni kriminalitet javlja kao tipična vrsta kriminaliteta svojstvena dostignutom stepenu društveno-ekonomskog razvoja. Međutim, saobraćajni kriminalitet ni na koji način nije povezan sa razlikama u ekonomskoj moći i imovinskom ili društvenom statusu građana. Ne postoji veza između pripadništva nižoj ili višoj klasi sa saobraćajnim kriminalitetom. Za razliku od nekih drugih oblika kriminaliteta (imovinskog) saobraćajni kriminalitet je zajednički svim klasama društva.

Na porast broja krivičnih djela protiv bezbjednosti javnog saobraćaja, između ostalog, utiču: ekonomska razvijenost društva, visok životni standard, urbanizacija, migracija stanovništva, tehnički faktori kao što su: broj, starost, tehnička ispravnost vozila, nerazvijena putna infrastruktura i dr.

U pogledu faktora uzročnosti koji utiču na nastanak saobraćajnih krivičnih djela, najčešće se koristi klasifikacija na objektivne i subjektivne faktore.

Objektivni uzročnici ugroženosti saobraćaja su tehnički faktori, odnosno stanje puteva i vozila. Pod stanjem puteva podrazumijeva se razvoj putne infrastrukture, koja treba da prati intenzivan razvoj saobraćaja i saobraćajnu frekvenciju (u praksi se često događa da projektovani putevi na odgovaraju obimu i strukturi saobraćajne frekvencije), tehničke karakteristike puta kao što su preglednost puta, kvalitet i širina kolovoza, riješenost raskrsnica, horizontalnih i vertikalnih krivina i prelaz preko drugih vrsta saobraćajnica, signalizacija, osvjetljenje puta itd. Nedostaci u tim elementima su uzročnici saobraćajnih nezgoda u značajnom broju slučajeva.

Takođe, vozilo može biti tehnički neispravno i podložno kvarovima, pa i samo vozilo i kvarovi na njemu mogu biti uzročnik saobraćajnih nezgoda.

Moguće je pojavu saobraćajnog kriminaliteta dovesti u vezu sa objektivnim faktorima kao što su prirodne prilike (klima, doba dana u kome se odvija saobraćaj, meteorološki uslovi).

Sa druge strane, subjektivni faktori saobraćajnog kriminaliteta tiču se psihičkog i tjelesnog stanja vozača i drugih učesnika. To su: psihička i tjelesna nesposobnost za vožnju, razni psihički nedostaci, slabije čulo vida, pomanjkanje koncentracije pažnje i brzine reagovanja od strane vozača, loše raspoloženje, emotivna uzbuđenost, premorenost, psihološki proces donošenja odluka u vožnji u uzrujanom stanju koji može imati za posljedicu saobraćajnu nesreću i sl.

Ipak, najvažniji uzroci saobraćajnih nezgoda odnose se na vožnju nepropisnom i neprilagođenom brzinom, nepropisno izvođenje radnje vozilom i neustupanje prvenstva prolaza, nepropisno preticanje i obilaženje i na vožnju pod dejstvom alkohola, kao i neiskustvo vozača.

Saobraćajna nezgoda nastaje dejstvom i uticajem više faktora koji se ne ponavljaju uvijek u istim okolnostima, pa je zato vrlo teško na jednostavan način definisati sve uticajne faktore. Saobraćajne nezgode najčešće nastaju kao rezultat istovremenog dejstva većeg broja subjektivnih i objektivnih faktora, a rijetko kao rezultat djelovanja samo jednog uzroka. Radi se o složenoj interakciji različitih društvenih, tehničkih, prirodnih i subjektivnih faktora koji utiču na nastanak saobraćajne nezgode, koji ne djeluju jednako. Neki od njih imaju neposredan i snažan uticaj (npr. umor, alkohol, neiskustvo), dok drugi imaju samo ulogu da omoguće odnosno olakšaju nastanak nezgode (magla, kiša, snijeg itd).<sup>3</sup>

Analizom većeg broja saobraćajnih nezgoda mogu se izdvojiti osnovne grupe razloga i faktora koji prouzrokuju saobraćajne nezgode:

a) nepoštovanje (ili nepoznavanje) saobraćajnih pravila i propisa od strane vozača

---

<sup>3</sup> Milan Inić, Osnovni uzroci saobraćajnih nezgoda na putevima i strategija njihovog sprečavanja u: Tehnika, God. 46, br. 3/4 (1991), str. 249

- b) nepoštovanje (ili nepoznavanje) saobraćajnih pravila od strane pješaka
- c) tehnička neispravnost vozila vezana za kočionu efikasnost vozila
- d) tehnička neispravnost vozila vezana za stabilnost upravljanja vozilom u kritičnim situacijama (gubljenje kontrole upravljanja vozilom)
- e) nezadovoljavajuće stanje putnih uslova
- f) nedostaci u organizaciji i kontroli saobraćaja

1. Najčešći uzroci saobraćajnih nezgoda su nepoštovanje saobraćajnih propisa od strane čovjeka-vozača što može biti posljedica neodovoljne obučenosti, zamora, lošeg zdravstvenog i psihičkog stanja (uzimanja alkohola i droge) vozača u toku vožnje, pri čemu su neznanje, greške u procjenjivanju, kolebanje, nepažnja i nestrpljivost dominantne.

2. Drugi glavni uzročnik saobraćajnih nezgoda je tehnička neispravnost vozila i loša tehnika vožnje. Vozilo je glavni faktor u okviru bezbjednosti saobraćaja i vozilo mora biti tehnički ispravno na pouzdanost i sigurnost tehničkog sistema vozila.<sup>4</sup>

Jedan od najčešćih uzročnika saobraćajnih nezgoda je i alkoholisanost vozača. Dejstvo alkohola utiče na psiho-fizičke sposobnosti učesnika u saobraćaju, djeluje deprimirajuće na nervni sistem, umanjuje sposobnost opažanja, slabi psihomotornu i senzomotornu koordinaciju pokreta, slabi funkcije svih čula, smanjuje oštrinu vida, slabi reflekse, sužava vidno polje, otežava procjenu udaljenosti i brzine vozila čime usporava adekvatnu reakciju, smanjuje pažnju. Alkoholisani vozač u momentu opasnosti ne reaguje uopšte ili reaguje usporeno.

Umor kao uzrok saobraćajnih nezgoda kod nas je višestruko potcijenjen. Dok je većina ljudi svjesna opasnosti koju izaziva upotreba alkohola, mnogi ne prepoznaju umor kao jednako opasan faktor koji može dovesti do smrtnih ishoda u vožnji. Simtomi umora nisu evidentirani u policijskim izvještajima. Za razliku od nezgoda izazvanih uticajem alkohola na vozače, u ovom slučaju ne postoje standardizovani testovi

---

<sup>4</sup> Vladeta Radović, Analiza uzroka povećanja broja saobraćajnih nezgoda u Crnoj Gori, U: *Expertus forensis*, God. 5, br. 12/13 (2009), str. 103



krvi, ili testovi daha kao ni bilo koji drugi instrumenti kojima bi se na licu mjesta mogao registrovati umor kod vozača. Iz navedenih razloga ne postoje pouzdani statistički podaci koji bi nam rasvijetlili ulogu umora u nastanku nezgoda. Umoran vozač postaje polusvjestan i često nedovoljno sposoban da učini bilo šta kako bi izbjegao skretanje sa puta, udarac u drugo vozilo ili neku drugu izbjegavajuću radnju. Neka istraživanja su pokazala da se nakon 24 h bez sna, naše tijelo ponaša kao da u krvi imamo 0,9 promila alkohola. Ovo govori da bi proučavanje umora kao pojave bilo neophodno, da bi se razumjeli efekti koje umor ima vožnju.<sup>5</sup>

Dakle, uzroci saobraćajnog kriminaliteta moraju se posmatrati u okviru opštih činilaca društvenih uzroka u savremenim uslovima koji joj posredno doprinose. Saobraćajna komunikacija je prateći elemenat dinamičnosti odnosa u savremenom društvu, ali modernu saobraćajnu eru ne prati odgovarajuća saobraćajna kultura i nivo svijesti, nego je ona praćena starim navikama i običajima. Uzroci saobraćajnog kriminaliteta su višestruki, kao i njegove posledice. Vozilom, koje je opasno sredstvo samo po sebi, drugim saobraćajnim sredstvima i tehnikom upravlja veliki broj ljudi, različitih psihofizičkih sposobnosti, opšte kulture, dobi, upravljajući sredstvima različite tehničke ispravnosti i na neodgovarajućoj putnoj mreži i signalizaciji. Migracije stanovništva, heterogena struktura učesnika u saobraćaju unosi element neadaptivnosti, neprilagođene infrastrukturne elemente u uslovima povećanog saobraćaja i broja vozila koja učestvuju u saobraćaju. Pored toga, i socijalno-patološke pojave, posebno alkoholizam i droga, nivo svijesti o odgovornosti i društvene krize takođe mogu biti uzročnici saobraćajnog kriminaliteta.

Prirodni faktori, kao što su klimatski i geografski uslovi predstavljaju objektivne faktore saobraćajnog kriminaliteta. Klimatski uslovi, prije svega, meteorološke pojave kao što su kiša, magla, snijeg, sniježna vejavica, poledica mijenjaju uslove i stvaraju opasnost, povećavaju rizik za nastanak nezgode. Uticaj navedenih pojava na bezbjednost saobraćaja ispoljava se

---

<sup>5</sup> Svetlana Čičević, Marjana Čubranić Dobrodolac, Uticaj umora vozača na bezbednost u saobraćaju, u: Psihički razvoj, mentalno zdravlje i rad, Niš: Filozofski fakultet Univerziteta, 2012, str. 293.

na taj način što: smanjuju vidljivost, mijenjaju karakteristike puta, povećavaju zahtjeve vozača u pogledu njihove pažnje i kretanja otežanim uslovima, zahtijevaju izmjenu režima vožnje, smanjuju koeficijent prijanjanja pneumatika na kolovoz, usled čega se zaustavni put produžava ili dolazi do zanošenja, prevrtanja ili drugih posledica na takvom kolovozu.<sup>6</sup>

Starosna struktura učinilaca ovog krivičnog djela održava evidentno visoko učešće mlađih osoba u što se može objasniti nedovoljnim iskustvom, ili što je imanentno mlađoj populaciji, iskazivanjem svojih sposobnosti i mogućnosti u vožnji i sklonosti ka avanturizmu, agresivnosti i rizičnim situacijama.

Nedostatak iskustva manifestuje se manjom sposobnošću upravljanja i vladanja vozilom i neposobnošću predviđanja mogućih iznenadnih situacija u saobraćaju. Mladi vozači griješe i zbog nedovoljnog poznavanja saobraćajnih propisa, neuvježbanosti i nepažnje. Nadalje, većina vozača ne poštuju zakonsku zabranu korišćenja mobilnih telefona u vožnji, čime ugrožavaju svoju i bezbjednost drugih učesnika u saobraćaju.

### **Krivično djelo ugrožavanje javnog saobraćaja u crnogorskom zakonodavstvu**

Krivično djelo ugrožavanje javnog saobraćaja iz člana 339 Krivičnog Zakonika Crne Gore ima svoj osnovni oblik propisan u stavu 1, ugrožavanje javnog saobraćaja na putevima, teži oblik u stavu 2 koji propisuje ugrožavanje svih ostalih oblika saobraćaja i privilegovani oblik u stavu 3 koji propisuje nehatni oblik ovog krivičnog djela.<sup>7</sup>

Teži oblik postoji u slučaju ugrožavanja željezničkog, broskog, autobusnog ili saobraćaja žičarom.

Osnovna razlika u odnosu na djelo iz stava 1 jeste u pogledu vrste saobraćaja koje se ugrožava. Radnja izvršenja je takođe nepridržavanje saobraćajnih propisa, a u pitanju je

---

<sup>6</sup> Milan Inić, op. cit., str. 251.

<sup>7</sup> Krivični Zakonik, Službeni list Crne Gore broj 70/2003, 13/2004 - ispr. i 47/2006 i "Sl. list CG", br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - dr. zakon, 40/2013, 56/2013 - ispr., 14/2015, 42/2015 i 58/2015

norma blanketnog karaktera, koja upućuje na druge propise čije kršenje dovodi do ugrožavanja saobraćaja. Posljedica je ista kao kod stava 1: konkretna opasnost po život ili tijelo ljudi ili imovinu čija vrijednost prelazi iznos od dvadeset hiljada eura. Nije potreban objektivni uslov inkriminacije-kažnjivosti. Propisana je strožija kazna, s obzirom da se radi o prevoznim sredstvima kojima se po pravilu prevozi veći broj lica, a time se i ugrožavanje ovih vrsta saobraćaja javlja kao opasnije.

Bitna obilježja bića krivičnog djela ugrožavanja javnog saobraćaja su: radnja, posljedica, objektivni uslov inkriminacije, mjesto izvršenja, posebno svojstvo izvršioca i oblik krivice (umišljaj ili nehat, u zavisnosti od oblika krivičnog djela).<sup>8</sup>

#### Radnja izvršenja

Radnja izvršenja kod osnovnog oblika ovog krivičnog djela je nepridržavanje saobraćajnih propisa. To je svako postupanje učesnika u saobraćaju koje je suprotno propisima o saobraćaju na putevima, usljed čega je javni saobraćaj tako ugrožen da su dovedeni u opasnost život ili tijelo ljudi ili imovina većeg obima. Ovo krivično djelo svrstava se u krivična djela koja imaju blanketni karakter, pa se sadržina radnje mora utvrđivati u skladu sa odgovarajućim propisima. U tom smislu, odredbe Krivičnog Zakonika Crne Gore koje su blanketnog karaktera upućuju na druge propise kojima se reguliše ova oblast. S tim u vezi, poseban značaj ima Zakon o bezbjednosti saobraćaja na putevima, Službeni list RCG broj 72/05 i Službeni list CG broj 27/06. Pored ovog Zakona, čijim odredbama se reguliše bezbjednost saobraćaja na putevima, postoje i drugi podzakonski pravni propisi kojima se reguliše saobraćaj na putevima. Od značaja su i podzakonski akti kojima se reguliše poseban položaj djece, starih, invalida itd.

Pošto je u pitanju blanketno krivično djelo, čije odredbe upućuju na zakone i podzakonske propise koji sadrže pravila ponašanja učesnika u saobraćaju koja se moraju poštovati, proizilazi da je prilikom procesuiranja učinilaca ove grupe krivičnih djela neophodno tačno konkretizovati materijalnopravni propis od kojeg zavisi postojanje ovog djela. Krivični sud u svojoj presudi mora tačno navesti, pored činjenica koje predstavljaju bitna obilježja bića krivičnog djela i

---

<sup>8</sup> Zoran Stojanović, Krivično pravo-opšti dio, CID Podgorica, 2008., str. 112.

materijalno pravni propis od kojeg zavisi postojanje tog djela i odgovornost učinioca.

Posljedica - Krivično djelo iz stava 1, ugrožavanje javnog saobraćaja na putevima (osnovni oblik), ima dvostruku posljedicu: ugrožavanje javnog saobraćaja i dovođenje u opasnost života ili tijela ljudi odnosno imovine čija vrijednost prelazi iznos od 20.000,00 €. Radi se o konkretnoj opasnosti za ova dva pravno zaštićena dobra. Pored navedenih obilježja, za postojanje ovog oblika krivičnog djela traži se jedan poseban objektivni uslov inkriminacije-kažnjivosti, a to je da je ugrožavanjem saobraćaja prouzrokovana drugom laka tjelesna povreda ili imovinska šteta koja prelazi iznos od 3.000,00 €.

Mjesto izvršenja - Ovo krivično djelo može biti izvršeno samo na putu. Put je, u smislu Zakona o bezbjednosti saobraćaja na putevima, svaki javni ili nekategorisani put na kome se odvija saobraćaj. To može biti bilo koja površina koja se koristi za saobraćaj, kao što su seoski, šumski putevi, pakirališta itd. Nije potrebno da se radi samo o javnom putu.<sup>9</sup>

Izvršilac - Izvršilac ovog krivičnog djela je „učesnik saobraćaja na putevima“. Ko su učesnici određeno je Zakonom o bezbjednosti saobraćaj na putevima. To su: lice koje u saobraćaju na putu upravlja motornim vozilom ili se nalazi u vozilu, lice koje na putu tjera, vodi ili jaše životinju, lice koje se kreće na putu kao pješak, biciklista, motociklista itd...<sup>10</sup>

Umišljaj i nehat - Za krivično djelo ugrožavanje bezbjednosti javnog saobraćaja odgovara se ako je učinjeno sa umišljajem ili iz nehata. U teoriji i krivičnoj praksi sporno je da li je kod ovog djela moguć umišljaj. Ističe se da nije logično da neko svjesno i voljno kršeći saobraćajne propise, dovodi u opasnost život ljudi ili imovinu, jer takve djelatnosti uvijek sadrže i rizik za samog izvršioca. Ovo djelo prevashodno spada u nehatne delikte, a samo određeni broj slučajeva su djela izvršena sa umišljajem i to eventualnim. Međutim, problem predstavlja razgraničenje eventualnog umišljaja i svjesnog nehata. Prema pravnom stanovištu koje je usvojeno na Savjetovanju u Saveznom Vrhovnom sudu Jugoslavije iz

---

<sup>9</sup> Zoran Stojanović, Komentar Krivičnog Zakonika, Podgorica, 2010. Str. 689.

<sup>10</sup> Ljubiša Lazarević, Branko Vučković B., Vesna Vučković., Komentar Krivičnog Zakonika Crne Gore, Tivat, 2010.

1961.godine, umišljajno izvršenje ovog djela postoji kada se radi o takozvanoj „bezobzirnoj vožnji“. Za postojanje umišljaja potrebno je da učinilac ispolji grubu bezobzirnost, odnosno visok stepen bezobzirnosti, koji postoji onda kada se neko ponaša u saobraćaju tako da uopšte ne vodi računa o interesima i dobrima drugih učesnika u saobraćaju, radi čega je jačina prijekora koja mu se zbog ponašanja u saobraćaju može uputiti veća.

Značajan kriterijum za određivanje da li u određenom slučaju postoji nepridržavanje saobraćajnih propisa i krivično djelo ugrožavanje bezbjednosti javnog saobraćaja predstavlja načelo povjerenja koje polazi od toga da se učesnik u saobraćaju može pouzdati u to da će se drugi učesnici u saobraćaju pridržavati saobraćajnih propisa. Međutim, govori se o načelu ograničenog povjerenja, jer ono ima svoja ograničenja koja se sastoje u sledećem: a) ako je učesniku u saobraćaju sasvim jasno da se drugi učesnik nepropisno ponaša, dužan je preduzeti sve da do saobraćajne nezgode ne dođe i b) u odnosu na određenu kategoriju lica ne može se očekivati da će se ponašati u skladu sa saobraćajnim propisima tako da načelo povjerenja u odnosu na njih ne važi.<sup>11</sup>

U situaciji kada vozač primijeti nepridržavanje propisa drugog učesnika u saobraćaju, postoji saglasnost u sudskoj praksi da svoju vožnju mora prilagoditi toj okolnosti, inače čini krivično djelo.

U pogledu djece, invalida i starijih lica postoji posebno ograničenje u pogledu načela povjerenja, odnosno moglo bi se reći da ni načelo ograničenog povjerenja u odnosu na njih ne važi, tako da njihovih nepravilno ponašanje za vozača ne smije da bude iznenađenje. Postoji povećana obaveza opreznog postupanja vozača, tako da i onda kada ova lica koja se nalaze pored kolovoza ne pokazuju namjeru da pređu kolovoz, vozač mora pažljivije nego kada su u pitanju drugi pješaci da procjenjuje mogućnost njihovog iznenadnog prelaska kolovoza.

Član 35 ZOBSA-a Crne Gore obavezuje sve vozače učesnike u saobraćaju: „Vozač je dužan da brzinu kretanja

---

<sup>11</sup> Zoran Stojanović, Obrad Perić, Komentar Krivičnog Zakona Republike Srbije i Krivični Zakon Republike Crne Gore sa objašnjenjima, Beograd, 1996., str. 306

vozila prilagodi karakteristikama i stanju puta, vidljivosti, preglednosti, atmosferskim prilikama, stanju vozila i tereta, gustini saobraćaja i drugim saobraćajnim uslovima, tako da vozilo može blagovremeno zaustaviti pred svakom preprekom koju pod datim okolnostima može da vidi ili predvidi, odnosno da vozilom upravlja na način kojim ne ugrožava bezbjednost saobraćaja.“ To podrazumijeva da se od određene kategorije lica može očekivati da će se ponašati u skladu sa saobraćajnim propisima. To međutim, ne važi za sva lica, na primjer invalide, stara lica, djecu itd., pa u skladu sa tim postoje posebni standardi dužne pažnje koju učesnik u saobraćaju treba da ispolji u odnosu na ovakva lica. Kada vozač primjeti da se drugi učesnik u saobraćaju ne pridržava saobraćajnih propisa, u skladu sa načelom ograničenog povjerenja, dužnost vozača da predvidi nepropisno ponašanje drugog učesnika zavisi od svakog konkretnog slučaja. Na primjer, ako je pješak pokazao namjeru da pređe preko kolovoza, vozač bi bio dužan da predvidi njegovo nepropisno prelaženje. Da bi se razjasnilo da li je jedini uzrok saobraćajne nezgode nepridržavanje propisa vozača, najvažnije je utvrditi da li je vozač mogao blagovremeno da vidi ili nije imao razloga da previdi prepreku na putu. Imajući u vidu najrazličitije saobraćajne situacije u praksi je neophodno u takvim situacijama narediti saobraćajno-tehničko vještačenje. Šta se sve pod preprekom na putu podrazumijeva teško je reći, jer je takvih najrazličitijih primjera u praksi bezbroj.

Krivično djelo ugrožavanje javnog saobraćaja može biti izvršeno na različite načine: prekoračenjem brzine, nepropisnim preticanjem ili zaobilaženjem, nepravilnim skretanjem, neprilagođenom vožnjom uslovima saobraćaja, nepoštovanjem prava prvenstva pješaka na pješačkom prelazu, nepridržavanjem saobraćajnih znakova, vožnjom pod uticajem alkohola ili opijata, upotrebom neispravnog vozila, telefoniranjem u toku vožnje i slično.

Jedan od najčešćih načina izvršenja krivičnog djela i uzroka saobraćajnih nezgode je prilikom nepropisnog preticanja suprotno članu 49 Zakona o bezbjednosti saobraćaja na putevima. Ova radnja se smije izvršiti samo ako se time ne ometa normalno kretanje vozila koja dolaze iz suprotnog smjera i kada na putu ima dovoljno prostora za bezbjedno izvođenje te radnje. U stavu 2 ovog člana izričito je

navedeno da vozač ne smije vršiti preticanje ili obilaženje ako ovom radnjom može ugroziti druge učesnike u saobraćaju. Za vršenje ovakve radnje odgovoran je vozač koji vrši preticanje i on mora da vodi računa da li je u konkretnom slučaju preticanje moguće izvršiti bezopasno i da li svojim vozilom može razviti brzinu kretanja za brzo i sigurno preticanje. Zbog toga se preticanje vozilom može izvršiti samo ako je saobraćajna traka kojom se namjerava izvršiti preticanje slobodna u dovoljnoj mjeri tako da se preticanjem ne ugrožava sigurnost saobraćaja ili ne ometa saobraćaj iz suprotnog pravca. Vozač je prije preticanja ili obilaženja dužan ostalim učesnicima u saobraćaju blagovremeno dati znak-svjetlosni ili zvučni da namjerava započeti preticanje kojim će ta lica nesumnjivo biti obaviještena o predstojećem preticanju. Vozač, osim što ne smije da vrši preticanje ili obilaženje kada time može ugroziti druge učesnike u saobraćaju, kada započne preticanje dužan je da svoje vozilo drži na potrebnom rastojanju i odstojanju od vozila koji pretiče, tako da ga ne ometa niti ugrožava druge u saobraćaju. Kršenje bilo kog od ovih pravila dovodi do mogućnosti ugrožavanja bezbjednosti javnog saobraćaja.

Nepridržavanje saobraćajnih propisa kao što su nepoštovanje obaveza koje proizilaze iz znakova na putevima može dovesti do odgovornosti vozača motornih vozila. Tako, na primjer, saobraćajni znaci upozorenja kao što su djeca na putu ili znak škola, obavezuju vozača motornih vozila na posebnu opreznost i pojačanju pažnju na kretanje djece i pješaka. Učesnici u saobraćaju moraju prilagoditi brzinu i naseljenom mjestu, neovisno od toga da li postoji znak ograničenja brzine, jer se brzina mora prilagoditi saobraćajnim uslovima.

Takođe, vozači moraju poštovati saobraćajni znak autobusko stajalište kada do krivičnog djela dolazi povredom pješaka koji izlaze iz autobusa i kreću se po kolovozu.

Pojava pješaka u ovom slučaju ne može biti iznenadna i neočekivana prepreka za vozača, jer je bio dužan da obrati neophodnu pažnju na pješake da ne bi ugrozio saobraćaj, pa nema uslova da se optuženi oslobodi za ovo krivično djelo. Da li će se raditi o iznenadnoj i neočekivanoj prepreki za vozača koju on nije mogao izbjeći, to utvrđuje sud u svakom konkretnom slučaju.



Odredbom člana 17 Zakona o bezbjednosti saobraćaja na putevima: vozač je dužan da posebnu pažnju obrati na pješake koji se nalaze na kolovozu ili stupaju na kolovoz ili iskazuju namjeru da stupe na kolovoz i da ne ugrožava njihovu bezbjednost.<sup>12</sup> Kad prilazi obilježenom pješačkom prelazu, vozač mora upravljati vozilom na način kojim ne ugrožava druge učesnike u saobraćaju i prilagoditi brzinu vozila tako da u svakoj situaciji može bezbjedno da zaustavi vozilo ispred pješačkog prelaza. Na dijelu puta na kojem se kreću djeca, lica sa invaliditetom, starija i nemoćna lica ili na kojem je postavljen saobraćajni znak o učešću ovih lica u saobraćaju, vozač je dužan da vozi sa naročitom oprežnošću, tako da može blagovremeno da zaustavi vozilo.

### **Obaveze vozača prema pješacima**

Ako je saobraćaj na pješačkom prelazu regulisan svjetlosnim saobraćajnim znakovima ili znacima ovlašćenog policijskog službenika, vozač je dužan da vozilo zaustavi ispred pješačkog prelaza kada mu je datim znakom zabranjen prolaz, a ako mu je na takvom prelazu datim znakom dozvoljen prolaz, vozač je dužan da propusti pješaka koji je već stupio na pješački prelaz (član 97 ZOBS-). Ako se pješački prelaz iz stava 1 ovog člana nalazi na ulazu na bočni put, vozač koji skreće na taj put dužan je da skretanje izvrši na bezbjedan način i da propusti pješaka koji je već stupio ili stupa na pješački prelaz ili pokazuje namjeru da će stupiti na pješački prelaz, a po potrebi da zaustavi svoje vozilo. Ako na pješačkom prelazu saobraćaj nije regulisan uređajima za davanje svjetlosnih saobraćajnih znakova niti znacima policijskih službenika, vozač je dužan da prilagodi brzinu vozila tako da u svakoj situaciji koju vidi ili ima razloga da predvidi može bezbjedno da zaustavi vozilo ispred pješačkog prelaza i propusti pješaka koji je već stupio ili stupa na pješački prelaz ili pokazuje namjeru da će stupiti na pješački prelaz.

Vozač koji skreće na bočni put na čijem ulazu ne postoji pješački prelaz dužan je da propusti pješake koji su već stupili ili stupaju na kolovoz.

---

<sup>12</sup> Zakon o bezbjednosti saobraćaja na putevima Crne Gore, Sl. list broj 33/2012



Ako su pješaci djeca, nemoćna lica, slijepa lica koja se kreću uz upotrebu bijelog štapa ili psa vodiča, lica sa invaliditetom koja se kreću u invalidskim kolicima ili za kretanje koriste druga pomagala, vozač je obavezan da zaustavi vozilo i da ih propusti.

ZOBSP ukazuje na poseban položaj djece, invalida, starih i nemoćnih lica, te reguliše obavezu vozača prema pješacima na obilježenom pješačkom prelazu.

Potpuno se definišu najranjivije kategorije pješaka-učesnika u saobraćaju: djeca, nemoćna lica, slijepa osoba koje se kreću uz upotrebu bijelog štapa ili psa vodiča, osoba sa invaliditetom koje se kreću u invalidskim kolicima ili za kretanje koriste druga ortopedska pomagala. Odredbama ovog člana dodatno je pojačana obaveza zaštita svih kategorija pješaka koji prelaze preko pješačkog prelaza kada je u pitanju pješak koji pokazuje namjeru da će stupiti na pješački prelaz, pored ostalih obaveza vozača (koji propisuje i ZOBSP ukoliko prelazak pješaka nije regulisan semaforom ili znacima koje daje policijski službenik) da brzinu vozila prilagodi tako da u svakoj situaciji koju vidi ili ima razloga da predvidi može da zaustavi vozilo ispred pješačkog prelaza i propusti pješaka koji je već stupio ili stupa na pješački prelaz. Vozač je dužan da nailazeći na pješački prelaz obrati posebnu pažnju i smanji brzinu do te mjere da u slučaju potrebe može da zaustavi vozilo. Okrivljeni će se smatrati krivim ako nije obratio posebnu pažnju niti je ispred pješačkog prelaza smanjio brzinu do te mjere da u slučaju potrebe može da zaustavi vozilo.

Prema stavu sudske prakse, vozač motornog vozila koji se pridržava saobraćajnih propisa nije dužan da predvidi mogućnosti nepravilne ili nepropisne vožnje drugog učesnika u saobraćaju, ali ukoliko do toga dođe mora da preduzme sve mjere s ciljem izbjegavanja saobraćajne nezgode. Vozač koji na vrijeme opazi nepropisnu vožnju drugog vozača i opasnost koju ovaj stvara tokom vožnje, obavezan je da svoju vožnju podesei takvoj nepropisnoj vožnji, ukoliko za to ima vremena i mogućnosti i da preduzme sve potrebne mjere da bi izbjegao opasnost koju stvara drugi vozač. Inače, vozač će se smatrati učinioem krivičnog djela prema kome se u praksi redovno sprovodi krivični postupak.

## **Načelo ograničenog povjerenja u saobraćaju**

Važno pitanje kod utvrđivanja krivice je pitanje nepridržavanja propisa od strane drugih učesnika u saobraćaju. Dešava se da se vozač motornog vozila pridržava saobraćajnih propisa, ali da do saobraćajne nezgode ipak dođe usljed nepropisnog ponašanja drugih učesnika u saobraćaju. U vezi sa tim, sporno je pitanje da li je vozač motornog vozila dužan da predvidi kršenje saobraćajnih propisa od strane nekog drugog učesnika u saobraćaju i da tome prilagodi svoju vožnju.

U javnom saobraćaju važi načelo povjerenja koje se sastoji se u tome da učesnik u saobraćaju može da se pouzda u to da će se drugi učesnici u saobraćaju pridržavati saobraćajnih propisa. Međutim, njegovo prihvatanje u apsolutnom smislu ne bi bilo odgovarajuće, budući da postoje situacije kada je učesnik u saobraćaju dužan da predvidi nepropisno ponašanje drugih učesnika. Ta mogućnost se utvrđuje na osnovu opšteg iskustva, odnosno odgovora na pitanje da li se nešto prema iskustvu može očekivati u konkretnom slučaju, a odnosi se najčešće na dužnost vozača da predvidi nepropisno prelaženje pješaka preko kolovoza i nepropisno ponašanje djece i starih lica.

Član 42 stav 1 ZOBS-a obavezuje vozača da brzinu kretanja vozila prilagodi osobinama i stanju puta, vidljivosti, preglednosti, atmosferskim prilikama, stanju vozila i tereta, gustini saobraćaja i drugim saobraćajnim uslovima, tako da vozilo može blagovremeno da zaustavi pred svakom preprekom koju pod datim okolnostima može da vidi ili ima razloga da predvidi, odnosno da upravlja vozilom na način kojim ne ugrožava bezbjednost saobraćaja. Pod pojmom prepreke bi se ovde mogao podrazumijevati i učesnik u saobraćaju koji se ne pridržava saobraćajnih propisa, ali pod određenim uslovima.

„Predviđanje neke prepreke se mora vršiti prema redovnom toku stvari, odnosno prema onome što se po iskustvu najčešće dešava u životu.“<sup>13</sup>

U načelu, vozač motornog vozila nije krivično odgovoran ako je primijetio nepropisno ponašanje drugog učesnika u

---

<sup>13</sup> Dragoljub Atanacković, Krivično pravo-posebni dio, Službeni list, Beograd, 1985., str. 70

saobraćaju, ali u konkretnoj situaciji nije mogao da se snađe i da pronade najbolje rješenje da bi izbjegao saobraćajnu nesreću.

Što se tiče pješaka, stav je da vozač motornog vozila nije dužan da predviđa njihovo neočekivano nepropisno ponašanje, niti je dužan da tome prilagođava svoju vožnju. Međutim, postoje i izuzeci, ustanovljeni u skladu sa pomenutim mjerilom za utvrđivanje dužnosti predviđanja nepropisnog ponašanja drugih učesnika u saobraćaju, a to je kada se prema iskustvu može očekivati nepropisno ponašanje pješaka. To bi bio slučaj kada pješak stoji pored kolovoza i pokazuje namjeru da ga pređe.

Kada su u pitanju djeca, invalidi, stara i nemoćna lica, postoji dužnost vozača motornog vozila da predvidi njihovo nepropisno kretanje ili prelaženje kolovoza i da tome prilagodi brzinu svog vozila, budući da se prema iskustvu od tih lica ne može uvijek očekivati pravilno ponašanje u saobraćaju.

Načelo povjerenja u javnom saobraćaju se prvenstveno i isključivo odnosi na punoljetna lica koja su doživjela punu fizičku i duhovnu zrelost, a nikako na djecu, invalide, stara i iznemogla lica, koja prema poznatim iskustvima kao učesnici u javnom saobraćaju gotovo po pravilu preduzimaju neadekvatne i nekontrolisane radnje, tako da se u svakoj saobraćajnoj situaciji navedene kategorije lica opravdano mogu očekivati kao prepreka na kolovozu.

Zbog navedenih izuzetaka, kada se od vozača motornog vozila može zahtijevati da predvidi nepropisno ponašanje drugih učesnika u saobraćaju, prihvaćeno je i važi načelo ograničenog povjerenja u javnom saobraćaju, koje podrazumijeva da učesnik u javnom saobraćaju može da računa na pravilno ponašanje drugih sve dok ne primijeti protivpravno ponašanje ili mogućnost takvog ponašanja drugih učesnika.

### **Actiones liberae in causa**

U članu 24 KZ-a u stavu 1, propisano je da se krivica učinioca krivičnog djela koji se upotrebom alkohola, droga ili na drugi način doveo u stanje u kojem nije mogao da shvati značaj svog djela ili da upravlja svojim postupcima utvrđuje

prema vremenu neposredno prije dovođenja u takvo stanje.<sup>14</sup> U stavu 2. je izričito isključena mogućnost ublažavanja kazne učiniocu koji se na opisani način doveo u stanje bitno smanjene uračunljivosti. Ovaj institut predstavlja jedini izuzetak u odnosu na pravilo da se krivica utvrđuje u vrijeme izvršenja krivičnog djela.

Actiones liberae in causa predstavlja radnju slobodnu u odluci, ali ne i u izvršenju. Pošto se u ovom slučaju krivica učinioca utvrđuje u momentu dovođenja sebe u stanje neuračunljivosti, to znači da u tom momentu kod učinioca mora da postoji umišljaj ili nehat u odnosu na kasnije učinjeno krivično djelo u neuračunljivom stanju.

Postoje dvije vrste actiones liberae in causa:

- umišljajna (kada kod učinioca u momentu dovođenja sebe u stanje neuračunljivosti postoji umišljaju u odnosu na kasnije učinjeno djelo) i
- nehatna (kada u odnosu na to djelo postoji nehat).

Od pomenutih načina na koje učinilac dovodi sebe u stanje privremene duševne poremećenosti, značajna je upotreba alkohola.

ZOBS zabranjuje upravljanje vozilom u saobraćaju na putu, kao i započinjanje upravljanja vozilom vozaču koji je pod dejstvom alkohola i/ili psihoaktivnih supstanci. Pod dejstvom alkohola je vozač, odnosno lice za koje se analizom odgovarajućeg uzorka krvi utvrdi sadržaj alkohola veći od 0,30 mg/ml ili ako je prisustvo alkohola u organizmu utvrđeno odgovarajućim sredstvima ili aparatima za mjerenje alkoholisanosti (alkometrom i dr.), što odgovara sadržini alkohola u krvi većoj od 0,30 mg/ml (član 187 stav 2 i 3)<sup>15</sup>. Sa druge strane, vozač motornog vozila koji obavlja javni prevoz lica, odnosno stvari (profesionalni vozač) ne smije da ima u organizmu psihoaktivnih supstanci ili alkohola ili da pokazuje znake poremećaja, koji su posljedica konzumiranja alkohola i/ili psihoaktivnih supstanci (stav 4 tačka 2).

Alkohol djeluje dvojako na ponašanje u saobraćaju. S jedne strane utiče na funkcije koje su najvažnije za snalaženje

---

<sup>14</sup> Krivični Zakonik Crne Gore Službeni list broj 70/2003, 13/2004 - ispr. i 47/2006 i "Sl. list CG", br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - dr. zakon, 40/2013, 56/2013 - ispr., 14/2015, 42/2015 i 58/2015

<sup>15</sup> Zakon o bezbjednosti saobraćaja na putevima Sl. list broj 33/2012

u saobraćaju (opažanje, saznanje, psihomotorne sposobnosti i senzomotorna koordinacija), a s druge strane, pod njegovim uticajem slabi razum i kontrola ponašanja. Alkohol je u korelaciji sa nasilničkim ponašanjem u saobraćaju.

Jedno od pitanja koje se postavlja kod saobraćajnih krivičnih djela je i kako procjenjivati alkoholisanost učinioca prilikom utvrđivanja oblika krivice. U teoriji je zauzet stav da alkoholisanost ne može da se izjednači sa umišljajem. Da li se radi o umišljaju ili nehatu treba procjenjivati na osnovu svih okolnosti konkretnog slučaja. Može se raditi o umišljaju samo ako je alkoholisanost praćena i kršenjem drugih saobraćajnih propisa, na osnovu čega se izvodi zaključak da postoji visok stepen bezobzirnosti.

U sudskoj praksi je zauzet stav da je u svakom konkretnom slučaju potrebno utvrditi uzročnu vezu između alkoholisanosti vozača i nastale posljedice, uz procjenu i ostalih okolnosti konkretnog slučaja.

Osim upotrebom alkohola, učinilac može sebe da dovede u stanje privremene duševne poremećenosti i upotrebom droga. Droge takođe štetno utiču na psihofizičke sposobnosti čovjeka za bezbjedno učešće u saobraćaju, uzrokuju usporeno reagovanje, pospanost, slabljenje pažnje i sl.

Psihoaktivna supstanca je vrsta droge, lijeka na kome je naznačeno da se ne smije upotrebljavati prije i za vrijeme vožnje, kao i druga hemijska materija koja može uticati na psihofizičku sposobnost učesnika u saobraćaju (član 7 stav 1 tačka 99 ZOBS-a).

Prisustvo psihoaktivnih supstanci u organizmu, kao i u slučaju alkohola, nije dovoljan osnov da postojanje umišljaja u konkretnom slučaju.

### **Zaključak**

Stanje bezbjednosti saobraćaja u drumskom saobraćaju zahtijeva reagovanje društvene zajednice, prvenstveno na preventivnom planu, ulaganjem u saobraćajnice, tehničkim pregledima vozila, adekvatnom obukom, podizanjem svijesti ljudi i edukacijom na temu bezbjednosti javnog saobraćaja. Takođe, represivna kaznena politika, mora biti efikasna i adekvatna da obezbijedi ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava.

Saobraćajnim nezgodama i njihovim posljedicama, analizi uzroka saobraćajnih nezgoda, organizovanju aktivnosti na prevenciji saobraćajnih nezgoda trebalo bi da se posveti veća pažnja nego što se to inače čini, umjesto učestalije primjene retributivne pravde. Analizom krivičnog djela ugrožavanje javnog saobraćaja, na polju krivice najviše pažnje izaziva pitanje razgraničenja eventualnog umišljaja od svjesnog nehata, a posebno imajući u vidu ne tako veliku razliku između njihovog voljnog elementa (uz identično postavljen element svijesti), dok su kazne drastično različite. Nijedno rješenje u potpunosti ne rješava dati problem u praksi, jer je teško utvrditi voljni element kao unutrašnju sferu učinioca. Zbog toga se u sudskoj praksi uzima bezobzirnost kao kriterijum za razgraničenje, da sud vodeći računa o svim okolnostima konkretnog slučaja na osnovu dokaznog postupka koji je sproveden, stekne uvjerenje o kom obliku i stepenu krivice se radi u konkretnom slučaju i da svoje pravno shvatanje obrazloži na valjan način u svojoj presudi.

Nivo saobraćajne kulture je veoma bitan faktor u sistemu bezbjednosti saobraćaja na putevima. Saobraćajna kultura naših vozača je na veoma niskom nivou.

Uprava policije, pored inicijativa i učešća njenih službenika u raznim stručnim i radnim grupama i tijelima, treba da sistemski planira, organizuje i sprovodi kampanje za povećanje bezbjednosti u saobraćaju, čiji je krajnji cilj podizanje saobraćajne kulture i svijesti građana kada je bezbjednost saobraćaja u pitanju.

Samo sprovođenjem sveobuhvatnih mjera i zajedničkim djelovanjem svih nadležnih subjekata može se doprinijeti stalnom unapređivanju rada u ovoj oblasti.

### **Rezime**

U ovom radu je prikazan normativni okvir krivičnog djela ugrožavanje javnog saobraćaja, prvenstveno sa aspekta Krivičnog Zakonika Crne Gore, ali i Zakona o bezbjednosti saobraćaja na putevima Crne Gore, obzirom na to da se radi o blanketnom krivičnom djelu.

Takođe, poseban osvrt je dat i sa kriminološkog i etiološkog aspekta po pitanju uzroka koji pogoduju nastanku saobraćajnih nezgoda, budući da se radi o veoma učestalom

krivičnom djelu koje je u stalnom porastu. U završnom dijelu rada ukazano je na moguće mjere, preventivne i represivne, u cilju suzbijanja saobraćajnog kriminaliteta.

Ključne riječi: saobraćajni kriminalitet, ugrožavanje, uzroci, krivično djelo, mjere suzbijanja

### **Summary**

This paper presents a normative framework crime of endangering public traffic, primarily in terms of the Criminal Code of Montenegro and the Law on Road Traffic Safety, Montenegro, since that it is a blanket criminal offense. Also, special emphasis is given to the criminological and etiological aspects regarding the causes that favor the occurrence of traffic accidents, since it is a very frequent crime, that is constantly growing. In the final part of the paper will highlight the extent possible, preventive and repressive, in order to suppress the traffic crime.

Keywords: traffic crime, threats, causes crime, criminal offense, measures to combat





**Mr Vesna SIMOVIĆ<sup>1</sup>**

## **PRAVO NA DOBRU UPRAVU**

Koncept dobra uprava predstavlja upravu koja djeluje u skladu sa određenim standardima i načelima upravnog djelovanja, a koji su utvrđeni u različitim dokumentima Savjeta Evrope i Evropske unije. Među tim principima naročito se izdvajaju sledeći, i to: pouzdanost i predvidljivost, otvorenost i transparentnost, odgovornost i efikasnost. Pored toga se spominju i druga načela, ona koja se odnose na javne službenike, kvalitet propisa i postupaka, kao i na obilježja javnih usluga odnosno javnih službi, kao što su: nepristrasnost, lojalnost, materijalna nezainteresovanost, diskrecija i suzdržanost (načela koja se odnose na javne službenike), jednostavnost i jasnoća načela (načela koja se odnose na propise i upravne postupke), kao i stalnost i kontinuirano pružanje usluga i dostupnost (načela koja se odnose na javne službe).<sup>2</sup> Uprava je kompleksan pojam koji obuhvata najmanje dva osnovna značenja: upravljanje stvarima i vladanje ljudima.<sup>3</sup>

Istorija koncepta dobre uprave ima dugi vijek, a započinje još u teoriji prirodnog prava. To je i logično s obzirom da su opstanak i razvitak društva uz ostvarenje opšteg (zajedničkog) dobra, kao jedne od najviših vrijednosti prirodnog prava, neostvarivi bez valjanog djelovanja uprave. Široko rasprostranjena postavka teoretičara prirodnog prava o dualizmu pozitivnog i prirodnog prava, kao i o težnji da se ovo prvo približi poslednjem idealu u velikoj mjeri je primjenjiva na nastojanja za usklađivanjem upravne prakse sa principima dobre uprave. Naime, teorija prirodnog prava, kao preduslov za približavanje pozitivnog prava prirodnom, ističe postojanje vladavine prava i demokratskog, istinski pluralističkog

---

<sup>1</sup> Mr Vesna Simović, pripravnik u Privrednom sudu Crne Gore.

<sup>2</sup> Petar Kunić: "Savremene tendencije u reformi javne uprave", Moderna uprava, Banja Luka, 2009, str.10.-14.

<sup>3</sup> Ilić S.: "Upravno pravo Crne Gore", CID Podgorica, Podgorica, 2012., str.17.

društva. Što se tiče praktičnog života, isti preduslov se zahtijeva za zaživljenje principa dobre uprave. Prema tome, za koncept prirodnog prava, sa naglašenim značajem ideja pravednosti i pravičnosti, može se reći da predstavlja važan osnov aktivnosti institucije ombudsmana u mnogim državama prilikom vršenja kontrole nad radom uprave. "Time ombudsman ostvaruje povezivanje principa pozitivnog i prirodnog prava, više nego bilo koja druga državna institucija".<sup>4</sup> Važno je znati i da je pretežno sudski način nastanka principa dobre uprave u evropskim okvirima uklopljiv u metode teorije privrednog prava o otklanjanju nesklada između prirodnog i pozitivnog prava, a među kojima, naravno, prednjači vid sudskog stvaranja prava.<sup>5</sup>

### **1. Princip dobre uprave i njegovo mjesto u pravnom poretku EU**

Razvojna dimenzija koncepta dobre uprave posmatra se kroz određene dokumente institucija Savjeta Evrope i Evropske unije, ali i kroz opšte principe i pravila upravnog prava država članica ovih organizacija. U skladu sa tim, treba imati u vidu međusobne uticaje i isprepletenost pravila dobre uprave koje su tim putevima stvoreni. Naročito važan jeste povratni uticaj koji principi dobre uprave, koji su usvojeni od institucija Savjeta Evrope i Evropske unije, vrše na pravne sisteme država članica (pa i potencijalnih članica) ovih organizacija. Kada dođe do usvajanja ovih principa i njihove primjene, a što je praćeno kvalitativno novim odnosima između javnih službenika i stranaka, onda to treba da doprinese modernizaciji uprave.<sup>6</sup>

Uporedo sa naporima tijela Savjeta Evrope usmjerenim na afirmisanje koncepta dobre uprave, tekao je sličan proces u aktivnostima institucija Evropske unije.<sup>7</sup> Šest decenija evropskih integracija ostavilo je veliki trag u državama starog

---

<sup>4</sup> Davinić M.: "Evropski ombudsman i loša uprava", doktorska disertacija, Beograd, 2008, str.78.-81.

<sup>5</sup> Perović S.: "Prirodno pravo u filozofskom i normativnom spisu", Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1-2, Beograd, 2006, str.799.-916.

<sup>6</sup> Rađenović M.: "Pravo opšteg upravnog postupka", Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2005., str.54.-58.

<sup>7</sup> Radi jednostavnosti će se, u nastavku teksta, pod pojmom Evropske unije podrazumijevati i Evropske zajednice.

kontinenta. Naime, nedugo nakon osnivanja Savjeta Evrope, stvorene su evropske zajednice,<sup>8</sup> čiji je prevashodni cilj bilo postizanje većeg stepena ekonomske integrisanosti evropskih država. Na temeljima evropskih zajednica stvorena je Evropska unija (EU).<sup>9</sup> Pored ekonomskih, Evropska unija dobija preciznije političke i pravne elemente, a integrativni procesi se proširuju i na oblast javnog prava. Naročito je značajno ustanovljenje tzv. evropskog građanstva, koje posjeduju državljani zemalja članica EU i kojim oni stižu odgovarajuća prava i obaveze. S tim u vezi, nastaje pojam evropskog upravnog prostora,<sup>10</sup> koji obuhvata vrijednosti, standarde i principe zajedničke upravama država članica EU i predstavlja okvir upravne reforme potencijalnih članica Unije, kako bi se iste osposobile za preuzimanje pravne tekovine Unije i ispunjavanje obaveza koje donosi članstvo u Uniji. Kao što je ranije navedeno, koncept evropski upravni prostor nastao je u radu programa SIGMA<sup>11</sup> i označava skup vrijednosti, standarda i principa koji čine okvir evropskog upravnog prava. Njihov nastanak se veže za praksu Suda pravde EU, kao i za kontakte institucija EU i uprava država članica, ali i međusobne odnose uprava država članica EU. Poznate su dvije klasifikacije principa Evropskog upravnog prostora. Prva je izvedena iz prakse Suda pravde EU i druga je stvorena u okviru SIGMA programa. Uporednom analizom principa dobre uprave i principa evropskog upravnog prostora može se utvrditi veliki stepen njihove povezanosti i međuzavisnosti.<sup>12</sup>

Nastanak koncepta dobre uprave u pravu Evropske unije, objašnjava se sadejstvom različitih faktora i identifikacijom sa stanovišta osnivačkih ugovora EU, prakse

---

<sup>8</sup> Prvo je osnovana Evropska zajednica za ugalj i čelik 1951. godine, a potom i Evropska ekonomska zajednica i Evropska zajednica za atomsku energiju 1957. godine.

<sup>9</sup> Potpisivanjem Ugovora u Matrihtu 7. februara 1992. godine, odnosno njegovim stupanjem na snagu 1. novembra 1993. godine.

<sup>10</sup> Kavran D. Đ.: "Evropski upravni prostor, reforma i obrazovanje državne uprave", Pravni život, vol. 53., br. 9, 2004., str.1064.

<sup>11</sup> SIGMA program - jeste zajednička inicijativa Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) i Evropske unije. Opširnije pogledati na internet stranici: [www.sigmaxweb.org](http://www.sigmaxweb.org)

<sup>12</sup> Koprić I., Musa A., Lalić G.: "Good Administration as a Ticket to the European Administrative Space", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, br. 5, Zagreb, 2011., str.1548.-1558.

sudova EU,<sup>13</sup> kao i djelovanja Evropskog ombudsmana i drugih institucija EU. S tim u vezi, osnivački ugovori EU ne sadrže precizne odredbe kojima bi se uredio koncept dobre uprave, ali je u njima moguće pronaći određena prava i principe koji su sastavni dio ovog koncepta. Za ugovore o osnivanju evropskih zajednica može se reći da su poznavali odredbe o nediskriminaciji, obavezi obrazloženja pojedinačnih odluka, objavljivanju i dostavljanju odluka, a u izuzetnim slučajevima se primjenjivalo i pravo na saslušanje stranke.<sup>14</sup> Sami ugovorni okvir dobre uprave u Evropskoj uniji dat je u članu 298. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), koji zahtijeva otvorenu, efikasnu i samostalnu evropsku upravu, kao preduslov za ostvarenje ciljeva EU. Pored toga, ugovorom se traži od organa da obrazlože svoje akte (član 296. UFEU), zatim da omoguće pojedincima slobodan pristup dokumentima (član 15. UFEU), da štite lične podatke (članovi 16. i 39. UFEU), a pojedincima se, s druge strane, omogućava prijavljivanje slučajeva loše uprave evropskom ombudsmanu (član 20. UFEU). Osim toga, članom 226. UFEU, omogućeno je Evropskom parlamentu da na zahtjev četvrtine njegovih članova uspostavi privremeni Odbor za istragu, sa ciljem ispitivanja navodnih kršenja i nepravilnosti u primjeni prava EU.<sup>15</sup>

Imajući u vidu činjenicu da osnivački ugovori nisu na podroban način uredili koncept dobre uprave, onda su ključnu ulogu u njegovom razvoju u okvirima prava EU imali sudovi EU. Još od 1957. godine i presude u slučaju Aljera<sup>16</sup>, Sud pravde EU rješava po tužbama za poništaj, čiji su predmet pojedinačni akti doneseni u vršenju javnih ovlaštenja od strane institucija i tijela EU.<sup>17</sup> Dalje, s obzirom da su se stranke često

---

<sup>13</sup> Pod sudovima EU u ovom dijelu rada podrazumijevamo Evropski sud pravde i Sud prve instance, koji su stupanjem na snagu lisabonskog Ugovora od decembra 2009. godine inkorporirani u Sud pravde EU.

<sup>14</sup> Schwarze J.: "European administrative law", Sweet & Maxwell, London, 2006., str.38.-42.

<sup>15</sup> Davinić M.: "Pojam dobre uprave", Pravni život, vol. 59, br. 10, 2010., str.392.

<sup>16</sup> Slučaj Aljera - jeste prvi predmet u kojem se Evropski sud pravde oglosio nadležnim da rješava o poništaju pojedinačnih akata donesenih u vršenju javnih ovlaštenja od strane institucija EU.

<sup>17</sup> Lanza E., "The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rationes and Enforcement in Antitrust Case-Law", Teoria del Diritto

pozivale na povredu procesnih principa upravnog prava,<sup>18</sup> sud je ove principe izvodio iz nacionalnih prava i postepeno ih podvodio pod koncept dobre uprave, iako ovaj koncept svojim presudama nije izričito definisao. Radom sudova EU, koncept dobre uprave dobija karakter opšteg principa prava, a u koji su uvršteni principi zakonitosti, srazmjernosti, otvorenosti i transparentnosti, nediskriminacije, zaštite legitimnih očekivanja, brižljivog vođenja postupka, postupanja u razumnom roku, zatim pravo na saslušanje stranke i obaveza organa na pružanje obrazloženja odluke i slično.<sup>19</sup> Na osnovu navedenog se zaključuje da je od sudova razvijen koncept dobre uprave nosio jak procesno-pravni karakter.

Što se tiče procesa kodifikacije principa dobre uprave u Evropskoj uniji, izvedenih iz prakse sudova EU, on je započeo u posljednjoj deceniji XX vijeka. Primarni uticaj u ovom procesu imala je institucija Evropskog ombudsmana.<sup>20</sup> Vidjevši da je preventivno djelovanje nezaobilazan način otklanjanja slučajeva loše uprave, Evropski ombudsman je od samog osnivanja težio afirmisanju principa dobre uprave, čije je poštovanje preduslov suzbijanja i eliminisanja slučajeva loše uprave u praksi. S tim u vezi, u vrijeme teških optužbi na račun rada Evropske komisije,<sup>21</sup> kao najznačajnijeg vršioca upravnih aktivnosti u EU, Evropski ombudsman je 1999. godine izradio nacrt *Kodeksa dobrog upravnog postupanja* i preporučio njegovo usvajanje od strane institucija i tijela EU. Osim toga, Evropski ombudsman je i aktivno učestvovao u kreiranju POPEU, zalažući se za uvrštavanje prava na dobru upravu u tekst POPEU.<sup>22</sup> Kao kruna ovih napora, u Nici je 7. decembra 2000. godine proglašena *Povelja o osnovnim pravima*

---

e dello Stato, br. 1-2-3, 2008, str.479.-480.; Schwarze J., op.cit., str.59.-64.

<sup>18</sup> Najčešće u oblastima prava konkurencije, državne pomoći, antidampinških mjera i slično.

<sup>19</sup> Lanza E., op.cit., str.479.-480.; Kanska K., op.cit., str.304.-305.

<sup>20</sup> Davinić M., op.cit., str.119.-334.; Milkov D.: "Ombudsman Evropske unije", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 36, br. 1-3, Novi Sad, 2002., str.51.-60.

<sup>21</sup> Ponce J., "Good Administration and Administrative Procedures", Indiana Journal of Global Legal Studies, 2005., str.559.

<sup>22</sup> Soderman J.: "Public Hearing on the draft Charter of Fundamental Rights of the European Union", Preliminary remarks, Brussels, 2000.

*EU*.<sup>23</sup> Sastavni dio ove Povelje postalo je pravo na dobru upravu, sadržano u članu 41. POPEU i utvrđeno je na bazi principa dobre uprave nastalih praksom sudova EU.

Sadržinu člana 41. Povelje Evropske unije o osnovnim pravima čine sljedeće odredbe i to: "Svako lice ima pravo da njegov ili njen predmet bude razmotren nepristrasno, pravično i u razumnom roku od strane institucija, tijela i agencija Unije." "Ovo pravo uključuje: pravo svakog lica da bude saslušano prije preduzimanja pojedinačne mjere koja bi na njega ili nju mogla negativno uticati; zatim pravo svakog lica da ima pristup njegovom ili njenom dosijeu, poštujući legitimne interese povjerljivosti i profesionalne i poslovne tajnosti; obavezu uprave da predoči obrazloženje svojih odluka." "Svako lice ima pravo da mu Unija nadoknadi štetu prouzrokovanu od strane njenih institucija ili službenika u vršenju njihovih dužnosti, u skladu sa opštim principima zajedničkim pravima država članica." "Svako lice ima pravo da piše institucijama Unije na jednom od zvaničnih jezika Unije i mora dobiti odgovor na istom jeziku."<sup>24</sup> Osim ovih odredbi, od velikog značaja za koncept dobre uprave su i odredbe POPEU kojima se garantuju: pravo građana i pravnih lica na pristup dokumentima institucija EU, bez obzira na njihovu formu (član 42), zatim pravo obraćanja Evropskom ombudsmanu u vezi sa slučajevima loše uprave nastalih u radu institucija EU (člana 43), pravo na podnošenje predstavki Evropskom parlamentu (član 44), pravo na zaštitu ličnih podataka (član 8), pravo na jednakost pred zakonom (član 20), nediskriminacija (član 21), pravo na kulturnu, vjersku i jezičku različitost u Evropskoj uniji (član 22), jednakost muškaraca i žena (član 23), pristup uslugama od opšteg ekonomskog interesa (član 36) i pravo na djelotvorno pravno sredstvo i pravično suđenje (član 47).<sup>25</sup>

Iako pravo na dobru upravu mnogo naglašava potrebu zaštite pojedinačnih interesa, pa time u drugi plan stavlja javne interese, ono ipak predstavlja važan instrument izgradnje dobre uprave u okviru EU. Lisabonski ugovor je

---

<sup>23</sup> Fredman S., McCrudden C., Freedland M.: "An E.U. Charter of fundamental rights", Public Law, 2000., str.178.-186.

<sup>24</sup> Kanska K.: "Towards Administrative Human Rights in the EU - Impact of the Charter of Fundamental Rights", European Law Journal, Vol. 10., br. 3., Blackwell Publishing Ltd., 2004., str.308.-323.

<sup>25</sup> Koprić I., Musa A., Lalić G., op.cit., str.1528.-1529.

stupio na snagu 1. decembra 2009. godine, pa tada odredbe POPEU bivaju pravno obavezujuće za sve institucije, tijela, kancelarije i agencije EU, kao i za Sud pravde EU u rješavanju predmeta sudskih postupaka koji se odnose na prava iz Povelje. Nije prošlo mnogo od usvajanja POPEU, kada je 6. septembra 2001. godine Evropski parlament u vidu rezolucije usvojio *Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja*, prihvatanjem neznatno modifikovanog nacrtu *Kodeksa Evropskog ombudsmana* iz 1999. godine. Akcenat je stavljen na tome da je "svrha Kodeksa detaljnije objašnjenje značenja prava na dobru upravu iz člana 41. POPEU u praksi".<sup>26</sup>

Oslanjajući se na praksu evropskih sudova, akte Savjeta Evrope, kao i dostignuća pravne nauke, Kodeks sadrži procesne, materijalne, pa i vanpravne principe dobrog upravnog postupanja. Od ukupno 27 članova, ovi principi su raspoređeni u 24 člana Kodeksa, i to sljedećim redom: zakonitost djelovanja, nediskriminacija stranaka, srazmjernost u postupanju, odsustvo zloupotrebe ovlaštenja, nepristrasnost i samostalnost u djelovanju, objektivnost u donošenju odluka, poštovanje legitimnih očekivanja stranaka, konzistentnost u djelovanju i savjetovanje građana, pravičnost i nepristrasnost u postupanju, uslužnost u odnosima sa strankama, pružanje odgovora na podnesak na jeziku stranke u skladu sa osnivačkim ugovorima, potvrđivanje prijema podnesaka i označenje zaduženog službenika, obaveza prosljeđivanja pismena nadležnoj instituciji, pravo stranaka na saslušanje i davanje izjava u vezi sa predmetom, donošenje odluka u razumnom roku, dužnost obrazlaganja osnova odluka, upućivanje stranaka na mogućnost podnošenja pravnih lijekova, dostavljanje i obavještanje stranke o odluci, obaveza zaštite ličnih podataka, poštovanje prava na pristup informacijama i dokumentima, obaveza arhiviranja i čuvanja dokumenata, obavještanje građana o pravima koja im pripadaju u skladu sa Kodeksom, kao i pravo na podnošenje pritužbe Evropskom ombudsmanu u slučaju povrede nekog od ovih principa.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Soderman J.: "What is good administration? The European Ombudsman's Code of Good Administrative Behaviour", Bucharest, 2001., str.31.

<sup>27</sup> <http://www.ombudsman.europa.eu/resources/code.faces>



Bez obzira na to što odredbe Kodeksa predstavljaju tzv. meko pravo i što nisu pravno obavezujuće, one ipak imaju višestruki značaj za ostvarenje koncepta dobre uprave u pravu Evropske unije. Prije svega, Kodeks omogućava građanima i drugim subjektima da saznaju koja im prava pripadaju u odnosima sa upravom EU. Nakon toga, institucije i službenici EU imaju konkretan i na jednom mjestu sistematizovan vodič za dostizanje standarda dobre uprave. Osim toga, Sudu pravde EU i Evropskom ombudsmanu znatno je olakšan put u vršenju njihovih kontrolnih ovlaštenja u pogledu slučajeva loše uprave. Na samom kraju, principi sadržani u kodeksu postaju paradigma za uprave država potencijalnih članica EU, pa i drugih zemalja, u kontekstu razvoja koncepta dobre uprave.<sup>28</sup>

Zaključak je na tome da je koncept dobre uprave u pravu Evropske unije prešao dug put od sudskom praksom zaštićenog amalgama principa dobrog upravnog postupanja, do subjektivnog građanskog prava na dobru upravu i principa dobre uprave proklamovanih Kodeksom dobrog upravnog postupanja. Osim toga, neosporivo je da danas ovaj koncept u pravu EU još uvijek nema jasne konture, te da se kreće od uže, čisto pravne sadržine do širih, pravno-vanpravnih rješenja. Shodno tome, kako bi pokušao da otkloni nedostatak konciznosti koncepta dobre uprave, Evropski ombudsman je još krajem prošlog vijeka predložio usvajanje posebne uredbe o dobrom upravnom postupanju.<sup>29</sup> Djelimično zahvaljujući otporu pojedinih država članica, a djelimično stupanju na snagu odredbi člana 41. POPEU, Komisija do danas nije usvojila takvu uredbu. Imajući u vidu trenutno stanje, čini se da će dalji razvoj koncepta dobre uprave u EU, kao i do sada, biti obilježen aktivnom ulogom Suda pravde EU i Evropskog ombudsmana.

## **2. Dobra uprava u dokumentima Savjeta Evrope**

Posmatrano sa aspekta osnova koncepta dobre uprave, ne može se poreći uticaj odredbi EKLjP na njegovo formiranje.

---

<sup>28</sup> Mendes K.: "Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behaviour", European University Institute Working Papers, Law, br. 9, 2009., str.11.-13.

<sup>29</sup> Soderman J., op.cit., str.32.



EKLjP predstavlja prvi dokument međunarodnog karaktera kojim se garantuje pravna zaštita pojedinaca u odnosima sa državom.<sup>30</sup> S tim u vezi, većinu tih odnosa pojedinci uspostavljaju u odnosu prema organima i organizacijama javne uprave, pa je EKLjP postala i značajan instrument za unapređenje rada uprave. Prema tome, od naročitog značaja su odredbe EKLjP kojima se garantuju pravo na pravično suđenje, odnosno pravo na djelotvoran pravni lijek (članovi 6. i 13).<sup>31</sup> Međutim, iako se jezičkim tumačenjem odredbi člana 6. EKLjP ne bi moglo zaključiti da se one prostiru na slučajeve upravnog postupanja, Evropski sud za ljudska prava je primjenom pravila o autonomnom tumačenju odredbi EKLjP proširio njeno polje primjene i na ove slučajeve.<sup>32</sup> Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava u Strasburu i povećanje obima djelovanja uprave u državama članicama Savjeta Evrope, a naročito u odnosu na pojedince, podstakli su pravne poslenike "starog kontinenta" da ulože napore za kodifikovanjem određenih principa dobre uprave.

Prema tome, prva kodifikacija principa koji danas čine koncept dobre uprave nastala je kao rezultat rada organa Savjeta Evrope i to 28. septembra 1977. godine, usvajanjem od strane Komiteta ministara Rezolucije o zaštiti pojedinaca u odnosu na akte upravnih vlasti (77) 31. Rezolucija sadrži pet principa, od kojih neki kasnije postaju jezgro koncepta dobre uprave, odnosno prava na dobru upravu, a to su: pravo stranke na saslušanje, pravo stranke na pristup informacijama, pravo stranke na pomoć i zastupanje u upravnom postupku, obaveza organa uprave da navedu razloge za svoje odluke i obaveza organa uprave na ukazivanje raspoloživih pravnih lijekova. Rezolucijom (77) 31 je predviđeno da se na pomenute principe mogu pozivati pojedinci (fizička i pravna lica) u vezi sa pojedinačnim aktima uprave koji ih neposredno pogađaju. Iako se u tekstu Rezolucije eksplicitno ne govori o konceptu dobre uprave, ističe se da se pomenuti principi trebaju primjenjivati "u skladu sa zahtjevima dobre i efikasne uprave", kao i to da njihova

---

<sup>30</sup> Jakšić A.: "Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar", Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2006., str.12.-15.

<sup>31</sup> Kanska K., op.cit., str.305.-306.

<sup>32</sup> Jakšić A.: "Evropska konvencija o ljudskim pravima - Komentar", Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006., str.161.-170.

primjena ne smije biti na štetu interesa trećih lica i značajnijih javnih interesa.<sup>33</sup>

Od kraja sedamdesetih godina XX vijeka pa sve do danas, Komitet ministara Savjeta Evrope je usvojio niz preporuka koje se tiču rada uprave i imaju za cilj unapređenje njenog kvaliteta. Odredbe ovih akata umnogome su doprinijele daljem profilisanju principa dobre uprave. Među ovima se posebno izdvaja Preporuka (80) 2 Komiteta ministara o vršenju diskrecionih ovlašćenja od strane upravnih vlasti. Zahtjevi za objektivnim i nepristrasnim postupanjem organa uprave u razumnom roku, izbjegavanjem diskriminacije, uvažavanjem principa srazmjernosti prilikom donošenja diskrecionih odluka, uzimanjem u obzir svih relevantnih okolnosti prilikom rješavanja konkretnog slučaja, te obavještavanjem stranaka o sadržini i razlozima odluke, koji su sadržani u ovom dokumentu, predstavljaju važne komponente koncepta dobre uprave.<sup>34</sup> Među ostalim preporukama Komiteta ministara izdvajaju se: Preporuka (81) 19 o pristupu informacijama i dokumentima koji su u posjedu javnih vlasti, Preporuka (84) 15 o odgovornosti javnih vlasti, Preporuka (87) 16 o vođenju upravnih postupaka u odnosu na veliki broj stranaka, Preporuka (91) 10 o zaštiti ličnih podataka, Preporuke (2000) 6 i (2000) 10 o statusu i pravilima ponašanja javnih službenika, Preporuka (2002) 2 o pristupu službenim dokumentima, Preporuka (2003) 16 o izvršenju upravnih i sudskih odluka u oblasti upravnog prava, Preporuka (2004) 20 o sudskoj kontroli upravnih akata i druge.<sup>35</sup> Iako ni Rezolucija niti preporuke nisu pravno obavezujuće, njihovo poštovanje nosi veliki politički i pravni značaj, a Rezolucijom (77) 31 i Preporukom (80) 2 se ono obezbjeđuje i kroz mehanizam obavještavanja Generalnog sekretara Savjeta Evrope o primjeni u njoj sadržanih principa od strane država članica ove organizacije.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Koprić I., Musa A., Lalić G., op.cit., str.1534.-1535.

<sup>34</sup> Ponce J., op.cit., str.558.

<sup>35</sup> Koprić I., Musa A., Lalić G., op.cit., str.1535.-1536.

<sup>36</sup> Tomić Z., "Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom", Pravni fakultet u Beogradu - Službeni glasnik, Beograd, 2010., str.417.

## **2.1. Institucija dobre uprave u Savjetu Evrope**

Primarni cilj Savjeta Evrope predstavlja postizanje većeg jedinstva među svojim članicama, a sve sa ciljem očuvanja i ostvarivanja ideala i principa koji su njihovo zajedničko nasleđe, kao i radi podsticanja njihovog ekonomskog i društvenog napredka.<sup>37</sup> "Veće jedinstvo među svojim članicama" kao jedan od ciljeva Savjeta Evrope može se ostvariti na nekoliko načina. Naime, član 1 Statuta organizacije donosi konkretnu referencu Savjeta Evrope u misiji očuvanja i unapređenja ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao načina za postizanje "većeg jedinstva". Administrativna procedura zahtijeva zajedničku evropsku regulativu po svim značenjima, s obzirom da je to posebna oblast prava kojim upravni organ direktno zadovoljava građane. Zato, ovi predmeti nose opasnost da osnovna prava građana mogu biti narušena, odnosno drugim riječima rečeno, njihova pojava u ustavnoj državi, na bilo koji način, nije poželjna. Posmatrajući sadašnje nacionalne administrativne sisteme, administrativni zvanični proceduralni Zakon se, za razliku od ostalih, po mnogo čemu ističe. Prije svega, glavne tendencije u praksi su da ograničavaju izvršnu moc država u okviru ustavnog okvira zakona i da garantuje postepeno širenje osnovnih prava građana, kao i uspostavljanje "dobre uprave". Što se tiče Evropskog upravnog prava, tu se može postaviti pitanje: "Da li evropsko administrativno procesno pravo uopšte postoji? Koji se oblici i nivoi standardizacije mogu očekivati?" Na ovo pitanje se može odgovoriti može dokumentima Savjeta Evrope, koji su postignuti u ovoj oblasti prava.

Za ovaj pojam se može reći da je postao nešto moderno i da se pojavljuje u različitim instrumentima, odnosno kako na evropskom tako i na nacionalnom nivou, tako da različiti autori daju različite definicije istog. Prema Theodor Fortsakis<sup>38</sup>, princip dobre uprave je "ujedno dugogodišnja i inovativna ideja". Njegov specifičan sadržaj se postepeno njegovao u okviru davno uspostavljenih koncepta zaštite korisnika,

---

<sup>37</sup> Statut Savjeta Evrope, Poglavlje I, Članak 1.

<sup>38</sup> Theodor Fortsakis - je zamjenik predsjednika odjeljenja Zakona nacionalnog Capodistrian univerziteta u Atini. On je član Upravnog odbora i/ili član brojnih naučnih sindikata, udruženja EU i Grčke.

sadržan je i razrađen u različitim instrumentima i u okviru evropske sudske prakse, a danas je to jedan od stubova temeljaca modernog upravnog prava.<sup>39</sup> Dobra uprava znači da "organi uprave imaju obavezu da izvršavaju ovlašćenja i odgovornosti u skladu sa postojećim zakonima i propisima, djelujući na preovlađujući koncept zakona, na takav način da se izbjegne pretjerano rigidna primjena zakonske odredbe. Drugim riječima, ne samo da moraju da se izbjegnu bilo kakav nefer doktrinarni pristup, već se takođe mora nastojati da se prilagodi zakonskim propisima prema društvenim i ekonomskim realnostima.<sup>40</sup> Dakle, princip ima ambivalentnu funkciju, "s jedne strane, djeluje kao kišobran, pod kojim su odvojena pravila grupisana zajedno oko zajedničke ideje vodilje, odnosno ideje dobre administracije; s druge strane, princip se može definisati kao odskočna daska za specifična nova pravila koja se odnose na istu ideju."<sup>41</sup> Prvo tumačenje je potvrđeno od strane Klara Kanska, koji kaže da je pojam dobra uprava "razvijen kao princip kišobrana, koji se sastoji iz otvorenih izvora prava i obaveza".<sup>42</sup>

## **2.2. Put ka dobroj administraciji**

Savjet Evrope je sa radom u oblasti upravnog prava počeo prilično rano, tačnije 1977. godine kada je izdata prva rezolucija o zaštiti pojedinca u odnosu na akte administrativne vlasti.<sup>43</sup> Ideološka osnova dokumenta zasnivala se na sve većem značaju javnih administrativnih aktivnosti. Shodno tome, državni organi su se, pored svog tradicionalnog zadatka koji se sastojao u očuvanju reda i zakona, sve više bavili velikim brojem raznovrsnih aktivnosti usmjerenih na obezbjeđivanje blagostanja građana i promovisanje društvenih i fizičkih uslova društva. Prema tome, razvoj je rezultirao time da je pojedinac bivao često pod uticajem administrativnih procedura. U skladu sa tim su se, u različitim državama,

---

<sup>39</sup> Fortsakis T.: "Principles governing good administration", European Public Law, Vol. 11, br. 2., 2005., str.207.

<sup>40</sup> Ibid., str.209.

<sup>41</sup> Ibid., str.211.

<sup>42</sup> Kanska K., op.cit., str.305.

<sup>43</sup> Rezolucija (77) 31 o zaštiti pojedinca u odnosu na akte upravnih organa. Rezolucija je usvojena od strane Komiteta ministara 28. septembra 1977. godine, na 275. sastanku zamjenika ministara.

preduzimali naponi radi poboljšanja individualne proceduralne pozicije s obzirom na administraciju, a sa ciljem usvajanja pravila koja bi osigurala pravičnost u odnosima između građanina i upravne vlasti. Iz tog razloga, u svojoj rezoluciji Savjet Evrope je iznio pet principa i to: pravo glasa, pristup informacijama, pravo na pomoć i zastupanje, izjavu o razlozima i indikaciji lijekova. Ovih pet principa mogu se smatrati kao prvi korak ka *dobroj upravi*, što znači da su oni dio zaštite osnovnih prava i sloboda pojedinca, što je jedan od glavnih zadataka povjerenih statutom u Savjetu Evrope. Rezolucija je kasnije praćena mnogim drugim rezolucijama i preporukama Savjeta Evrope koje definišu sve više i više značajne zahtjeve u pogledu administracije i upravnog prava, ali rezultat sistematskog rada nije rezultirao njegovim stapanjem u jedan document.<sup>44</sup>

Godine 2003., Parlamentarna Skupština sprovela je Preporuku<sup>45</sup> u kojoj poziva države članice da stvore instituciju ombudsmana na nacionalnom nivou, a gdje već nije postojala. U tom dokumentu Parlamentarna skupština navodi da bi vlade država članica Savjeta Evrope trebale da usvoje pojedinačno pravo na dobru upravu na ustavnom nivou, a sve to nakon izrade teksta modela od strane Komiteta ministara, a takođe trebaju da usvoje i implementiraju u potpunosti Kodeks dobre uprave, kako bi efikasno uticali na publicitet tako da se javnost obavijesti o njihovim pravima i legitimnim očekivanjima. Skupština dalje preporučuje da Komitet

---

<sup>44</sup> Kao primjer pogledati sledeće preporuke:

Preporuka R (80) 2 o vršenju diskrecionih ovlašćenja od strane organa uprave. Ova Preporuka je usvojena od strane Komiteta ministara 11. marta 1980. godine, na 316. sastanku zamjenika ministara.

Preporuka R (84) 15 Komiteta ministara državama članicama u vezi sa javnom odgovornošću. Preporuka je usvojena od strane Komiteta ministara 18. septembra 1984. godine, na 375. sastanku zamjenika ministara.

Preporuka Rec (2003) 16 Komiteta ministara državama članicama o izvršenju upravne i sudske odluke iz oblasti upravnog prava. Ova je Preporuka usvojena od strane Komiteta Ministara 9. septembra 2003. godine, na 851. sastanku zamjenika ministara.

Preporuka Rec (2004) 20 Komiteta ministara državama članicama o sudskom preispitivanju upravnih akata. Preporuka je usvojena od strane Komiteta ministara 15. decembra 2004. godine, na 909. sastanku zamjenika ministara.

<sup>45</sup> Preporuka 1615 (2003) Institucija Ombudsmana.

ministara mora da napravi model nacrtu teksta zaosnovanog na individualnom pravu na dobru upravu, kao i da izradi jedan sveobuhvatan i konsolidovani Model kodeks dobre uprave, a koji proizilazi od Komiteta ministara, odnosno Preporuke R (80) 2 i Rezolucije (77) 31 i Evropskog Kodeksa o dobroj upravi ili dobrom administrativnom ponašanju, naravno uz učešće odgovarajućih organa Savjeta Evropa - posebno Komesara za ljudska prava i Evropske komisije za Demokratiju putem prava, kao i Skupštine, a u konsultaciji sa Evropskim Ombudsmanom, čime se obezbjeđuje izrada osnovnog prava na dobru upravu, a kako bi se olakšalo njegovo djelotvorno sprovođenje u praksi.

Komitet ministara je, na svu sreću, prihvatio ove savjete i počeo je da se brine o pitanjima dobre uprave. Tako je konačno u 2007. godini ovaj proces doveo do dokumenta o proglašenju neophodnosti institucije dobre uprave i njenih propisa. S tim u vezi, u predgovoru Dokumenta obuhvaćene su sve ostale preporuke Savjeta Evrope vezane za oblast evropskog upravnog prava koje je gore pomenuto, i ne samo da su pomenute, već su uspješno inkorporisane i dostignuća istih.

### **2.3. Preporuka R. (2007) 7<sup>46</sup>**

U poslednje tri decenije, Komitet ministara Savjeta Evrope usvojio je niz preporuka državama članicama Savjeta Evrope, a čiji je osnovni cilj postizanje određenih segmenata dobre uprave. Shodno tome, dostignuti standardi u okviru Savjeta Evrope, ali i usvajanje Evropskog kodeksa dobrog administrativnog ponašanja (2001) na nivou Evropske unije, omogućili su dobre uslove za donošenje jedne sveobuhvatne preporuke o dobroj upravi. Ta preporuka definiše osnovno pravo na dobru upravu i time olakšava njegovu efektivnu primjenu u praksi. Shodno tome, 2007. godine je Komitet ministara usvojio *Preporuku R. (2007) 7 o dobroj upravi*.<sup>47</sup> To je, zapravo, dokument koji postavlja načela i pravila koja organi

---

<sup>46</sup> <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877>

<sup>47</sup>Preporuka Komiteta Ministara Savjeta Evrope državama članicama CM/Rec(2007) o dobroj upravi, 2007. Izvor: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877&Site=CM>

javne uprave treba da primjenjuju u svom odnosu sa građanima, tj. javnošću, a kako bi se izgradila dobra uprava.

Glavni korak ka formulisanju koncepta dobre uprave od strane institucija Savjeta Evrope učinjen je 20. juna 2007. godine. To je učinjeno usvajanjem Preporuke Komiteta ministara (2007) 7 o dobroj upravi.<sup>48</sup> Tom preporukom su sistematizovani i kodifikovani principi dobre uprave sadržani u Rezoluciji (77) 31 i navedenim preporukama Komiteta ministara, kao i principi dobre uprave iz Evropskog kodeksa dobrog upravnog postupanja i prava na dobru upravu iz člana 41. POPEU. U preambuli Preporuke (2007) 7 se navodi da "dobra uprava mora biti osigurana kvalitetnim propisima, koji moraju biti odgovarajući i konzistentni, precizni, razumljivi i dostupni", kao i da mora "odgovarati osnovnim potrebama društvene zajednice". Osim toga, važno je uzeti u obzir značaj organizacije i metoda upravljanja, kao i adekvatnih kadrova uprave za ostvarenje koncepta dobre uprave u praksi. Važno je istaći i značaj postojanja ravnoteže između interesa pojedinaca na jednoj i javnih interesa na drugoj strani. Naglašava se zasnovanost koncepta dobre uprave na temeljnim principima vladavine prava, kao što su "zakonitost, jednakost, nepristrasnost, srazmjernost, pravna sigurnost, postupanje u razumnom roku, učešće stranaka u postupcima donošenja odluka, poštovanje privatnosti i transparentnost". Države članice se pozivaju da promovišu koncept dobre uprave u okvirima principa vladavine prava, uspostavljajući efikasnu i odgovornu javnu upravu na dobrobit svih članova društva. U dodatku Preporuke (2007) 7 nalazi se Kodeks dobre uprave u kojem se navode standardi dobre uprave i pozivaju države članice da ih ugrade u svoja zakonodavstva, te da uspostave odgovarajuće mehanizme kontrole njihovog poštovanja.

Kodeks dobre uprave sačinjen je iz 23 člana i podijeljen je na tri odjeljka. Član 1. ovog Kodeksa reguliše važenje njegovih odredbi *ratione personae* i *ratione materiae*. Prvi odeljak sadrži principe dobre uprave i to: zakonitost (član 2), nediskriminacija (član 3), nepristrasnost (član 4), srazmjernost (član 5), pravna sigurnost (član 6), postupanje u razumnom roku (član 7), učešće stranaka u odlučivanju o njihovim

---

<sup>48</sup> Pogledati tekst ove Preporuke na internet stranici: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877&Site=CM>.



pravima i interesima (član 8), poštovanje privatnosti (član 9) i transparentnost (član 10). Drugi odjeljak se pretežno bavi postupkom donošenja upravnih odluka i sadrži sljedeće odredbe: definicije pojma „upravne odluke“ (član 11), pokretanje upravnog postupka (član 12), vođenje upravnog postupka po zahtjevima stranaka (član 13), pravo stranaka da budu saslušane u vezi sa pojedinačnom odlukom (član 14), pravo stranaka da budu uključene u proces odlučivanja u upravnom postupku (član 15), učešće stranaka u troškovima upravnog postupka (član 16), forma upravnih odluka (član 17), dostavljanje i objavljivanje upravnih odluka (član 18), stupanje na snagu upravnih odluka (član 19), izvršenje upravnih odluka (član 20), izmjene pojedinačnih upravnih odluka (član 21). Konačno, treći odjeljak se sastoji iz odredbi o pravnim lijekovima protiv upravnih odluka (član 22), kao i pravila o naknadi štete prouzrokovane nezakonitim upravnim odlukama, odnosno nemarnim odnosom organa uprave ili službenika (član 23).

Važno je naglasiti da, iako Preporuka nije pravno obavezujuća, niti poznaje mehanizam kontrole od strane Generalnog sekretara Savjeta Evrope, uspostavljen *Rezolucijom (77) 31*, ona ipak predstavlja značajan obrazac stvaranja dobre uprave, obrazac koji može biti od koristi državama članicama (i ne samo njima) Savjeta Evrope.<sup>49</sup>

### **2.3.1. Dodatak Preporuke R. (2007) 7<sup>50</sup>**

U preambuli ove Preporuke ističe se činjenica da uprava ostvaruje svoj prerogativ javne vlasti. Ona to radi sa ciljem sprovođenja zadataka potrebnih za to. Međutim, ova ovlašćenja možda ipak, ako se koriste na neprimjeren ili prekomjeren način, krše prava privatnih lica. Upravo zbog toga je poželjno da se kombinuju različita priznata prava u pogledu javnosti vlasti, kao i prava na dobru upravu i da se razjasni sadržaj, po uzoru Povelje o osnovnim pravima Evropske unije. S tim u vezi, dobra uprava mora biti osigurana po kvalitetu zakonodavstva. To zakonodavstvo mora biti odgovarajuće i

---

<sup>49</sup> Koprić I., Musa A., Lalić G., op.cit., str.1536.-1538.

<sup>50</sup> Preporuka CM/Rec (2007) 7 Komiteta ministara državama članicama o dobroj upravi. Ova Preporuka je usvojena od strane Komiteta ministara 20. juna 2007. godine na 999. sastanku zamjenika ministara.



konzistentno, jasno, lako shvaćeno i pristupačno. Shodno tome, Savjet Evrope preporučuje da Vlade država članica promovišu dobru upravu u pogledu principa vladavine prava i demokratije, a kroz organizaciju i funkcionisanje javne vlasti obezbjeđujući efikasnost, efektivnost i vrijednost za novac. Imajući u vidu ovo pitanje, Skupština smatra da zahtjevi za pravom na dobru upravu mogu biti ojačani opštim pravnim instrumentom, jer ovi zahtjevi proističu iz osnovnih principa vladavine prava. Prema tome, Dodatak Preporuke, pod nazivom Kodeks dobre uprave, sadrži niz važnih principa. Sami Kodeks je podjeljen na tri dijela, a koji su objašnjeni u nastavku rada.

#### **2.4. Preporuka 1615. (2003)<sup>51</sup>**

Savjet Evrope redovno objavljuje preporuke vezane za oblasti u kojima su se države članice složile da slijede "zajedničku politiku". Jako je važno znati da ove preporuke nisu pravno obavezujuće za države članice. To je zbog toga što "Komitet ministara može zahtijevati od vlada država članica da obezbijede informacije o preduzetim mjerama u vezi sa preporukama".<sup>52</sup> U bliskoj prošlosti, Savjet Evrope je izdao nekoliko preporuka u vezi javne uprave i upravnih postupaka. Sem toga, Evropski sud za ljudska prava je, takođe, otvorio neka pitanja koja se odnose na javne uprave i vršenje javne vlasti u cjelini u nekoliko svojih odluka. Na taj način on je stvorio praksu koja je sumirana u studijama sudske prakse.<sup>53</sup> Za Preporuku o dobroj upravi se može reći da je jedinstvena, kako zbog svog širokog obima primjene, tako i zbog njegovog detaljnog dodatka.

Jedna od značajnijih preporuka vezanih za dobru upravu jeste Preporuka 1615. (2003). U toj preporuci je Parlamentarna Skupština pozvala Komitet ministara da izradi jedinstveni, sveobuhvatni i konsolidovani model dobre uprave. Naime, primarni cilj Skupštine bio je da se spoje sve ranije preporuke sa ograničenim obimom u jedan sveobuhvatni

---

<sup>51</sup><http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta03/rec1615.htm>, 17.02.2014.

<sup>52</sup> Council of Europe, Public Relations Service: "The Council of Europe - 800 million Europeans", Kozpont, Budapes, 2006., str.47.

<sup>53</sup><http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/Presentations.>, 18.02.2014.

dokument, a koji će poslužiti kao referentna tačka za obje države članice i javne funkcionere. Shodno tome, kao osnov za tekst poslužile su Rezolucija (77) 31 o zaštiti pojedinca u odnosu na akte upravnih organa, kao i Preporuka R (80) 2 o vršenju diskrecionih ovlaštenja od strane organa uprave, a naročito Kodeks o dobrom administrativnom ponašanju ili Kodeks dobre uprave. Osim toga, Komitet ministara zatražio je od Projektne grupe koja se bavi upravnim zakonom da utvrdi izvodljivost izrade i usvajanja preporuka i/ili model sporazuma. S tim u vezi, Projektna grupa je došla do zaključka da je osnovni cilj preporuka obezbjeđivanje zaštite osnovnih ljudskih prava, a to definitivno spada u političku nadležnost Savjeta Evrope. Zato, sa pravne tačke gledišta, Savjet Evrope treba da brine o takvom dokumentu koji će utvrditi uslove "dobre uprave" u jedinstvenom obliku, a uz najširi mogući obim primjene. S druge tačke gledišta, Projektna grupa zvanično je dobila zadatak da pripremi nacrt u 2005. godini, a njen primarni zadatak je bio da izradi preporuku i model sporazum. To se pokazalo kao jako važna odluka iz dva razloga i to: zato što razdvaja dokumente u pogledu sadržaja, a takođe biva jasnije da su odredbe u dodacima više od jednostavnih deklaracija, a pri čemu sadrže minimalne uslove.<sup>54</sup> Proces izrade trajao je do 2006. godine, a Komitet ministara odobrio je konačni tekst 20. juna 2007. godine.

Danas su dobro upravljanje i novi vidovi javnog menadžmenta široko priznati kao dvije dominantne škole u javnoj upravi. Shodno tome, Preporuka i njen Dodatak trebaju iskoristiti prednosti oba koncepta i to: dobro upravljanje kroz transparentnost i učešće i novi javni menadžment kroz zahtjeve efikasnosti.

S obzirom na tekst Preporuke, dobra uprava se tumači samo u širem smislu, pa se tako dobra uprava definiše kao "aspekt dobrog upravljanja". Tekst dalje navodi da "to nije samo rezultat pravnih aranžmana, već to zavisi i od kvaliteta organizacije i upravljanja, jer dobra uprava mora ispuniti zahtjeve efektivnosti, efikasnosti i značaja za potrebe društva". Poslednji zahtjevi koncizno ukazuju na značaj i uticaj novog javnog menadžmenta. Pored toga, Preporuka takođe zahtijeva od država članica da "promovišu dobru upravu kroz

---

<sup>54</sup> Preporuka CM/Rec (2007)7 o dobroj administraciji.

organizaciju i funkcionisanje organa vlasti koji obezbjeđuju efikasnost, efektivnost i vrijednost za novac". Prema tome, ovi principi zahtijevaju da države članice obezbijede postavljanje jasnih ciljeva koji će služiti kao pokazatelji poslovanja, a koji su stvoreni sa svrhom praćenja i mjerenje postizanje ovih ciljeva, zatim da pružaju usluge po odgovarajućoj cijeni, kao i da identifikuju rješenja koja obezbjeđuju najbolje rezultate. Na kraju, jasno je da poslednji uslovi zahtijevaju usvajanje budžetskih i javnih pravila službe i internih propisa, pored procesnog prava. Thierry Tanquerel<sup>55</sup> upozorava da će opšti uslovi performansi i efikasnosti zasijeniti Statut Londona koji utvrđuje Savjet Evrope i fundamentalne vrijednosti sadržane u njemu i to: ljudska prava, vladavinu prava i demokratije. U istom mah, Tanquerel priznaje da Preporuka od država članica traži da promovišu dobru upravu u okviru "vlдавine prava i demokratije", pa tako priznaje odgovarajući značaj ovome.<sup>56</sup>

Dodatak preporuke jasno utvrđuje učešće i transparentnost, kao jedne od osnovnih zahtjeva u vezi sa dobrim upravljanjem. Ipak, njegov pristup novog javnog menadžmenta je drugačiji. Naime, Projektna grupa namjerava da posveti posebnu pažnju dobrom javnom upravljanju, kao i novom javnom menadžmentu, ali sve to djelimično zbog razlika između pravnih očekivanja navedenih u Dodatku, kao i zbog političkih zahtjeva menadžmenta, ali dijelom i zbog raznovrsnosti administrativnih sistema među državama članicama Savjeta Evrope, a što još uvijek nije sprovedeno u praksi.<sup>57</sup>

Funkcija Preporuke i Dodatka, pored toga što predstavljaju deklaracije o poželjnim praksama, sastoji se u tome da sastave standarde, koji će pravni sistemi svake države članice Savjeta Evrope morati da ispune i prihvate. To, međutim, ne podrazumijeva uslov da se udvostruči količina nacionalnih odredbi, već, umjesto toga, države članice se pozivaju da osiguraju sprovođenje sadržaja ovih

---

<sup>55</sup> Thierry Tanquerel - je profesor javnog prava i doktor zakona.

<sup>56</sup><http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/presentations.asp.5.>, 18.02.2014.

<sup>57</sup><http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/presentations.asp.9.>, 18.02.2014.

dokumenata.<sup>58</sup> Dalje se može reći, vezano za Preporuku, da dio vezan za to u kojoj mjeri pojedini građani mogu tvrditi svoje pravo na dobru upravu treba dodatno proučiti, s obzirom da u Preporuci 1615. (2003), Parlamentarna Skupština se takođe pozvala na Komitet ministara da izradi model teksta za osnovno individualno pravo na dobru upravu. Ovakva odluka Skupštine je povezana sa članom 41 Povelje Evropske unije o osnovnim pravima, kojom se priznaje pravo na dobru upravu. Prisustvo ovog koncepta u Povelji o osnovnim pravima i kasnije odluke o Povelji su jasno povezani sa naknadnim usvajanjem Preporuke. U isto vrijeme, Sud pravde Evropske unije direktno je citirao član 41 Povelje EU o osnovnim pravima u nekoliko odluka<sup>59</sup>. Prema tome, pravo na dobru upravu zaštićeno Poveljom o osnovnim pravima jeste, zapravo, pravo svakog čovjeka da se njegovi ili njeni poslovi obavljaju nepristrasno, pravično i u razumnom roku. S tim u vezi, to pravo u sebi sadrži i pravo da bude saslušan, pravo na pristup nečijim dokumentima, pravo na korišćenje svog jezika i obavezu uprave da daju razloge za svoje odluke i da nadoknade štetu nastalu u toku obavljanja svojih dužnosti. S druge strane, javljaju se i oni autori koji smatraju da se, za razliku od gore navedenih prava, pravo na dobru upravu ne može sprovesti kao pojedinačno pravo.<sup>60</sup> To dalje sumira minimalne zahtjeve savremenog upravnog prava, ali se neki od elemenata moraju dodatno razraditi.<sup>61</sup> Sve to je dodatno "naoružala" i sama Preporuka, koja preporučuje vladama država članica da "promovišu pravo na dobru upravu u interesu svih". Zaključujemo da je to jedan tekst koji jasno kaže da je ovo kolektivno, a ne pojedinačno pravo. Takođe je od simboličkog značaja da je pravo na dobru upravu navedeno među političkim zahtjevima za sve države članice.

---

<sup>58</sup><http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/presentations.asp.4.>, 18.02.2014.

<sup>59</sup> Pogledati Slučaj T-54/99 u max.mobil v Commission od 30. januara 2002. godine ([2002] ECR II - 313), Slučaj C-141/02 handed down in Commission v max.mobil od 22 februara 2005. godine ([2005] ECR I - 1283) i Slučaj T-242/ handed down in Sunrider v OHIM od 13. jula 2005. godine ([2005] ECR II - 2793).

<sup>60</sup><http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/presentations.asp.8.>, 18.02.2014.

<sup>61</sup><http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/presentations.asp.59.>, 18.02.2014.

Odredbe Povelje EU o osnovnim pravima često dovode do dodatnih pitanja u vezi njihovog opšteg izvršenja. S obzirom na to, prava koje čine pravo na dobru upravu mogu se okrenuti protiv institucija i organa Evropske Unije.<sup>62</sup> Paralelno sa tim, prema obimu primjene Povelje, države članice su upućene na značenje odredaba Povelje, onda kada se primijeni zakon Unije (indirektan pristup).<sup>63</sup> S druge strane, prema ekspanzivnom tumačenju, odgovarajuća primjena Povelje zahtijeva izbjegavanje bilo kakve razlike između direktne i indirektno implementacije, i na taj način, u datim okolnostima, administracija država članica također mora da ispuni zahtjevi Povelje zbog njenog prelivajućeg efekta.<sup>64</sup>

Sledeći primjer je obezbijeđen, zbog opšteg značaja i širokog spektra primjene, od strane Kodeksa dobre uprave ili dobrog administrativnog ponašanja, a koji je također služio kao osnova za preporuke. Naime, Jacob Söderman<sup>65</sup> kaže da je Evropski ombudsman, u tom vremenu, imao suštinsku ulogu u njegovom usvajanju 2001. godine. Naime, pri predlaganju usvajanja Kodeksa, on naglašava njegov značaj kao skup smjernica za birokrate zajednice, a pored toga definiše i šta se može očekivati od njih i šta građani mogu imati od očekivanja kada su u kontaktu sa birokratama zajednice. Prema tome, njegov obim primjene obuhvata sve pravne odnose gdje su institucije EU u kontaktu sa njenim građanima<sup>66</sup>. Bilo kako bilo, ovo nije generalno primjenjivan kod, već je to više skup jedinstvenih pravila izdatih ili izmijenjenih u ovom kontekstu<sup>67</sup>. Bez obtira na to što postojanje heterogenosti nije nužno preporučljivo, bogato tijelo prakse koje sadrži i fundamentalni značaj Kodeksa nad drugim pravilima i propisima. Sve ovo ističe značaj rada Evropskog Ombudsmana tokom protekle decenije, koji je promovisao njegove

---

<sup>62</sup> Član 41 (1) Povelje o osnovnim pravima EU.

<sup>63</sup> Član 51 (1) Povelje o osnovnim pravima EU.

<sup>64</sup><http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/presentations.asp.80.>, 18.02.2014.

<sup>65</sup> Jacob Söderman - je finski narodni poslanik od septembra 2007. do 2011. godine.

<sup>66</sup><http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/presentations.asp.3.>, 18.02.2014.

<sup>67</sup><http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/presentations.asp.5.>, 18.02.2014.

kontinuirane aplikacije. Najvažnija uloga Preporuke po pitanju tradicionalno zatvorenog nacionalnog upravnog procesnog prava, jeste da uspostavi standarde za države članice u okviru dobrog upravljanja, o tome kako da se obezbijedi dobra administracija. U poređenju sa prethodnim preporukama Savjeta Evrope o administrativnim pitanjima (proceduralnih), ova Preporuka se može smatrati kao značajan korak zbog složenijih političkih, društvenih i zakonskih uslova protiv država članica, kao i zbog šireg opsega primjene. Međutim, relativno konkretna priroda modela sporazuma i nedostatka okruženja u kojem bi mogla njegova direktna primjena i tumačenje da osigura svoj kontinuirani razvoj, može da spriječi sticanje odlučujuće uloge.

### **2.5. Preporuka (80) 2<sup>68</sup>**

Preporuka (80) 2 jeste preporuka gdje se preporučuje vladama država članica da se rukovode u skladu sa zakonom i administrativnoj praksi, a po principima koji su navedeni u prilogu ove preporuka, takođe se preporučuje vladama država članica da moraju obavijesti generalnog sekretara Savjeta Evrope, u dogledno vrijeme, ukoliko dođe do značajnih pomaka u vezi sa pitanjima pomenutim u ovoj Preporuci. Principi koji su navedeni u ovoj Preporuci primjenjuju se na vršenje diskrecionih ovlašćenja od strane organa uprave, odnosno oni se odnose na zaštitu prava, sloboda i interesa lica od vršenja diskrecionih ovlašćenja upravnih akata. Da bi se što efikasnije sproveli ovi principi, neophodna je dobra i efikasna uprava. Pri tome, ne treba zanemariti ni interese trećih lica, kao ni javne interese. Neki od tih uslova ili principa koji se moraju zadovoljiti, mogu biti pod znakom pitanja. Naime, radi se o tome da, u nekim slučajevima ili u određenim oblastima javne uprave, ponekad treba isključiti ili modifikovati neki od navedenih principa kako bi sve išlo pravim tokom. Međutim, bez obzira na to, duh ove Preporuke je u svakom slučaju primjetan u bilo kom naporu koji je preuzet sa ciljem poboljšanja rada uprave, odnosno postizanja dobre uprave. U nastavku rada biće više riječi o principima ove Preporuke.

---

<sup>68</sup>[http://www.dhvspeyer.de/stelkens/Materialien/Recommendation\\_No\\_R%2880%292.pdf](http://www.dhvspeyer.de/stelkens/Materialien/Recommendation_No_R%2880%292.pdf), 21.02.2014.

### **2.5.1. Osnovni principi Preporuke (80) 2**

Organi uprave prilikom sprovođenja svoje diskrecione moći moraju da se baziraju na sledećem:

- da ne djeluju u neke druge svrhe, osim za one koje su dodijeljene od strane vlasti;
- da se vode objektivnošću i nepristrasnošću, uzimajući u obzir samo faktore relevantne za konkretan slučaj;
- da se vode principom jednakosti pred zakonom, a pri tome da izbjegavaju diskriminaciju;
- da održavaju odgovarajuću ravnotežu između bilo kojih štetnih efekata koje njena odluka može imati na prava, slobode ili interese lica;
- da donesu svoju odluku na vrijeme koje je razumno;
- da primjenjuju sve opšte administrativne smjernice na konzistentan način, dok u isto vrijeme moraju uzimati u obzir posebne okolnosti svakog slučaja.

### **2.5.2. Principi Preporuke (80) 2 vezani za postupak vršenja diskrecione moći od strane organa uprave**

Pored principa pravičnog upravnog postupka, a kojim se u cjelini uređuju administrativni akti kao što je navedeno u Rezoluciji (77) 31, principi o kojima će biti riječi u nastavku rada jesu oni koji se primjenjuju posebno na preduzimanje upravnih akata prilikom vršenja diskrecione moći. Prema tome, neki od načina na koji se vrši regulacija vršenja diskrecione moći jesu oni putem: javnosti i komunikacije na odgovarajući način i u mjeri koja je neophodna za dotično lice, na njegov zahtjev, bilo da je to prije ili poslije uzimanja akta u vezi njega.

Pored toga, kada organ uprave, prilikom vršenja diskrecionog prava, polazi od opštih upravnih smjernica na takav način da utiče negativno na prava, slobode ili interese lica, neko drugi mora biti obaviješten o razlozima ove odluke. To se radi ili tako što navodi razloge za to ili ih dostavlja putem komuniciranja dotičnom licu u pisanoj formi i u razumnom roku, a sve na zahtjev tog lica.

### **2.5.3. Principi preporuke (80) 2 vezani za kontrolu vršenja diskrecione moći od strane organa uprave**

Svi akti koji su uzeti prilikom vršenja diskrecione moći podliježu kontroli zakonitosti od strane suda ili drugog



nezavisnog tijela. Ta kontrola ne isključuje mogućnost preliminarne kontrole od strane administrativnog organa koji je ovlašten da odlučuje o zakonitosti. Važno je dodati i to da tamo gdje nema roka za donošenje odluke u vršenju diskrecione vlasti propisane zakonom, a gdje upravni organ ne preduzme svoju odluku u razumnom roku, taj propust može da podlegne kontroli od strane organa nadležnog za tu svrhu. Na kraju, Sud ili neko drugo nezavisno tijelo koje kontroliše vršenje diskrecionih moći ima ovlaštenja za dobijanje informacija koje su neophodne za ostvarivanje njegove funkcije.

## **2.6. Rezolucija 77 (31)<sup>69</sup>**

1977. godine, Savjet Evrope je u svojoj *Rezoluciji 77 (31)* tvrdio da je razvoj moderne države doprinio sve većim značajem javnih administrativnih aktivnosti, pri čemu su pojedinci češće pogođeni administrativnim procedurama. S tim u vezi, glavni zadatak Savjeta Evrope bio je da zaštiti osnovna prava i slobode pojedinca, pa su zato namjeravali da preduzmu napore za poboljšanje proceduralne pozicije pojedinca *vis-a-vis administracije*, promovišući usvajanje pravila koja bi obezbijedila pravičnost u odnosima između građanina i upravnih organa. Principi koji su tada iznešeni su sledeći:

- pravo na saslušanje;
- pravo na pristup informacijama;
- pravo na pomoć i zastupanje;
- pravo na izjavu o razlozima;
- pravo na indikaciju lijekova.

Da bi se ograničio obim primjene principa Savjeta, navedeno je da se predloženi principi primjenjuju za „zaštitu lica, fizičkih ili pravnih, u upravnim postupcima gdje pojedinačne mjere ili odluke donešene kroz javni autoritet ili koje su takve prirode da direktno utiču na prava, slobode ili interese lica, bez obzira da li je riječ o fizičkom ili pravnom licu (upravni akt)“. Termin administrativne procedure isključuju sudske procese iz djelokruga njihove primjene, dok termin pojedinačne mjere ili odluke isključuju administrativne procedure opšte primjenljivosti, i konačno termin direktno

---

<sup>69</sup>[http://www.dhv-speyer.de/stelkens/Materialien/Resolution\\_%2877%2931.pdf](http://www.dhv-speyer.de/stelkens/Materialien/Resolution_%2877%2931.pdf), 16.02.2014.



isključuje one koji su samo indirektno pogođeni administrativnim procedurama.

Bilo kako bilo, u retrospektivi se može reći da je Rezolucija postala važan korak ka uspostavljanju dobre uprave kao operativnog pravnog pojma, zato što je njome ustanovljen skup principa koji se danas najčešće posmatraju kao centralni za pravo na dobru upravu. Međutim, termin dobra uprava se, zapravo, koristi u Rezoluciji kao ograničavajući zahtjev o sprovođenju principa, a ne kao individualno pravo ili kao klasifikacija za predložena prava. Važno je znati da se principi moraju realizovati uz dužno razmatranje prema „*zahtjevima dobre i efikasne administracije*“.

Na samom kraju važno je dodati da je Savjet Evrope nastavio da izdaje principe koji se odnose na dobru upravu. Shodno tome, Komitet ministara je nedavno uputio svoju grupu projekta o upravnom pravu (CJ-DA), u želji da se ispita izvodljivost pripreme konsolidovanog modela *Kodeksa dobre uprave*, na osnovu svih principa sadržanih u svojim preporukama i rezolucijama. Vezano za navedeno, u radnom dokumentu uzeti su 26 principa iz različitih preporuka i navedeni su kao korisni za dobru upravu. Pored toga, u dodatnom radnom dokumentu navedena su i 44 principa dobre uprave iz država članica Savjeta Evrope.

### **Zaključak**

Upravno pravo Evropske unije predstavlja posebnu oblast međunarodnog i evropskog upravnog prava. Odlučujuću ulogu u stvaranju pravnog sistema Evropske unije, pa prema tome i upravnog prava Evropske unije ima Evropski sud pravde. Upravno pravo Evropske unije razvija se i kroz proces usklađivanja upravnog prava pojedinih država članica sa pravom Evropske unije. S obzirom da je upravno pravo relativno nova pravna disciplina, može se reći da se ona nalazi u procesu „utvrđivanja svog identiteta“. Koncept dobre uprave predstavlja zajednički imenitelj za različite standarde i načela upravnog djelovanja. Ta načela su zasnovana na shvatanjima teorije prirodnog prava i zajednička su državama članicama Savjeta Evrope i Evropske unije. Ovaj koncept je nastao i razvijao se kroz praksu evropskih sudova – Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde EU. Od institucija Evropske unije,

poseban doprinos afirmaciji koncepta dobre uprave dala je institucija Evropskog ombudsmana. Pored toga, standardi dobre uprave su našli svoje mjesto u odredbama jedne rezolucije i niza preporuka institucija Savjeta Evrope, pojedinim odredbama osnivačkih ugovora Evropske unije, kao i drugim dokumentima EU. Od pisanih izvora koncepta dobre uprave u evropskim okvirima najznačajniji su Povelja o osnovnim pravima EU iz 2000. Godine, Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, usvojen od Evropskog parlamenta 2001. Godine i Preporuka Komiteta ministara Savjeta Evrope (2007) 7 o dobroj upravi.

### **Summary**

In many countries of the world there is a debate about the role and importance of public administration in modern conditions. It can be said that the tendency of all abstract normativistic leaving the administration's approach (such as „a set of norms that regulate the exercise of governmental authority“) and the increasing orientation towards a pragmatic approach that is based on verifiable practical principle that „good“ only those governments that proves to be „successful.“ In this sense, a successful administration is the most efficient, cost-effective and rational way to achieve the goals, while taking care that the main objective of administrative action implementation and protection of human rights and freedoms on the one hand, and increase the general welfare of society as a whole on the other hand.

As stated, „The rule of law is a project of national development strategies which we prepare ahead. The legal state is still possible without a rational, highly professionalized, fast and cheap public administration.“ In modern terms, the importance of public administration, among other things, reflected in the implementation of certain assumptions of its work. One of the prerequisites of good governance is to establish a „fair“ relationship between government and citizens.

This includes the right of citizens to be in any case when it comes to their rights or interests – can address not only the administrative authority, but the court of general jurisdiction, or other specialized administrative court.

**Dr Sofija VUKIĆEVIĆ<sup>1</sup>**

## **ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE KAO OPŠTA PRETPOSTAVKA OSTVARIVANJA AUTONOMIJE LIČNOSTI**

### **Uvodne napomene**

Ostvarivanje ljudskih prava i sloboda, a samim tim i autonomije ličnosti, prema savremenim doktrinarnim stavovima, treba da obezbedi jednakost ljudi u najopštijem smislu. Zbog toga, ostvarivanje ljudskih prava na međunarodnom i unutrašnjem planu podrazumeva stvaranje opšteg normativnog (zakonskog) okvira, kao i uslova za njihovu praktičnu realizaciju. U tom smislu, eksplicitan je naučni stav da „ljudska prava... predstavljaju normativni podsistem međunarodnog prava, koga čine pravila i standardi koji za predmet imaju prava, slobode i odgovornosti pojedinaca i ljudskih kolektiviteta (grupa)“.<sup>2</sup> U praktičnom smislu, ljudska prava moraju, takođe, biti obezbeđena, ne samo višestepenom sudskom zaštitom u formalnom smislu, već i u smislu delotvorne (uspešne) i efektivne (a na samo efikasne) materijalnopravne i procesnopravne zaštite.<sup>3</sup>

U mnoštvu različitih socijalnih i društvenih pretpostavki za ostvarivanje autonomije ličnosti posebno mesto i značaj zauzima princip nediskriminacije, koji je dominantan i sveprisutan kako na međunarodnom, tako i na unutrašnjem nivou pravnog normiranja. Preciznije, ovaj princip je posebno apostrofiran u svakom savremenom pravnom sistemu, što će biti posebno objašnjeno.

Autonomija ličnosti je brana samovolji kako pojedinca ili grupe, tako u krajnjoj konsekvenci i države, u čijem pravnom poretku se „uniformišu i stabilizuju“ različiti (često sukobljeni) interesi manjeg i većeg stepena opštosti.

---

<sup>1</sup> Asistent, Univerzitet Singidunum, Beograd, Srbija

<sup>2</sup> Kreća, M., „Međunarodno javno pravo“ - četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet, Beograd, 2010, str.532

<sup>3</sup> Perović, S., „ Prirodno pravo i moral“, Pravni život br.9/2012, str. 90

Autonomija ličnosti, kao zajednička karakteristika međunarodnih i pojedinačnih pravnih sistema, kada je reč o definisanju položaja čoveka i njegovih prava u njima, postaje „opšte mesto“ svih savremenih pravnih dokumenata bez obzira na domen njihove primene.

Polazeći od teme rada naša pažnja će biti fokusirana na ostvarivanje autonomije ličnosti pojedinca kroz ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti svih ljudi u Republici Srbiji, ukazujući na potencijalne i realne oblike ugrožavanja ove vrednosne kategorije i njene institucionalne zaštite.

### **Autonomija ličnosti – paradigma zabrane diskriminacije**

Autonomija ličnosti u fenomenološkom smislu predstavlja najviši izraz ostvarenja čoveka kao pojedinca u društvu i zbog toga je veoma često predmet različitih ugrožavanja i osporavanja, koja u osnovi imaju diskriminatorni karakter. Inače, diskriminacija u društvu nastaje iz različitih razloga i manifestuje se u različitim oblicima. Razlozi koji dovode u pitanje autonomiju ličnosti imaju različito utemeljenje i kreću se u rasponu od: predrasuda i stereotipa do namerno izazvanih oblika diskriminacije, kao što su rasizam i šovinizam, koji se direktno ispoljavaju kao oblik ugrožavanja autonomije ličnosti. Diskriminacija kao oblik ugrožavanja autonomije ličnosti imanentna je svim savremenim državama, ali je posebno prisutna u „mladim društvima“ skromne demokratske tradicije i neizgrađenih demokratskih institucija u koje se ubrajaju, pre svih i posebno, države u procesu tranzicije, a Srbija je jedna od njih.

Oblast ljudskih prava intenzivno je menjana od Drugog svetskog rata sa osnovnim ciljem da njihova pravna artikulacija bude što reljefnije predstavljena. Ovo je lako uočljivo u određenjima pojedinih dokumenta iz oblasti kako međunarodnih ljudskih prava tako i na nacionalnom nivou. Zajednički imenitelj ovih dokumenata predstavlja skup pravnih garancija kojima se zabranjuje diskriminacija i koje ukupno čine pravo na jednakost. Pravo na jednakost je temelj autonomije ličnosti.

U tom smislu, posebno su značajni dokumenti i mehanizmi uspostavljeni u okviru sistema Ujedinjenih nacija, kao međunarodne organizacije univerzalnog karaktera, čiji je jedan od osnovnih zadataka zaštita ljudskih prava i sloboda na planetarnom nivou. Tako se Poveljom UN, kao osnivačkim aktom ove organizacije, kao i Univerzalnom deklaracijom o pravima čoveka proklamuje jednakost svih pojedinaca, odnosno utvrđuje zabrana svih oblika diskriminacije u pogledu prava i sloboda zajemčenih ovim dokumentima.<sup>4</sup> Daljom normativnom aktivnošću u okviru Ujedinjenih nacija donete su posebne Konvencije koje tretiraju određene oblike diskriminacije i štite posebno osetljive kategorije lica, poput žena i dece.<sup>5</sup> U cilju efikasne zaštite prava i sloboda navedenih i drugih kategorija lica uspostavljeni su i posebni zaštitni mehanizmi, Komiteti, koji prate i kontrolišu njihovu implementaciju u pravnim sistemima na nacionalnom nivou. Ova tela, ugovornog karaktera, svojom aktivnošću treba da, zajedno sa nezavisnim institucijama za zaštitu ljudskih prava, koje deluju na nacionalnom nivou, doprinesu eliminaciji svih oblika diskriminacije i unapređenju postojećeg nivoa zaštite ljudskih prava i sloboda.

Paralelno sa normativnom aktivnošću koja se posle Drugog svetskog rata razvijala u okviru Ujedinjenih nacija i imala, kao krajnji cilj, zaštitu autonomije ličnosti pojedinca zabranom svih oblika diskriminacije u uživanju i zaštiti prava i sloboda, započeo je proces donošenja međunarodnih dokumenata regionalnog karaktera. U tom smislu, značajno je istaći akte donete u okviru evropskih organizacija, a pre svih, u okviru Saveta Evrope i Evropske unije.

Tako se Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda proklamuje opšta zabrana diskriminacije,<sup>6</sup> kao preduslov za ostvarivanje prava i sloboda utvrđenih ovim dokumentom. Kasnijom normativnom aktivnošću u okviru Saveta Evrope, donošenjem posebnog

---

<sup>4</sup> Videti bliže, čl. 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima

<sup>5</sup> Videti bliže, Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena UN, Konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije UN, Konvencija o pravima deteta, Konvencija o pravima deteta UN, Konvencija o radnicima migrantima UN.

<sup>6</sup> Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda doneta 4. novembra 1950.

Protokla (Protokol 12) čija je sadržina u potpunosti posvećena zabrani diskriminacije<sup>7</sup>, proširena je i unapređena zaštita pojedinca u ovoj sferi. Protokolom se, opšta odredba o zabrani diskriminacije, proširuje i na primenu nacionalnih propisa, odnosno zakona kao i postupanje javnih vlasti prema građanima. Na ovaj način, države potpisnice Protokola se obavezuju da građanima u okviru svoje jurisdikcije omogućе jednako uživanje svih prava i sloboda, bez obzira da li su proklamovana Konvencijom ili unutrašnjim pravnim propisima. Takođe, države se obavezuju da se u svom postupanju prema građanima uzdržavaju od vršenja akata koji bi imali za posledicu ugrožavanje autonomije ličnosti i kojima bi građani bili nejednako, odnosno diskriminatorски tretirani.

U okviru Povelje o osnovnim pravima EU<sup>8</sup> naglašena je jednakost svih pojedinaca i proklamovana zabrana bilo kog oblika diskriminacije. U okviru Povelje, posebno je, zbog specifičnog karaktera evropske zajednice u čiji okvirima se primenjuje, naglašena zabrana diskriminacije i po osnovu državljanstva, čime se afirmiše i ovaj aspekt autonomije ličnosti.<sup>9</sup>

### **Ograničenja prava i sloboda koja ne znače ugrožavanje autonomije ličnosti**

Analiza relevantnih odredbi međunarodnih i nacionalnih pravnih dokumenata pokazuje da postoje slučajevi u kojima se mogu ograničavati pojedinačna prava, ali na način da se tim ograničenjima ne ugrožava autonomija ličnosti pojedinaca, odnosno određenih kolektiviteta (grupa).

U ovom smislu ilustrativan je primer određenja Evropske konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koja sadrži određena prava (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, sloboda misli, savesti i veroispovesti, sloboda izražavanja i sloboda okupljanja i udruživanja) čije se uživanje može ograničiti po obimu i kvalitetu u tačno određenim situacijama. Reč je, naime, o onim situacijama

---

<sup>7</sup> Videti bliže, Protokol 12 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ovaj Protokol je donet "sa zakašnjenjem" od 50 god (!) nakon donošenja osnovnog teksta Konvencije, 4. novembra 2000.

<sup>8</sup> Videti bliže, čl. 20 i 21 Povelje o osnovnim pravima EU

<sup>9</sup> Videti bliže, čl. 21, st. 2 Povelje o osnovnim pravima EU

kada treba zaštititi šire društvene interese kao što su nacionalna ili javna bezbednost, sprečavanje nereda, ili kriminala, zaštita zdravlja ili morala ili zaštita sloboda i prava drugih.<sup>10</sup> Primena principa enumeracije je ovde striktna i svako ograničenje pomenutih prava iz drugog razloga sem pobrojanih značilo bi kršenje ove Konvencije.

Ekstenzivnim tumačenjem odredbi ove Konvencije, autonomija ličnosti se štiti i na način da se određena prava (osim prava na život, zabrane mučenja, zabrane ropstva i prinudnog rada i poštovanja načela zakonitosti u pogledu kažnjavanja za izvršeno krivično delo) mogu suspendovati dok traju najnužnije mere koje iziskuju hitne situacije.<sup>11</sup>

Međutim, kada je reč o ovoj vrsti ograničenja, Osnovna povelja o pravima EU ima drugačiji pravnotehnički pristup. Naime, prema sadržaju Povelje može se zaključiti da pri svakom ograničenju prava moraju kumulativno biti ispunjena dva uslova: (1) da ograničenje prava bude zasnovano na zakonu i (2) da se poštuje suština tih prava i sloboda.<sup>12</sup> Ovde postoji nepreciznost da li se pomenutim odredbama mogu ograničiti sva prava predviđena Osnovnom poveljom o pravima EU ili samo ona prava koja su istovremeno predviđena i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Povodom ograničenja ljudskih prava i sloboda o kojima je reč, a imajući u vidu zaštitu autonomije ličnosti, neophodno je i ispunjavanje određenih standarda kako bi bila aktivirana klauzula o ovoj vrsti ograničenja. U prvi plan se ističe standard proporcionalnosti u okviru koga se vodi računa o: (1) nivou; (2) vremenskom trajanju; (3) teritoriji na kojoj se sprovode ograničenja prava, kao i (4) cilja koji se ograničenjima želi postići, imajući u vidu značaja društvenih vrednosti koje se žele sačuvati uvođenjem ove mere. Dakle, na osnovu navedenog, može se zaključiti da je za ograničenje ljudskih prava i sloboda neophodno postojanje kako legalnosti i legitimnosti ograničenja, tako i njegovu nužnosti.

---

<sup>10</sup> Videti bliže, čl. 15 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

<sup>11</sup> Videti bliže, čl. 15. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

<sup>12</sup> Videti čl. 52, st. 1. Osnovne povelje o pravima EU



Svako ograničenje ljudskih prava i sloboda, ma koliko to zvučalo paradoksalno, treba da je u funkciji njihovog punog ostvarenja, odnosno stvaranja pretpostavki za slobodan i dostojanstven život čoveka, kao autonomne ličnosti, u zajednici sa drugim ljudima.

### **Zaštita autonomije ličnosti u pravnom sistemu Republike Srbije**

Analiza pravnog sistema Republike Srbije pokazuje da je zaštita autonomije ličnosti normativno uređena počev od Ustava RS do posebnih zakona i dokumenata nižeg ranga koji preciziraju i razrađuju postojeća ustavna i zakonska rešenja.

Rešenja u Ustavu Republike Srbije, kada je reč o elementima koji definišu autonomiju ličnosti i njeno (ne)ostvarivanje, posebno ističe aspekt zabrane diskriminacije. Najvišim pravnim aktom proklamovana je jednakost svih građana pred zakonom, kao i jednaka zakonska zaštita.<sup>13</sup> Utvrđujući jednakost svih građana, ustavnim odredbama se zabranjuje svaki oblik diskriminacije, bez obzira da li je reč o posrednoj ili neposrednoj diskriminaciji. Koristeći se "kaučuk" normom, u okviru koje se nabrajaju neki od elemenata-vidova diskriminacije, Ustavom je ostavljena mogućnost da ovaj vid ugrožavanja autonomije ličnosti može biti učinjen i drugim oblicima, koji nisu taksativno nabrojani.<sup>14</sup>

Razrađujući odredbe Ustava Republike Srbije donet je poseban Zakon o zabrani diskriminacije kojim se "...uređuje opšta zabrana diskriminacije, oblici i slučajevi diskriminacije, kao i postupci zaštite od diskriminacije."<sup>15</sup> Istovremeno, ovim zakonskim aktom uspostavlja se i institucionalna zaštita ravnopravnosti, uvođenjem posebnog samostalnog državnog organa (Poverenik za zaštitu ravnopravnosti) čiji je osnovni zadatak zaštita građana od svih oblika diskriminacije.<sup>16</sup>

Polazeći od rešenja sadržanih u Zakonu, može se zaključiti da se zaštita od diskriminacije u funkciji autonomije ličnosti ostvaruje u skladu sa Ustavom Republike Srbije i

---

<sup>13</sup> Videti bliže, čl. 21 Ustava Republike Srbije, Sl. glasnik RS br 78/06

<sup>14</sup> Videti bliže, čl. 21 Ustava Republike Srbije, Sl. glasnik br 78/06

<sup>15</sup> Videti bliže, čl. 1 Zakona o zabrani diskriminacije, Sl. glasnik br 22/09

<sup>16</sup> Videti bliže, čl. 1, st. 2 Zakona o zabrani diskriminacije, Sl. glasnik br 22/09



međunarodnim standardima koji se odnose na ljudska prava i osnovne slobode. Zakonom je predviđeno da svaki pojedinac ima pravo da bude efikasno štićen od svih oblika diskriminacije. Na ovaj način se konstituiše obaveza za zakonodavnu, sudsku i izvršnu vlast u Republici Srbiji, kao i pravna lica i pojedince da svojim delovanjem omoguće zaštitu, promociju i stvaranje uslova za jednako postupanje, što je osnovna pretpostavka autonomije ličnosti i njenog punog ostvarenja.

Zakonskim odredbama definisani su osnovni oblici diskriminacije i to: (1) neposredna i (2) posredna diskriminacija. Takođe, pored navedenih, Zakon poznaje i ostale oblike diskriminacije, koji se mogu ispoljiti u vidu povrede načela jednakih prava i obaveza, pozivanja na odgovornost, udruživanja radi vršenja diskriminacije, govora mržnje, kao i uznemiravanja i ponižavajućeg postupanja.<sup>17</sup>

Zakonskim odredbama omogućuje se svakom pojedincu da i institucionalno zaštiti svoja prava obraćajući se Povereniku za zaštitu ravnopravnosti: podnošenjem pritužbe i odgovarajućih dokaza o postojanju akta koji ima diskriminatorski karakter.<sup>18</sup> Iako zakonodavac prednost daje pisanoj formi, dozvoljava da se pritužba podnese i usmeno, a u oba slučaja podnosioca oslobađa plaćanja bilo kakve takse ili naknade. Na ovaj način, ne insistirajući na formalizmu postupka, postojećim zakonskim rešenjima stimulišu se građani da prijavljuju povrede prava učinjene aktima diskriminacije, bez obzira na to o kojem obliku diskriminacije je reč.

Takođe, u zaštiti autonomije ličnosti, nadležnosti Poverenika su široko postavljene. Pored procesnih, njegove nadležnosti obuhvataju i određene legislativne aktivnosti. Naime, pored osnovne funkcije Poverenika da postupa po podnetim pritužbama građana, ova institucija ima mogućnost da učestvuje i u zakonodavnom postupku, inicirajući donošenje odgovarajućih propisa, izmenu postojećih, ali i prateći njihovo sprovođenje u praksi. Značajna ovlašćenja Poverenika odnose se i na komunikaciju sa organima javne

---

<sup>17</sup> Videti bliže, čl. 5 Zakona o zabrani diskriminacije, Sl. glasnik br 22/09

<sup>18</sup> Videti bliže, čl. 35 Zakona o zaštiti diskriminacije, Sl. glasnik br 22/09

vlasti, odnosno obaveštavanje javnosti o najgrubljim kršenjima ljudskih prava učinjenim aktima diskriminacije.<sup>19</sup>

Značajno je istaći da u okviru svojih procenih ovlašćenja, definisanih Zakonom, a pre preduzimanja drugih radnji u postupku, Poverenik ima mogućnost sprovođenja i postupka medijacije.<sup>20</sup> Takođe, ukoliko u postupku po podnetoj pritužbi, utvrdi postojanje akata diskriminacije, Poverenik može uputiti preporuku za otklanjanje učinjenih povreda prava, odnosno opomenu, ukoliko lice ne postupi po upućenoj preporuci. Kao krajnju meru u zaštiti ličnosti pojedinca ili grupe, ova institucija ima na raspolaganju mogućnost obaveštavanja javnosti o utvrđenim povredama prava. U praksi, ove se pokazalo kao posebno efikasno sredstvo pritiska na učinioca da učinjenu povedu prava otkloni.<sup>21</sup> Dosledno insistirajući na zaštiti autonomije ličnosti u konkretnim slučajevima, Poverenik može inicirati sudski postupak, podnošenjem tužbe nadležnom sudu umesto pojedinca, odnosno grupe lice čiji je integritet aktima diskriminacije doveden u pitanje.<sup>22</sup>

Analiza sadržaja Zakona o zabrani diskriminacije upućuje na zaključak da su rešenja ovog zakona korespodentna sa međunarodnim pravnim aktima koji tretiraju pitanje zaštite ljudskih prava i sloboda. Ovo, pre svega, imajući u vidu da se zakonskim tekstom stvaraju pretpostavke za efikasnu institucionalnu zaštitu građana uvođenjem posebne institucije, Poverenika za ravnopravnost, kome su data široka procena ovlašćenja u cilju utvrđivanja postojanja diskriminacije i u tom smislu, zaštite osnovnih prava građana.

### **Sudska praksa u oblasti zaštite autonomije ličnosti**

Iako je normativni okvir kojim se štiti autonomija ličnosti u Republici Srbiji, kao i drugim državama Zapadnog Balkana (što se uvidom u pojedinačne pravne sisteme konstatuje) dobro postavljen i pruža pravne garancije za zaštitu ljudskih prava i

---

<sup>19</sup> Videti bliže, čl. 33 Zakona o zabrani diskriminacije, Sl. glasnik br.22/09

<sup>20</sup> Videti bliže, čl. 38 Zakona o zabrani diskriminacije, Sl. glasnik br 22/09

<sup>21</sup> Videti bliže, čl. 40 Zakona o zabrani diskriminacije, Sl. glasnik br 22/09

<sup>22</sup> Videti bliže, čl. 46 Zakona o zabrani diskriminacije, Sl. glasnik br 22 /09

sloboda, u praksi se dešavaju slučajevi grubog kršenja. Eklatantan primer jesu presude koje su donete od strane Evropskog suda za ljudska prava i u kojima se te povrede konstatuju.

Sud ove odluke zasniva na osnovnom stavu da se povreda autonomije ličnosti manifestuje kroz različite oblike diskriminacije, kojima je zajednički imenitelj različito postupanje prema pravnim subjektima u pogledu uživanja nekog prava. Još opštije, Sud je, kroz svoju praksu, definisao diskriminaciju kao "...različito tretiranje lica, bez objektivnog i razumnog opravdanja, u relevantno sličnim situacijama". Na ovaj način, sud je definisao i uslove koji se moraju ispuniti da bi se u konkretnom slučaju utvrdilo postojanje diskriminacije, a koji se odnose na: (1) različito tretiranje lica povodom uživanja prava i (2) postojanje uporedive situacije sa situacijom u kojoj se nalazi lice koje se žali na diskriminaciju.<sup>23</sup>

Posebno aktuelno pitanje u oblasti zaštite autonomije ličnosti jeste pitanje zaštite pojedinaca od akata rasne diskriminacije. U tom smislu, ilustrativni su primeri iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u kojima je Sud konstatovao postojanje akata diskriminacije, odnosno uskraćivanje prava i ograničenje sloboda lica, samo na osnovu njihove pripadnosti određenoj manjini. Karakterističan slučaj je Munjos Dijaz protiv Španije,<sup>24</sup> u okviru koga je presudom Evropskog suda za ljudska prava, utvrđena povreda prava podnositeljke predstavke, čije je zahtev za dobijanje porodične penzije bio odbijen, a kao razlog je navedena činjenica da je brak bio zaključen u skladu sa romskim običajima, a ne u skladu sa španskim propisima. Međutim, odlučujući u navedenom slučaju, sud je istakao da pripadnost manjini ne podrazumeva oslobađanje od poštovanja domaćih propisa, te je našao da su efekti braka bili priznati od strane države, jer je podnositeljki predstavke bila izdata porodična knjižica socijalnog osiguranja na koji način je ona bila već tretirana kao udata žena.

---

<sup>23</sup> Videti bliže, Popović, D., „Evropsko pravo ljudskih prava“, JP Službeni glasnik, 2012, str. 385.

<sup>24</sup> Videti bliže, Munoz Dias v. Spain, App. No. 49151/07, HUDOC (2009)

U tom smislu, odbijanje dodele udovičke penzije u konkretnoj situaciji značilo bi, diskriminaciju u odnosu na druge žene u relevantno sličnim situacijama.<sup>25</sup>

Iako je u pravnim sistemima država Zapadnog Balkana, kako je rečeno, obezbeđen normativni okvir kojim se garantuje zaštita autonomije ličnosti u skladu sa evropskim standardima, u praksi se dešavaju slučajevi grubog nepoštovanja pozitivnopravnih normi. Za države u tranziciji, a tom korpusu pripadaju sve balkanske države, posebno su česta nepoštovanja autonomije ličnosti povodom ostvarivanja političkih prava, što je postalo predmet odlučivanja pred Evropskim sudom za ljudska prava. U ovom smislu je veoma ilustrativna presuda doneta u slučaju Sejdić i Finci protiv BiH.<sup>26</sup> U predmetnom slučaju, podnosioci predstavke, državljani BiH, Dervo Sejdić i Jakov Finci, žalili su se sudu da im je onemogućeno da se kandiduju za Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH, jer nisu pripadnici nekog od konstitutivnih naroda BiH (srpski, hrvatski i bošnjački). Istakli su da su romskog i jevrejskog porekla, te da im je zbog toga onemogućena kandidatura, čime je diskriminisana autonomija njihovih ličnosti, s obzirom na njihovo nacionalno poreklo.

Postupajući po predstavci, Sud je našao da je predstavka opravdana. Utvrdio je da ustavni preduslov izjašnjavanja o pripadnosti jednom od konstitutivnih naroda BiH u svrhu kandidovanja za člana Predsedništva BiH predstavlja akt diskriminacije i povredu autonomije ličnosti u skladu sa čl. 1 Protokola br. 12 uz Evropsku konvenciju, čiji sadržaj je objašnjen napred u tekstu ovog rada.

Konstituisanje BiH kao države (Dejtonski sporazum) predstavlja specifičnu tvorevinu nastalu nakon ratnih razaranja. U momentu definisanja ustavnopravnog uređenja BiH postavljanje uslova o pripadnosti nekom od konstitutivnih naroda imalo je svoje opravdanje.

Međutim, u međuvremenu, BiH je postala član Saveta Evrope i potpisnik Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP je stupio na snagu 1. juna 2015. godine), koje činjenice

---

<sup>25</sup> Videti bliže, Popović, D., „Evropsko pravo ljudskih prava, JP Službeni glasnik, 2012, str. 390.

<sup>26</sup> Videti bliže, Sejdic and Finzi v. Bosnia and Herzegovina App. No. 27996/06 and 34836/06, HUDOC (2009)

su uslovile da je postojanje ovakvih odredbi o nacionalnoj pripadnosti neodrživo i diskriminatorско, te je naložilo nadležnim organima BiH da u ustavnim dokumentima izvrše odgovarajuće izmene. Međutim, to još uvek nije učinjeno, iako je potpisivanjem i ratifikacijom SSP (2008. godine) ova obaveza eksplicitno preuzeta.

U više slučajeva Komitet zamenika ministara Saveta Evrope upozoravao je vlasti u BiH da je neophodno izvršiti usklađivanje Ustava BiH sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u kom smislu se izjasnila i Parlamentarna skupština Saveta Evrope pozivajući vlasti da omoguće pripadnicima i “ostalim” naroda (koji nisu Srbi, Hrvati i Bošnjaci) da mogu da se kandiduju na izborima za Predsedništvo i Dom naroda BiH. Implementacija o kojoj je reč se, međutim, ne ostvaruje i postaje bosanski pravni “Skadar na Bojani”, koji rečito govori o velikoj diskrepanci između normativnog i stvarnog.

### **Umesto zaključka**

U radu je, kako se vidi, objašnjeno, da u normativnom smislu, dokumenti međunarodnog i nacionalnog nivoa postavljaju solidan pravni okvir koji omogućuje zaštitu autonomije ličnosti i njeno puno ostvarivanje. Međutim, u praksi se dešavaju brojni slučajevi povreda i ugrožavanja ovog instituta, što je manifestno kroz različite načine i oblike. Ovo je prisutno u svim evropskim državama, a posebno u državama tranzicijskog karaktera, koje su bile predmet pažnje u radu, među koje spadaju Srbija i ostale države Zapadnog Balkana.

Očigledno je da u narednom periodu predstoje značajni naponi na daljoj izgradnji demokratskih institucija, kao osnovnih elemenata sistema demokratije koje su u funkciji zaštite ljudskih prava i sloboda, odnosno, autonomije ličnosti kao jednog od centralnih instituta koji se štiti. Ovo se posebno odnosi na još jasnije profilisanje mesta i uloge samostalnih i nezavisnih institucija za zaštitu ljudskih prava (Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i dr).

### **Rezime**

U ovom radu autor se bliže bavio institutom autonomije ličnosti i pravnim i društvenim pretpostavkama za njegovo ostvarivanje. U tom smislu, posebna pažnja je bila usmerena na zaštitu od diskriminacije i ostvarivanje prava na jednakost kao krucijalne pretpostavke za ostvarenje autonomije ličnosti. Ukazano je, takođe, i na slučajeve povrede autonomije ličnosti, kao grubog kršenja pozitivnopravnih rešenja.

Istovremeno, analizirane su odredbe relevantnih međunarodnih i nacionalnih dokumenata kojima se bliže uređuju ova pitanja. Posebno je ukazano na rešenja u pravnom sistemu Republike Srbije (Ustava RS i odgovarajućih zakonskih odredbi). Takođe, u izvesnoj meri, izvršen je uvid u sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava koja se odnosi na ovu problematiku.

Ključne reči: ljudska prava, autonomija ličnosti, zaštita od diskriminacije, pravo na jednakost.

### **Summary**

In this paper, the author made an attempt to explain the concept of personal autonomy and legal and social conditions for its full realization. Special attention was focused on protection from discrimination and the right to equality as essential preconditions for the realization of personal autonomy. At the same time, we analyzed the provisions of the relevant national (Constitution of the Republic of Serbia and others relevant laws) and international documents regulating these issues. Also, the two judgments of European Court of Human Rights concerning this issue were presented.

Key words: human rights, personal autonomy, protection from discrimination, the right to equality.



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE  
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU  
„PRAVNI ZBORNIK”

# OGLEDI





**mr Andreja MIHAILOVIĆ<sup>1</sup>**

## **JUSNATURALIZAM VS. JUSPOZITIVIZAM**

Ne može biti plod slučajnosti što je najuticajniји filozof prosvetiteljstva odabrao baš ovu krilaticu kao uvod u svoje monumentalno djelo „Društveni ugovor“ i vodilju na putu odgonetanja porijekla i osnova nejednakosti među ljudima. Još manje može biti slučajno dovođenje okova u vezu nejednakošću i podjelama, a najmanje to što je upravo pitanje prirode tih lanaca kojima je čovječanstvo pohrlilo u ubjeđenju da osigurava sopstvenu slobodu, podijelilio cijeli kosmos pravne nauke na pozitivnopravnu i prirodnopravnu galaksiju.

Galaksija pozitivnog prava funkcionise po heliocentričnom sistemu u kojem vlada princip stroge subordinacije, pri čemu država ima ulogu Sunca čije zapovijesti determinišu smjer rotacije svim ostalim planetama, tj. subjektima potčinjenim njenoј suverenoј vlasti.

U galaksiji prirodnog prava caruje princip kooperacije, te se sve planete, uključujući i državu, kreću po linearnoj i univerzalnoj orbiti zakona prirode pokoravajući se jedino načelima morala i apsolutne pravde. I ovdje dolazimo do Scile i Haridbe pravne nauke i izbora svog „tiranina“ – pozitivističkih okova državnog autoriteta ili prirodnopravnih okova etičkih vrijednosti? A možda je i ovdje, kao već mnogo puta do sada, Eridina jabuka razdora pripala zlatnoj sredini kao „najljepšoj“, te je pravi odgovor skriven upravo negdje na međuprostranstvu juspozitivizma i jusnaturalizma?

Na ovom mjestu, pokušaćemo da pružimo doprinos odgovoru na ova pitanja, skidajući veo po veo različitim teorijama u okviru ove dvije pravne doktrine, hodajući po neizvjesnoj putanji izvjesnog cilja - dostizanja najoptimalnijeg prava.

---

<sup>1</sup> Doktorant Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

## **Jusnaturalizam – evolucija i/ili revolucija prava**

### 1. Raskoš antike

Društvena zajednica i njene ustanove u određenom trenutku su zbir otisaka minulih iskustava, dodira sadašnjih vrijednovanja i nadražaja budućih predstava. Vremenska slojevitost predočava da je svako, pa i naše, društvo potpoljeno u različite dubine, od kojih svaka ima svoju strukturu, zakonitosti i unutrašnju „logiku“. Sa tim u vezi, *George Santayana* opominje da je „društvo koje ignoriše svoju prošlost, osuđeno da je ponovo proživi“.<sup>2</sup> Stoga, svaki pokušaj odgonetanja uzroka rađanja nekog društvenog koncepta iziskuje zaron u prošlost i zahvat dublji od pojavnog i širi od događajnog. To je onaj pristup koji nastoji da otkrije dublji ritam stvarnosti i sazna pojave kroz sporija uobličavanja socijalnih struja, čiji su rokovi znatno duži, a promjene mnogo sporije.<sup>3</sup> Na tom tragu se uobličavao i jusnaturalizam, kao najstarija filozofska tradicija, sa svojom dvomilenijumskom postojanošću. Začet u antici, sa visina na kojim stoluje u filozofskoj, političkoj i pravnoj misli, pronosi ideju harmonije kao racionalnog poretka i opominje na nužnost pravednog prava sve do današnjih dana.

Imajući ovo u vidu, osvrnućemo se na V vijek pr.n.e, kada se u moralnoj i društvenoj klimi u kojoj demokratija doživljava svoj procvat, javljaju sofisti, zahvaljujući čijoj negaciji apsolutne vrijednosti pozitivnih zakona, prirodnopravne teorije duguju svoj osvit. Naime, suština kulturnog ambijenta, pod čijim su se okriljem rodile u Atini kako demokratske ideje sa odgovarajućim političkim institucijama, tako i filozofska misao sofista, jeste neograničeno povjerenje u razum, pa je sljedstveno tome, nastala racionalistička i humanistička zasnovanost svih vrijednosti. Tom zahtjevu sofisti žrtvuju svoju apsolutnost i univerzalnost, zauzimajući relativistički stav sa osjetno utilitarističkim prizvukom, kako na planu saznanja, tako i na moralnom planu: istina i dobro su takvi u mjeri u kojoj su to

---

<sup>2</sup> G. Santayana, “Reason in Common Sense”: The Life of Reason, no 1, 1981.

<sup>3</sup> D. Vukčević, “Razmeđa svjetova: Prilog istoriji našeg mentaliteta”, Republika, br. 173, 1998.

za čovjeka kao jedinku, prema čuvenoj izreci Protagore, jednog od najvećih sofista: „čovjek je mjera svih stvari“.<sup>4</sup> U Platonovom dijalogu „Gorgija“, sofista Kalikle tvrdi da su pozitivni zakoni djelo slabih koji su se ujedinili. Kalikle žali zbog te činjenice, jer se ona protivi pravu *prirode*: „priroda otkriva“, kaže, „da je pravedno da bolji ima više od goreg, a sposobniji od manje sposobnog“. Tako je i među životinjama i među državama: „da važi princip da je pravedno da jači vlada nad slabim i ako ih ima više“.<sup>5</sup> Zato pozitivni zakoni jesu, kao što je i rečeno, pošto su djelo slabih da bi se poništila prirodna superiornost jačih, suprotni prirodi i nepravedni.<sup>6</sup> Sa ovim se slaže i Heraklit kada kaže: „da ne postoji nepravda, ne bi znali ni za ime pravde“

Iz ovih par redova, nastalih u povoju jusnaturalističke doktrine, koja opaža *pravedno* pravo u pravu koje može različito od pozitivnog prava, naziremo i nagovještaje suprotne doktrine i njenog vječitog oponenta – juspozitivizma, prema kojem nema prava izvan normi koje donosi državni autoritet. Naznaka juspozitivizma može se naći već u jednom usamljenom Heraklitovom fragmentu u kojem se kaže: „zakon je i po volji jednoga biti pokoran“, a sasvim je očigledan u stavu Kreonta, Antigoninog protivnika u Sofoklovoj tragediji: „treba slušati onoga koga je država izabrala za svog poglavara, kako u malim i pravednim stvarima, tako i u onim suprotnim njima.“<sup>7</sup> Van poetske mašte, Ksenofont pripisuje Periklu jednu definiciju zakona juspozitivističkog tipa: „zakonom se naziva sve što je suverena moć države odlučila i propisala kao obavezno“<sup>8</sup>, pa tom definicijom izričito daje do znanja da se to odnosi i na ono što tiran zapovijedi.

Već ovdje se uočavaju tri velika moreuza koji razdvajaju ono što prirodNOPravna doktrina spaja i na kojima će se svoditi sve njene teorije iz vjekova koji slijede: *voluntaristički jusnaturalizam* – koji tvrdi da je pravedan zakon, apsolutno valjan i iznad pozitivnih ljudskih zakona, jer ga nameće volja koja je iznad ljudske volje; *naturalistički jusnaturalizam* – po kojem je zakon prirode nagon zajednički svim životinjama (time

---

<sup>4</sup> H. Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin 1956, 80 B 1.

<sup>5</sup> Moguće da je Kalikle izmišljena ličnost ili pseudonim, ali u svakom slučaju on iznosi stavove sofistike. Platon, *Gorgija*, Beograd 1968, 38-39.

<sup>6</sup> G. Fasso, *Storia della filosofia del diritto*, Podgorica 2007, 27-30.

<sup>7</sup> Sofokle, *Antigona*, stihovi 666-667, Beograd 2011, 125.

<sup>8</sup> Ksenofont, *Uspomene o Sokratu*, Beograd 1980, 43.

i čovjeku) i *racionalistički jusnaturalizam*, svojstven humanističkim orijentacijama, koji zauzimaju stanovište da je zakon prirodan jer ga je donio razum, a upravo on predstavlja suštinu ljudske prirode. U tom pogledu, pozitivni zakoni su bili na meti stalnih kritika sofista, baš zbog njihove nesaglasnosti sa „pravednim po prirodi“. Tu nalazimo i jedan interesantan stav: „treba se ponašati u skladu sa važećim zakonima u prisustvu svjedoka, a ako ste sami treba dati prednost poštovanju zakona prirode. Razlog za to je što su zakonske norma posljedica slučaja, a prirodne su nužnost“.<sup>9</sup>

Zadržimo se još na teorijskom konceptu pravednog prava, posebno sa aspekta količine pravde, odnosno nepravde, koju može sadržavati i ispoljavati konkretno pozitivno pravo. Još konkretnije – pokornost nepravednom zakonu ili odziv pravdi i savjesti?<sup>10</sup> Ovu nikad zastarivu dilemu po prvi put otvorio je Sokrat, koga civilizovano čovječanstvo slavi kao prvog mučenika slobodne misli, a koji je pred sudom istorije prošao mnogo bolje nego pred sudom atinske demokratije. „Sokrat i njegove sudije razilazili su se u jednom veoma bitnom pitanju – pitanju odnosa države i pojedinca. Sudije su zastupale državno pravo zapovijedanja, a Sokrat ličnu slobodu mišljenja. Po nahodanju sudija, Sokrat je sa slobodom mišljenja pretjerivao. Ako bi svako o svemu mislio svojom glavom šta bi ostalo od državnog prava zapovijedanja? Svaki bi držao da je pametniji od države i ona ne bi imala više kome da zapovijeda. Sokrat, naprotiv, stajao je na gledištu, da bez slobode mišljenja nema moralnog razvitka za čovjeka, kao elementa naše savjesti, koja ne priznaje nikakvu vlast nad sobom.

U Sokratovom slučaju postavilo se, ne može biti jasnije pitanje odnosa između državnog autoriteta i lične slobode. To pitanje obuzelo je i njegovog učenika - Platona, koji je uviđao njegove velike teškoće i učinio je nekoliko pokušaja da ga riješi.“<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> G. Fasso, 33.

<sup>10</sup> S. Perović, Kultura zakonitosti i prirodno pravo, Pravni život, Beograd br. 9/1997, LXVII.

<sup>11</sup> „U njemu se vidi čovjek koji je svoja moralna uvjerenja stavljao ispred svega drugog, pa i iznad naredbi državne vlasti i koji je više volio biti osuđen na smrt nego li se ogriješiti o sopstvenu savjest. Ustajući protiv državne svemoći u ime moralne autonomije pojedinca, on je postavio pitanje o odnosu između politike i morala i od kako ga je postavio, ono još

Najmarkatniji od tih pokušaja ogledao se u njegovoj kreaciji idealne države, kao instrumenta za proučavanje pravde podesnijeg od pojedinca, budući da su u državi „riječi pisane krupnijim slovima i na većem prostoru“.<sup>12</sup> Tako se kod Platona problem pravde stapa sa političkim problemom u mjeri u kojoj je politika etičko pitanje. U suštini Platon, iako aristokrata i pun divljenja za Spartu, zgađen atinskom demokratijom koja je bila u stanju da osudi jednog Sokrata, ne traži uzor za svoju državu u oblicima koje je dala istorija.<sup>13</sup> Njegova savršena država u „Državi“ poznaje samo dobro i ostvaruje vrlinu – pravdu i kao takva, u svom skladu perfektne forme, nema potrebu za prinudom i formalnom strogošću pravnih normi.

Međutim, Platonov brod iluzija razbio se o oporu realnost i naknadno stečeno iskustvo, što ga je navelo da u svojim kasnijim djelima napusti najutopističnije ideje iznijete u „Državi“<sup>14</sup> kroz uvid da je njegov ideal – savršena forma nedokučiva ovom svijetu. Kako on kaže: nju bi mogao da dosegne samo neko ko je „umjetnik vladanja“, a pošto se savršeni vladar ne rađa u ljudskom društvu „kao što se među pčelama rađa matica“, treba se zadovoljiti „nalaženjem tragova“ idealne države, pišući zakone, kojih vladari moraju da se pridržavaju. Sljedstveno tome, Platon kao ključni kriterijum razlikovanja dobrih od loših vladavina, određuje suverenost zakona nasuprot suverenosti vlasti.<sup>15</sup>

Nego ne treba se zavesti utiskom da ovim priznanjem etičko-pedagoškog karaktera zakonima, Platon ostaje slijep na činjenicu da „zakon nikada neće moći da pogodi to što je zaista najbolje i najpravednije za sve i da utvrdi to što je najprikladnije, jer nejednakost među različitim ljudima i raznim ponašanjima, kao i nedostatak stabilnosti u ljudskim stvarima, ne dozvoljavaju zakonodavcu, bilo kakva da je njegova umješnost, da utvrdi to što je apsolutno valjano za sve

---

uvijek stoji otvoreno.“ S. Jovanović, Iz istorije političkih doktrina, tom 9, Beograd 1990, 15-17.

<sup>12</sup> Platon, Država, I, Beograd 2013, 331 e – 336 a.

<sup>13</sup> G. Fasso, 48.

<sup>14</sup> Jedna od tih ideja bila je isključivo obrazovanje intelektualne i moralne elite, budući da će njima pripasti apsolutna vlast. Platon, naknadno uviđa da je za realizaciju dobre države neophodno obrazovanje cjelokupnog stanovništva i taj zadatak prepušta zakonima.

<sup>15</sup> Platon, Državnik, Beograd 2008, 39 - 41, 300 c - 303 b.

slučajeve i sva vremena.“<sup>16</sup> To je uvidio i njegov učenik Aristotel nakon susreta sa dva moguća oblika koje pravda (vrlina *par excellence* u kojoj su „skupljene sve kreposti“) može imati, upečatljivo ukazujući na njenu višeznačnost i relativizam.

Po Aristotelu, pravda je relativna, jer ne postoji izolovano, već samo u odnosu prema nekom drugom. U najširem značenju, pravda je sinonim za potpunu vrlinu („čija je svjetlost toliko jaka da joj ni Večernjače ni Zornjače nije ravan sjaj“). U užem značenju, pravda je sinonim za ono što je zakonito ili jednako. Kao takva, zakonska pravda predstavlja „saobražavanje“ važećem zakonu.<sup>17</sup> Taj relativizam pravde ispoljava se kroz njena dva dijametralno različita, a ipak međuzavisna vida: *formalnu* i *materijalnu* pravdu. Dok *formalna pravda* izražava jedan univerzalan, nepromjenljiv i vječit prirodni i logički zakon, *materijalnu pravdu* određuju ljudska mjerila i vrijednosti, mjerila koja su bitno varijabilna i sadržinski i prostorno.

Formalna pravda označava načelo jednakog postupanja prema jednakim stvarima u istim situacijama, odnosno načelo nejednakog postupanja sa nejednakim stvarim, ali srazmjerno njihovoj nejednakosti. Pri tome se, međutim, odmah postavlja sljedeće pitanje – koje su stvari jednake, odnosno u kojoj mjeri su nejednake? Na to pitanje treba da odgovori i odgovara pojam materijalne pravde, koja sadrži sud, kriterijum i ocjenu o vrijednosti stvari, ljudi i odnosa među njima.<sup>18</sup>

Sa druge strane, Pitagora ne poseže za materijalnom pravdom kao neophodnim suplementom formalne, već nastoji da istu izrazi aritmetički racionalno kao „broj na kvadrat“, tj. broj koji je proizvod dva jednaka množitelja („jednako puta jednako“). Dakle, pravda za pitagorejce predstavlja samodovoljan i savršen sklad ljudske djelatnosti i djelovanja na druge.

Za razliku od njih, Epikur naglašava da pravda nema vrijednost sama po sebi, već služi samo kao instrument za postizanje sreće, čiji je jedini izvor dobrovoljna konvencija zaključena zbog koristi.: „pravda nije nešto što postoji samo po

---

<sup>16</sup> Ibid., 33.

<sup>17</sup> Aristotel, Nikomahova etika, Beograd 1965, V, 1129b.

<sup>18</sup> B. Marković, IV Zbornik za teoriju prava, Beograd 1990, 31-90.

sebi, već samo u međusobnim odnosima, kao neki dogovor sa ciljem da se šteta ne nanosi i ne trpi<sup>19</sup>. Nemoguće je ne primijetiti kako ova Epikurova afirmacija utilitarne suštine i ugovornog karaktera pravde, neodoljivo podsjeća na neke od elemenata teorija društvenog ugovora (iako su iste služile za opravdanje pozitivnih zakona) o kojima će biti riječi nešto kasnije. Izgleda da je pravdu ispravnije razumjeti u njenoj dinamici – kao proces, nego u njenoj statici – kao stanje. Suštinu pravde predstavlja srazmjernost, iz nje se radja sklad, koji će se ostvariti u poretku, da bi tek u pravu dobio svoju konačnu materijalizaciju. I rimsko pravo, duboko utopljeno u život, nikada ne obuzdavajući svoju težnju ka praktičnom, na pravdu je gledalo kroz njenu funkciju. Tako prvo poglavlje prve knjige „Digesta“ sadrži definiciju pravde koju su kompilatori preuzeli iz Ulpijanove knjige pravnih izreka. Ulpijan kaže: „Pravda je postojana i trajna volja da se svakom dodeli njegovo pravo (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*)”<sup>20</sup>, čime jasno iskazuje da ona nije neposredno data, već posredno zadata, kao cilj koji treba dosegnuti pravom.

Za rimske juriste<sup>21</sup> prirodno pravo nije apstraktna doktrina. Štaviše, kada o njemu govore sa teorijskog stanovišta, ne dolaze do pravih rješenja (kao i uvijek kada se susrijeću sa filozofskim pitanjima). Ali su veoma dobri kada ovaj pojam primjenjuju u praksi, pretvarajući ga u istorijsko, pozitivno pravo. Posebno je zanimljivo, ono što rimski pravници nikada ne čine jeste da prirodnom pravu suprostavljaju pozitivno pravo kao njegov ideal ili granicu njegove vrijednosti. Za njih je, upravo, prirodno pravo forma pozitivnog prava, a ne pravo koje može biti u sukobu sa njim, pa tako nisu ni uviđali da pozitivno pravo može biti u suprotnosti sa pravdom.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Epikur, Osnovne misli, Beograd 2005, XXXIII.

<sup>20</sup> D. 1. 1. 10 pr. Ulp. lib. 1 reg.

<sup>21</sup> „Neki nas s razlogom zovu sveštenicima pravde: jer mi njegujemo pravdu, propovijedamo upoznavanje dobrog i pravične srazmjere kojom se pravedno odvaja od nepravednog“; D 1. 1. (De iustitia et iure) 1.; jednostavnost i sklad rimskog prava predstavljali su čak i izvor poetskog nadahnuća, tako je Dante obezbijedio Justinijanu posebno mjesto u Raju: „što po volji prve ljubavi koju osjeća, izbací suvišno i zakon oslobodi od nesklada“, D. Aligijeri, Božanstvena komedija, Podgorica 1996.

<sup>22</sup> Ciceronova misao se u velikoj mjeri razilazi sa iznijetim stavom jer se po njemu pravo ne rađa iz pozitivnih zakona i zato: „vrlo je glupo smatrati



To nikako ne znači da je rimsko pravo bilo izopšteno od etičke evaluacije, naprotiv, etika je duboko ukorijenjena u svaku njegovu poru, na njenim principima je i sazdan ovaj civilizacijski fenomen, nepresušni izvor inspiracije pravne doktrine i utemeljivač cijelog spektra pravnih ustanova koje smo tako revnosno prihvatili, zbog čega se nerijetko ističe da je „Rim preko svog prava ponovo osvojio one provincije koje je izgubio na bojnopolju“.<sup>23</sup>

Međutim, glavna sila koja je pravo gurala ka teoriji prirodnih prava bila je njegova postepena hrišćanizacija. Ranohrišćansko insistiranje na sukobu sekularnog i višeg božanskog zakona sadržavalo je revolucionarni potencijal. Ali, kada je jednom obezbijeđena nadmoć crkve nad sekularnim autoritetima, prirodno pravo je postala doktrina opravdavanja državne vlasti, jer: „prirodno pravo je kao bludnica na raspolaganju svakom i ne postoji ideologija koja se ne može pravdati apelom na njega“. Samim tim, vjernicima je nalagano da poštuju sekularne vladare i da im se pokoravaju<sup>24</sup>, a takva koncepcija je bila u izrazitoj protivrječnosti sa iskonskim hrišćanskim inspiracijama. Prvi koji je to jasno uočio bio je sv. Aurelije Avgustin. Polazeći od racionalističkih tendencija jusnaturalizma (koje će kasnije napustiti), sv. Avgustin ističe: „da ne može postojati zakon ako nije pravedan...istorijski, pozitivni zakon (*lex temporalis*) nije valjan ako nije u skladu sa vječnim zakonom (*lex aeterna*)“<sup>25</sup>, a kao „vječni zakon“, usvajajući Ciceronovu definiciju prirodnog zakona, određuje „vrhovni razum (*summa ratio*)“. U istom tonu, legitimitet države poistovjećuje sa pravičnošću, jer: „kada se ukloni pravda, što su države do velike razbojničke bande?“<sup>26</sup>

---

pravednim sve što je utvrđeno običajima i zakonima naroda (...) jer postoji samo jedno pravo koje povezuje ljudsku zajednicu i jedan ga zakon određuje. Taj zakon je oličen u zdravom razumu i primjenjuje se pri naređivanju i zabranjivanju (...) Da ne postoji pravilo koje je u skladu sa prirodom, ne bismo mogli da razlikujemo dobar od lošeg zakona.“; G. Fasso, 83-95;

<sup>23</sup> A. P. d'Entreves, *Natural law: An Introduction to Legal Philosophy*, Podgorica 2001, 24.

<sup>24</sup> K. Duzinas, *Hristijanizacija rimskog prava*, dostupno na web adresi: [http://www.danas.rs/danasrs/feljton/hristijanizacija\\_rimskog\\_prava.24.html?news\\_id=187892](http://www.danas.rs/danasrs/feljton/hristijanizacija_rimskog_prava.24.html?news_id=187892)

<sup>25</sup> S. Augustinus, *De libero arbitrio*, I, 6, 15.

<sup>26</sup> S. Augustinus, *Država Božja*, Podgorica 2004, 5.



Samim tim, lojalnost državi treba biti uslovno shvaćena, jer u slučaju nepravednog zakona, neposlušnost više nije samo mogućnost, već dužnost.

Život u toku najdramatičnije faze krize antičkog svijeta i prizor propasti ogromne imperije koja je vjekovima vladala svijetom, doveli su ga do zaključka da je rimsko carstvo izgrađeno na oholosti: želji da vlada nad drugima. To je bio jedan od ključnih elemenata koji su ga naveli na razmišljanja o vrijednosti zemaljskog društva, prava i problemu profilisanja božjeg providenja, čiju tačku preokreta predstavlja polemika sa Pelagijem.

Engleski monah Pelagije, energično afirmišući apsolutnu slobodu čovjekove volje, dobrotu ljudske prirode i mogućnost da se dobro djeluje bez pomoći božje milosti, implicitno je lišavao hrišćanstvo svog značaja, jer ako čovjek nije iskvaren prvobitnim grijehom, dolazak Hrista i iskupljenje postaju nepotrebni. Pošto je uvidio opasnost koja prijete hrišćanstvu od takve doktrine, sv. Avgustin primjećuje da jusnaturalizam zaista može da odvede na pelagijevske pozicije jer ako čovjek ima, po svojoj prirodi, normu da dobro radi i ako može da je sazna zahvaljujući sopstvenom razumu, samim tim on nosi u sebi instrumente spasa.<sup>27</sup> Iz tog razloga, on napušta svoju racionalističku polaznu osnovu i skreće diskurs na strogi voluntarizam, prema kojem pravda nije više ciceronovski *summa ratio*, već ono što „Bog hoće“, te ni prirodno pravo ne može biti *umno*, već isključivo božanski *voljno*.

## 2. Srednjovjekovna (o)krut(n)ost

Sasvim izvjesno, sv. Avgustin nije mogao ni da zamisli da će alternativa sadržana u njegovoj definiciji *lex aeterna* poslužiti stvaranju dileme zbog koje će se, par vjekova kasnije, iskopati jaz između dva pravca moralne teologije i glavni razlog podjele među srednjovjekovnim filozofima na – intelektualiste i voluntariste. Naime, prvi su pod prirodnom pravom podrazumijevali um (božji, ali i ljudski), dok su drugi u njemu vidjeli manifestaciju volje (u početku božje, ali kasnije, kroz voluntaristički razvoj i volje države). Konceptija koja je njegovana u srednjem vijeku ima gotovo preciznu fizionomiju –

---

<sup>27</sup> G. Fasso, 119–122.

uvjerenje da je ljudsko saznanje podređeno božjem otkrovenju (samim tim i da su filozofija i nauka potčinjene teologiji); svijest zapadnog hrišćanskog svijeta da političko jedinstvo može biti zasnovano samo na religioznosti i ubjeđenje da ljudska moć izvire iz vjere u nemoć.

Srednjevjekovni svijet, iako zaodjenut ratovima i kulturnim mrakom, bio je fluidan, sa putevima otvorenim ka budućnosti. Društvena kretanja nosila su u sebi nešto stihijsko, što se pojačavalo iracionalnošću srednjevjekovnog čovjeka, njegovim snažnim osjećanjima i pretjeranim zanosom, izraženim kroz ambiciju da se sadašnjost mora osigurati, a prošlost ponovo osvojiti. Aristotelova pouka bila je da je država najveće čovjekovo dostignuće i nužno sredstvo za ljudsko savršenstvo. Pouka rimskog prava bila je da je najveći od svih pravnih sistema bio zasnovan samo na razumu i korisnosti. Ispod mirnog pjenušanja stvarnosti kovitlali su se virovi pitanja: Kako se učenje jednog paganskog filozofa, Aristotela, moglo prilagoditi hrišćanskom pogledu na svijet? Kako se rimsko pravo moglo usvojiti kao univerzalno pravo hrišćanskog svijeta? Jer ako je tako velika mudrost bila otkrivena bez neke natprirodne pomoći i ako je trebalo obezbijediti osnovu za ljudske odnose, nezavisno od viših zahtjeva za hrišćanskom savrшеноšću, onda je svakako moralo postojati neko saznanje o etičkim vrijednostima koje čovjek može dosegnuti samo uz pomoć svog uma. Drugim riječima, morao je postojati sistem prirodne etike čiji je temeljni pojam prirodno pravo.<sup>28</sup> I baš posredstvom te ideje o prirodnom pravu, neprestano prisutnom u srednjovjekovnoj sholastici, opstajao je etički racionalizam grčkog porijekla. Među različitim načinima na koje je prirodno pravo shvaćeno, nalazi se jedan suštinski i preovlađujući - onaj koji ga shvata kao pravo istinskog uma (*orthos logos*), koji je u toj mjeri značajan da i sami mislioci, iako nepovjerljivi i neprijateljski nastrojeni prema svakom nagovještaju razuma, prihvataju tezu da postoje pravna pravila, pored onih koje je dao Bog. Intelektualni dio sholastike posvećuje pažnju, prije svega, na takva, *razumom data pravila*, što je najočiglednije u učenju sv. Tome Akvinskog, koji uspio da uspostavi ravnotežu između religiozne misli i savremene društvene teorije (koja tokom VIII vijeka dobija nov polet nakon

---

<sup>28</sup> A. P. d'Entreves, 44.

upoznavanja sa Aristotelovim djelima) i čija je misao zadobila takav autoritet da je postala vladajuća filozofija katolicizma.<sup>29</sup>

U jednom veoma interesantnom pasusu sv. Toma opisuje kako prvi i opšti propis prirodnog prava – „čini dobro i izbjegavaj zlo“ – može da se razvije u konkretan niz normi. Budući da je nagon za samoodržanjem imanentan svim živim bićima, prva grupa normi prirodnog prava obuhvata sve ono što doprinosi održavanju ljudskog života.

Druga teza koja privlači pažnju je shvatanje prirodnog zakona kao osnova moralnosti, tj. direktna posljedica dostojanstva i etičkih vrijednosti utisnutih u ljudsku prirodu. Jasno formulišući ovu ideju, sv. Toma je, kako izgleda, ispunjavao najdublje aspiracije srednjevjekovnog hrišćanstva. Njegova tvrdnja da „Bog ne poništava prirodu, već je usavršava“ je kruna hrišćanskog humanizma koji čini suštinu njegove filozofije. No, kako on izričito kaže, sam grijeh ne obesnažuje „suštinske principe prirode“. Posljedice grijeha tiču se samo nemogućnosti čovjekovog ispunjenja naloga „prirodnog uma“, ali ne i nepostojanja sfere čisto racionalnih vrijednosti

Time je bila otvorena mogućnost racionalnog objašnjenja i opravdanja etičkih imperativa, kao i svih onih institucija koje su raniji hrišćanski mislioci shvatali kao posljedicu grijeha i božanski oproštaj tog grijeha. To je bilo značajno otkriće koje je omogućilo da se i Aristotelova koncepcija etike nakalemi na hrišćansko tumačenje života. Ipak, prirodno pravo nije bilo samo temelj morala i svih socijalnih i političkih institucija, već je istovremeno predstavljalo vrhovno mjerilo kojim su se mogle procjenjivati ove institucije. To je ujedno i treća teza prirodnog prava koju sugerše Akvinski, čime jasno i logički iznosi stav svojih savremenika – hrišćansko društvo mora biti zasnovano na pravdi. A pravda, kako se očituje u čovjeku u normama prirodnog prava, mora nadvaladati svaku drugu naredbu ili vlast.<sup>30</sup>

### 3. Uzlet duhovnosti

Nezadovoljstvo dogmom da je ovaj svijet samo predsoblje nekog drugog svijeta, velike socijalne promjene, nastanak

---

<sup>29</sup> G. Fasso, 149.

<sup>30</sup> A. P. d'Entreves, 47-8.

građanske klase i procvat naučnih pronalazaka, rađali su želju za revolucionarnim preobražajem, potrebu za oslobođanjem iz zadatih okvira i utopijsku misao, koja nije apatično „zagledana u nebo“, već radoznalo okrenuta ovozemaljskim pitanjima.

Oni koji istorijske periode posmatraju dramatično i vide samo velike svjetlosti i duboke sjenke, gledaju u renesansi slavno vraćanje čovječanstvu one kulturne svijesti koju je asketski srednji vijek neumoljivo gušio. Za njih Petrarca, „prvi moderni čovjek“, stoji kao glasnik svjetlosti nasuprot sv. Avgustinu, „uzoru srednjeg vijeka“, koji je stajao na pragu jednog mračnog vremena.<sup>31</sup> Prigrlivši davno iznjedrene kanone antike kroz razvoj humanističkih motiva, renesansa afirmiše čovjeka kao autonomnog subjekta, slobodnog od bilo kakvih ograničenja koje može da postavi njegovoj misli i akciji neka realnost koja je transcendentna u odnosu na njega. Dok je u rimskom pravu razum bio sinonim za iskustvo, a u srednjem vijeku antonim za nezavisnost, u renesansi dobija novo ruho. Njena heuristička filozofija istražuje stvari pod drugačijim svjetlom racionalnosti, nastojeći da spozna stvarnost ne oslanjajući se na bilo čiji autoritet do sopstvenog i proklamujući saznanje koje se ne stiče posredno iz napisanih knjiga, već neposredno iz nepisane knjige prirode.

Tako teologija, koja je u srednjem vijeku bila vrhovni oblik saznanja, te dominirala u moralu, u renesansi gubi svaku vrijednost. Objektivizujući kriterijum vrednovanja ljudskog ponašanja, srednji vijek je sveo moral na pravo, neizbježno ga degenenerišući u legalizam, tj. formalno poštovanje slova zakona, umjesto u ostvarenje njegovog duha. Takvoj čisto legalističkoj koncepciji morala, čestom izvoru suštinskog nemorala, koji joj je pridružila tendencija ka izvrtanju duha zakona kroz njegovo bukvalno poštovanje, renesansa suprostaavlja shvatanje etike koja nalazi princip svog ponašanja u intimnoj zapovjesti čovjekove savjesti, a ne u objektivnoj normi koju čovjek nalazi izvan ili iznad sebe. Još će se govoriti o „prirodnom zakonu“, ali čovjekovog autodiktata koji se rađa iz uma, iz prirode svojstvene čovjeku, što inače predstavlja dubok značaj ciceronovsko-stoičkog jusnaturalizma, koji su sholastici izgubili iz vida,

---

<sup>31</sup> D. Radosavljević, *Renesansa*, dostupno na web adresi: <http://pulse.rs/renesansa/>.

objektivizujući prirodni zakon u rigidne forme, spoljašnje i strane čovjekovoj savjesti.<sup>32</sup> Tako jedan od najvećih mislioca renesanse, Đordano Bruno, precizno postavlja zakon kao instrument harmonije zajedničkog življenja koji prinudom ostvaruje moralnost među onima koji to ne čine spontano: „zakon, prilagođavajući se sastavu i običajima naroda, strahom potiskuje drskost i čini da dobrota bude bezbjedna među zlotvorima. On čini da krivci osjećaju grižu savjesti sa strahom od pravde i očekivanjem one kazne koja sprječava drske prekršaje, a moćnicima slabi sigurnost u svoje prvenstvo i snagu.“<sup>33</sup>

Do sličnog rezultata, ali sa druge polazne osnove, dolazi i najveći politički pisac renesanse – Nikolo Makijaveli. Prožet antropolopiškim pesimizmom, u problemima vidi cijenu progresa i upravo disharmoniju smatra ishodištem dobrih zakona. Dobri zakoni posljedica su „nereda koje mnogi nesmotreno osuđuju“; klasna disharmonija ne dovodi do nasilja koje ide na štetu opšteg dobra, već do pozitivnih zakona i uredbi za „dobrobit javne slobode“. Političke preporuke, koje Makijaveli daje budućem vladaocu, izražene su hipotetičkim imperativima, koji ne definišu ciljeve, već samo određuju sredstva pogodna za njihovo ostvarenje. Ako stvari postavimo čisto formalno, onda su u politici sva efikasna sredstva dozvoljena ma koliko bila represivna, nasilna, bizarna ili moralno odbojna. Sve što ide u prilog uvećanju moći i uspješnoj vladavini istovremeno je moralno poželjno ili bar dopustivo.<sup>34</sup> U tom kontekstu, Makijaveli pravo svodi na (jedan od mnogih i to najmanje djelotvornih) piona u igri moći i sebičnih interesa za postizanje vladaočevih ciljeva: „postoje dva načina borbe – jedan zakonom, a drugi silom. Prvi je svojstven čovjeku, a drugi životinjama, ali kako često prvi nije dovoljan, treba pribjeći i onom drugom.“<sup>35</sup> Samim tim, po Makijaveliju, ne postoji prirodna osnova pravednosti jer ono što određuje ispravni pravac djelatnosti je nužda, a ne moralni princip: „Ljudi čine dobra djela iz nužde, ali čim im se pruži sloboda odlučivanja te se uzmgnu raspojasati, odmah posvuda nastanu neredi i

---

<sup>32</sup> G. Fasso, 203.

<sup>33</sup> G. Bruno, *Spaccio de la bestia trionfante*, I, Bari 1908, 58-81.

<sup>34</sup> I. Živanović, *Platon, Makijaveli i makijavelizam*, *Filozofija i društvo*, br. 3, Beograd 2011, 48-58.

<sup>35</sup> N. Machiavelli, *Izabrano djelo*, Zagreb 1985, 77.

poremećaji.<sup>36</sup> Iz tog razloga, građansko društvo ne samo da ne može biti pravedno, nego ne može čak ni da pretenduje na to. *Zakonitost se temelji na nezakonitosti*, a svaki društveni ili moralni poredak uspostavljen je pomoću moralno sumnjivih metoda.<sup>37</sup>

U ovih par sažetih formulacija sadržana je sva poetika makijavelizma. Uprkos izrazito jednostavnom i jasnom stilu pisanja, Makijavelijeva misao i dalje ostaje na izvjestan način enigmatična, jer dok jedni u njemu vide amoralnog cinika koji je na užtrb antičkog morala ponudio silu i tiraniju, za druge ostaje pravi politički genije i „Galilej Renesanse“<sup>38</sup>. Ali zagonetka o Makijaveliju ostaje i ostaće otvorena, jer ne samo što je teorijski produktivna, važna je za realan život ljudi, kao opomena građanima i vladarima šta politika jeste, a šta može da bude.<sup>39</sup>

#### 4. Moderna škola prirodnog prava

Razdoblje renesanse, koje je skinulo prašinu sa spomenika starog vijeka, odgonetnulo antičke knjige i njihove poruke, ljude usmjerilo putevima nepristrasnih istraživanja, a nauku oslobodilo od praznovjernih formula, slalo je jasnu poruku – da se niti jedna revolucija ne može dogoditi bez prethodne evolucije. To je bio ujedno i period velikih političkih sukoba i trzavica, mnogobrojnih ratova i osvajanja, vrijeme opšte nesigurnosti i doba neprestanog prekrajanja geografskih karata na trusnom političkom reljefu tadašnje Evrope.<sup>40</sup> O prirodnom pravu, lord Brjus je primjetio da se „ono što je gotovo dvije hiljade godina bilo bezopasna maksima i gotovo opšte mjesto morala“, u jednom trenutku pretvorilo u „dinamit koji je skrhao jednu staru monarhiju i uzdrmao evropski kontinet.“<sup>41</sup> Dugo se činilo prirodnim gledati u takvom razvoju događaja jednu od blagotvornih kriza čovječanstva, koja se završila pobjedom prava na pojedinačnu inicijativu, oslobađanjem duhova koje je sveštenstvo držalo u stanju

---

<sup>36</sup> N. Machiavelli, 202.

<sup>37</sup> L. Strauss, *Prirodno pravo i istorija*, Beograd 1998, 135.

<sup>38</sup> E. Kasirer, *Mit o državi*, Beograd 1972, 140.

<sup>39</sup> V. Pavlović, 138.

<sup>40</sup> V. Pavlović, 49.

<sup>41</sup> A. P. d'Entreves, 16.

ponizne neukosti i uvjerenjem da će ljudi ubuduće biti vlastiti gospodari, jednaki jedni drugima jer su misaono nezavisni.<sup>42</sup> Ali upravo su ti događaji sadržali reformatorsku i istinsku dubinu, temeljnost i sveobuhvatnost novog istorijskog zbivanja koji će postati paradigma buduće političke prakse. Njegov eksplicitan izraz označio je pad Bastilje, snažnog simbola svega što je bilo omraženo u starom režimu, u čijoj je deigitimizaciji prirodno pravo odigralo ključnu ulogu.

Već smo vidjeli, da je u minulim vjekovima ključni problem teorija prirodnog prava bilo određivanje prirodnog poretka na koju se ono poziva. Novovjekovno prirodno pravo nastoji, polazeći od modernog poimanja nauke, izbjeći navedenu poteškoću te se konstituiše kao racionalno prirodno pravo. Ono polazi od prirode, kao u osnovi opisive materijalne uzročne strukture i čovjeka pojmi u dualitetu uma i interesa, odnosno potrebe. U tom smislu, „prirodno stanje“ koje prethodi organizovanom civilnom društvu, a koje kao uporište koriste sve moderne teorije prirodnog prava, tumačeno je kao stanje u kojem um još nije zavladao, odnosno stanje haosa koje ne odgovara ljudskoj egzistenciji. Prelaz iz metodološki pretpostavljenog prirodnog stanja u civilno je moguć samo posredstvom društvenog ugovora. Taj ugovor, kao hipotetička osnova moderne države, polazi od pretpostavke da ljudi pristaju na podređivanje zakonima i vlasti uz uslov garancije osnovnih prava čovjeka i građanina, odnosno sigurnosti koju nemaju u „prirodnom stanju“. Na ovaj način, prirodno pravo u svojim modernim verzijama ima dvostruku funkciju – delegitimizaciju svakog poretka koji ne počiva na načelu umno posredovane prirode i legitimaciju novog poretka koji, po nosivoj metodičkoj pretpostavci, počiva na društvenom ugovoru.<sup>43</sup>

Prvi zasadi takvog modernog jusnaturalizma i istinske filozofije prava pripisuju se holanđaninu Hugu Grocijusu, koji je nastojao da stvori sistem zakona, koji bi bio uvjerljiv u jednom dobu u kojem su teološke rasprave to sve manje mogle biti. Stoga je, smjelije od bilo kojeg od svojih prethodnika i pod ozbiljnim rizikom od optužbe za blasfemiju, postavio hipotezu

---

<sup>42</sup> E. Reclus, *Evolucija, revolucija i anarhistički ideal*, Zagreb 2001, 82.

<sup>43</sup> S. Šuša, *Prirodno pravo, građanska neposlušnost i anarhija*, dostupno na web adresi: <http://www.stocitas.org/prirodno%20pravo.htm>



da bi: „prirodni zakon važio i kada Boga ne bi bilo“, čime je oštro i radikalno razdvojio ono što su sholastičari sa velikom mukom pomirili i pokazao da je moguće izraditi sekularno prirodno pravo. Po njemu, da bi bilo nauka, pravo ne smije zavisiti od iskustva, već od definicija i ne od činjenica, već od logičkih dedukcija. Stoga, samo principi zakona prirode mogu adekvatno konstituisati nauku, pri čemu je neophodno izostaviti sve što je vremenski i prostorno varijabilno: „Tvrdim da, kao što matematičar apstrahuje svoje geometrijske slike od tijela, tako i u pravu ja odvraćam, duh od svake pojedinačne činjenice“<sup>44</sup>. Ono što je Grocijus iznio kao hipotezu postala je teza i racionalističko jezgro cijelog korpusa jusnaturalističkih pravno-političkih teorija tokom XVII i XVIII vijeka. *Racionalizam*, međutim, nije jedini izraziti kohezivni element modernih koncepcija prirodnog prava. Pored njega, sve one su solidarno i energično afirmisale vrijednost pojedinca, pa se tako *individualizam* detektuje kao druga istaknuta karakteristika inoviranih teorija prirodnog prava.

Nemoguće je sa potpunom izvjesnošću odrediti trenutak rođenja modernog individualizma, koji je zaveo više generacija, sve dok najzad nije našao put ka jednom obuhvatnom preobražaju čitave društvene i političke strukture zapadne hemisfere. Postoji, međutim, jedan trenutak od koga možemo računati početak i doslednu primjenu individualističkog principa u političkoj filozofiji. To je onaj trenutak kada se politički filozofi okreću ideji ugovora u tumačenju odnosa između individue i zajednice, kao porijeklu građanskog društva. To je, dakle, trenutak kada se prvi put pojavljuje učenje o društvenom ugovoru. Naime, kada je um čovjeka jedanput postao krajnje mjerilo vrijednosti, društveni ugovor je bio jedini mogući način objašnjavanja egzistencije društvenih i političkih institucija. Samim tim, prirodno pravo je svojim racionalizmom i individualizmom obezbijedilo političke „jasle“ svim teorijama društvenog ugovora, kao neizbježnog modela pravnih i političkih obaveza. To navodi na pitanje, kako je došlo do toga da politička teorija od pravnika pozajmi pojam ugovora, taj „najpohlepniji od svih pravnih pojmova“ i načini ga osnovom države? Odgovor se može dati samo riječima I. Kanta, koji je poženjeo plodove ovog dugotrajnog razvitka: „ideja

---

<sup>44</sup> H. Grotius, *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, London 1965, 85.



ugovora bila je jedino moguće sredstvo za uspostavljanje prirodnih prava pojedinca u okvir države<sup>45</sup>. Ovo apostrofiranje „prirodnih prava“, dovodi nas do trećeg istaknutog svojstva modernih teorija prirodnog prava – *radikalizma* i Deklaracije o pravima čovjeka i građanina. U svojoj proklamaciji vrijednosti pojedinca, moderno prirodno pravo bilo je, prije svega, odbrana subjektivnih prava, pa je začuđujuće kako u njegovom početku nije bilo ničeg revolucionarnog. Stoga je pitanje, kako se desilo da učenje o prirodnom pravu, koje je Grocijus uzdigao do najvišeg nivoa apstrakcije i koje je od početka imalo više karakter naučnog nego praktičnog principa, postane jedno revolucionarno učenje koje je promijenilo izgled svijeta? Međutim, upravo je odbrana subjektivnih prava čovjeka dala modernom prirodnom pravu njegovu ogromnu snagu i energiju. Racionalizam, individualizam i radikalizam zajedno, dali su jednoj staroj riječi potpuno novo značenje. Pojam koji je pomogao nastajanje univerzalnog sistema prava i omogućio racionalno utemeljenje etike, nadahnuo je i nastanak jedne teorije subjektivnih prava, koja će dugo svjedočiti o idealizmu i veličini zapadnog čovjeka.<sup>46</sup>

Jasnije nego američki ustavotvorci<sup>47</sup>, francuski pisci ustava, razvili su ideju, široko prihvaćenu u Evropi, da svaki ustav kao osnovni akt zemlje čine dvije vrste odredbi – odredbe o organizaciji vlasti i odredbe o osnovnim pravima građana, kao i to da te dvije vrste odredbi nisu iste važnosti. Kao pozitivnopravni izraz prirodnih prava čovjeka, osnovna prava imaju prednost nad odredbama o organizaciji vlasti, pa je iz tog razloga donijeta odluka da tekst Deklaracije prava, u vidu svojevrsnog „nadustava“, treba da prethodi tekstu ustava, predstavljajući „uputstvo“ za njegovu izradu i tumačenje.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> I. Kant, *Rechtslehre*, Frankfurt 1977, 47.

<sup>46</sup> A. P. d'Antrev, 58-66.

<sup>47</sup> Međusobni odnos francuske Deklaracije i američke Deklaracije nezavisnosti još uvijek je predmet živih rasprava. Jedna od zanimljivijih konstatacija u vezi određivanja priroditeta između njih glasi: „Mi koji živimo u Evropi smo vrlo spremni da vidimo 1789. godinu kao godinu u kojoj se kazalo: „Vidi, stvoriću sve novo“. Jedan širi uvid nam pokazuje da je godina promjene ipak bila 1776. ...“; Sir E. Barker, *Natural Law and American Revolution, Traditions of Civility*, 1948.

<sup>48</sup>Deklaracija o pravima čovjeka i građanina 1789. i ljudska prava danas, dostupno na web adresi:

## **Juspozitivizam – upotreba i/ili zloupotreba autoriteta**

### 1. Pozitivno pravo<sup>49</sup> kao rezultat društvenog ugovora

Socijalni proces distribucije pravde znatno je kompleksniji od predstava koje nude klasične teorije. Stoga, se nameće potreba za istraživanjem geneze građanskog društva, prava i onog što pravo treba da bude, kako bi se utvrdilo da li se društvo, pravo, pravda i nepravda, temelje na prirodi ili konvenciji. Odgovor na pitanje da li je čovjekov realni uslov života na prapočetku bio savršen ili nesavršen, jeste i odgovor na pitanje da li je ljudski rod odgovoran za svoju nesavršenost koja je postojala ili je ona samo posljedica posljedica prvobitne? Za nas je, za sada, dovoljno da damo analizu standardnog argumenta kojim se služio konvencionalizam. Taj argument treba da dokaže da prirodno pravo nije moguće zato što se „pravedne stvari“ razlikuju od društva do društva. Ovaj argument je pokazao čudnu vitalnost kroz vjekove, vitalnost koja nije u skladu sa njegovom stvarnom vrijednošću. Kako je obično prezentovan, on se sastoji u jednostavnom nabranjanju standardnih ideja o pravdi koje su postojale kod različitih nacija ili u različitim periodima u okviru iste nacije, budući da se smatra da prirodno pravo ne može da postoji ako principi prava nisu nepromjenljivi. Međutim, činjenice na koje se konvencionalizam odnosi ne pokazuju da su principi prava promjenljivi, već samo da različita društva imaju različite ideje o pravednosti. Ali isto onoliko malo koliko raznovrsne ideje o univerzumu pokazuju da ne postoji univerzum, isto tako malo različite predstave o pravdi pokazuju da ne postoji prirodno pravo.

Drugi *contra* argument prirodnog prava tiče se kontradiktornosti sadržane u zahtjevu koji postavlja pravda. Naime, svako po prirodi teži sopstvenom dobru, dok nam pravda nalaže da težimo i dobru drugih ljudi. Iz toga razloga, konvencionalisti smatraju da se pravda kosi sa prirodom, tj. ona postaje atraktivna jedino putem konvencije. Čak i oni koji

---

[http://www.komunikacija.org.rs/komunikacija/knjige/index\\_html/knjiga11/08Deklaracija1789.pdf](http://www.komunikacija.org.rs/komunikacija/knjige/index_html/knjiga11/08Deklaracija1789.pdf)

<sup>49</sup> Etimološki termin „pozitivno pravo“ odnosi se na važeće pravo, tj. propise koji su na snazi, nastao je u XII vijeku u vrijeme djelovanja glosatorske škole kao posljedica pogrešnog prevoda pojma *ius positum* (postavljeno pravo).

tvrde da je pravo prirodno moraju da priznaju da se pravda sastoji od jedne vrste reciprociteta – ljudi su dužni da čine drugima ono što žele da drugi čine njima. U tom smislu, pravda se prikazuje kao ono što je izvedeno iz sebičnosti da bi služilo toj istoj sebičnosti. Biti dobar u težnji za sopstvenim dobrom pokazuje mudrost, što dalje implicira da je mudrost u neskladu sa pravdom. Stoga, čovjek koji je istinski pravedan nije mudar, već nasamaren od strane konvencije.<sup>50</sup>

Najeksplicitniji izraz gore navedenih stavova, pružio je Tomas Hobs, rodonačelnik pravnog pozitivizma, koji pred sobom kao isključivi cilj postavlja izvođenje dokaza: „da nema nikakvog izgovora pod kojim se može opravdati kršenje zakona“<sup>51</sup>. Kroz njegovo učenje, primjetno provijava duh makijavelističkog revolta prema tradiciji, zbog čega se mnogi slažu da je upravo Makijaveli bio taj veličanstveni Kolumbo koji je otkrio kontinent na kojem je Hobs mogao da podigne svoju građevinu.<sup>52</sup>

Ističući da je tradicionalna politička filozofija više predstavljala pospanu viziju nego nauku, Hobs se jasno suprostavlja Aristotelu, sholastičarima i Grociju koji su polazili od pretpostavke da je čovjek po prirodi društveno biće. Za razliku od njih, on tvrdi da su ljudi, po svojoj prirodi, prije skloni da se nadmeću nego da se udružuju i da zato u nastanku društva veću ulogu ima međusobni strah nego uzajamna simpatija („čovjeka je vaspitanje učinilo prilagođenijim društvu, a ne priroda“)<sup>53</sup>. Sljedstveno tome, prirodno stanje ljudi, prije nego što su stvorili društvo, bilo je stanje rata svakog protiv svih („*bellium omnium contra omnes*“). I tu dolazimo do tipične refleksije pravnog pozitivizma: „u takvom stanju sveopšteg rata ništa ne može biti nepravedno“. Gdje nema zajedničke vlasti nema ni zakona, a gdje nema zakona, nema ni nepravde.“ Sve u svemu, u Hobsovom prirodnom stanju nije na snazi objektivno pravo, već čista sila jer „dvije ključne vrline u ratu su sila i prevara“.<sup>54</sup> U skladu sa tim, nema niti urođenih subjektivnih prava, nego samo mogućnost da se čini ono što se hoće, podržana zakonom sile i

---

<sup>50</sup> L. Strauss, 76-83.

<sup>51</sup> T. Hobs, Levijatan, Beograd 2011, 47.

<sup>52</sup> L. Strauss, 134.

<sup>53</sup> T. Hobbes, De cive, I, 2.

<sup>54</sup> T. Hobs, 13.

pravom jačeg, što znači da čovjek ima interes da izađe iz tog stanja kako bi obezbijedio sopstveni opstanak. Dakle, prirodni zakon, prema Hobsovom mišljenju, nije onaj koji je na snazi u prirodnom stanju i za koji se vezuju čovjekova urođena prava. U prirodnom stanju nema normi ponašanja i jedini „zakon“ koji motiviše na djelovanje je traganje za sopstevnom korišću, „zakon koji nije ništa manje strog od onog zbog koga kamen pada nadolje“.<sup>55</sup> Naime, prirodni zakon je norma koju diktira razum, ali to je norma koju razum diktira instrumentalno, u službi egoističke i koristoljubive prirode čovjeka, što dalje vodi do zaključka da razum ne može biti sastavni dio prirodnog prava već samo oruđe ljudske asocijalnosti.

Država koja se rađa iz Hobsovog društvenog ugovora savršen je primjer apsolutne države. Pojedinci se u toj državi lišavaju bilo kog svog prava u korist suverena, čija je dužnost da im ulije strah i usmjerava zajedničke akcije na dobrobit svih. Ma šta da uradi, suveren ne podliježe sankcijama i podanici su nemoćni da ga optuže jer on nije dužan da poštuje zakone države, niti njegovu vlast mogu ukinuti oni koji su je uspostavili preko svojih ugovora.<sup>56</sup> To je i razlog zbog kojeg Hobs naziva državu „veliki Levijatan“, po imenu biblijskog čudovišta za koje u Svetom pismu piše da „ništa nema na zemlji što bi se usporedilo sa njim“.<sup>57</sup> Ne smije da zavara to što Hobs opširno govori o prirodnim zakonima, budući da nedvosmisleno ističe da prirodni zakoni nemaju drugu funkciju, osim one kojom pokazuju da čovjek ima potrebu da se bezuslovno podredi pozitivnim zakonima, koji su ništa drugo do zapovijest suverena.<sup>58</sup>

Dok se jusnaturalizam, moderni koliko i antički, poziva na dominaciju razuma nad vlasti, Hobs se zalaže za apsolutnu supremaciju autoriteta jer su „sporazumi bez sile mača samo prazne riječi“, zbog čega se njegova cjelokupna filozofija nerijetko naziva prvom filozofijom moći.

---

<sup>55</sup> Ibid., 15.

<sup>56</sup> Ibid., 18.

<sup>57</sup> Knjiga o Jovu, XLI, 24.

<sup>58</sup> Fasso, 264-267.

## 2. Dva „Levijatana“

Sa druge strane, Džon Lok, mudro se uzdržavajući i od spomena Hobsovog „potpuno ozloglašene imena“, odbacuje njegovu ideju prirodnog zakona. U svom nastojanju da opravda „apel nebu“ protiv zakona države koji krše prirodna prava pojedinca, predstavlja „prirodno stanje“ kao: „stanje savršene slobode u regulisanju sopstvenih akcija, raspolaganju sopstvenim dobrima i sobom samim onako kako se smatra pogodnim, u granicama prirodnog zakona, bez traženja dozvole ili zavisnosti od volje bilo kog čovjeka. To je takođe, stanje jednakosti u kojem su svaka moć i pravo uzajamni, pri čemu ih niko ne posjeduje više od drugih.“<sup>59</sup>

Međutim, ova svojevrsna oda „prirodnom stanju“, ne čini Loka oponentom ideje neophodnosti političke organizacije društva, jer uprkos činjenici da je: „prirodni zakon očigledan i razumljiv svim razumnim bićima, nisu svi spremni da ga priznaju kao obavezujući zakon u njegovoj primjeni na posebne slučajeve...tako se u prirodnom stanju osjeća nedostatak uspostavljenog, utvrđenog i priznatog prava (*establish'd, settled, known law*), koje je sakupljeno i prihvaćeno opštom saglasnošću kao mjera (*standard*) onoga što je saglasno i onoga što je protivno pravnom poretku.“<sup>60</sup> Na taj način, uvidom nedostataka „prirodnog stanja“ u pogledu njegove sigurnosti i izvjesnosti, nazaobilaznih preduslova adekvatne društvene koordinacije, Lok prihvata potrebu da se uspostavi država.

Sasvim izvjesno, da iako polaze od dijametralno različitih osnova, Hobsova i Lokova teorija, u suštini orbitiraju oko istog cilja. Time se ne ukazuje na nepostojanje njihovih međusobnih razlika, već samo na njihovu prenapetost, te ćemo ih ovdje razmotriti.

Dakle, Lok priznaje neophodnost uspostavljanja države, ali za razliku od Hobsa, on ne smatra da država treba biti radikalna u poništenju „prirodnog stanja“, već je dužna da nastoji da očuva koliko je to moguće ono suštinsko u njemu – poštovanje prirodnog zakona, koji obuhvata i slobodu. Po njemu, cilj i funkcija države nikako nije da ukine, nego da garantuje i obezbijedi ona prava koje pojedinac nije imao u

---

<sup>59</sup> Dž. Lok, Dve rasprave o vladi, Beograd 2002, 4.

<sup>60</sup> Dž. Lok, 124.

prirodnom stanju. Zakon je opravdan u mjeri u kojoj je on instrument, a ne ograničenje slobode: „on propisuje ništa osim onog što služi opštem dobru onih koji su mu se podvrgli...cilj zakona nije ukidanje ili sužavanje slobode, već njena zaštita i uvećanje“.<sup>61</sup>

U vidnom kontrastu sa Hobsovim apsolutizmom, stoje i Lokove sugestije u pogledu ograničenja zakonodavne nadležnosti, koje će trasirati put prvoj modernoj demokratsko-sistematskoj teoriji. Prva od njih, proizilazi iz činjenice da niko ne može prenijeti na drugog više prava nego što sam ima, što je i razlog zbog kog pojedinci pri uspostavljanju države, mogu povjeriti samo ona ovlašćenja koja im je „prirodni zakon“ dao, drugim riječima, pozitivni zakoni ne smiju protivrječiti prirodnom pravu. Drugo ograničenje koje Lok postavlja zakonodavnoj vlasti je, istovremeno je i krucijalni nedostatak „prirodnog stanja“, otjelotvoren u principu opštosti i sigurnosti prava kao nužnoj garanciji njegove nepristrasne primjene. Kao treće ograničenje suverenoj vlasti, Lok ističe neprikosnovenost privatne svojine koja je čvrsto usidrena u načelu apsolutne ekonomske slobode, a u kojem on vidi još jednu refleksiju prirodnog zakona. Možda najinteresantnije od svih ograničenja zakonodavnoj vlasti, na koje Lok upućuje tiče se zabrane delegacije njenih ovlašćenja „jer je riječ o ovlašćenju koje joj je dao narod, koji joj je povjerio upravo *da stvara zakone, a ne da stvara zakonodavce*“<sup>62</sup>. Još jedna diskinkcija, vrijedna pomena, očituje se u nesmjernosti vlasti koju Hobs tako samouvjereno zagovara. U tom pogledu, Lok podsjeća da se legitimitet i autoritet države zasnivaju isključivo na konsensusu onih koji su joj podređeni i „zato narodu uvijek ostaje vrhovno ovlašćenje da ukloni ili zamijeni zakonodavca kada god primijeti da on radi suprotnosti sa povjerenjem koje mu je ukazano“.<sup>63</sup> Iz tog razloga, Lok osuđuje apsolutnu monarhiju ili tačnije, apsolutnu despotsku moć i vladanje bez stabilnih zakona koji garantuju izvjesnost primjene. Uprkos ograničenjima koje on zahtijeva, državna zajednica ostaje za njega, kao što je bila i za Hobsa – „moćni Levijatan“ kojem „ljudi predaju svu prirodnu moć koju su imali prije nego što su

---

<sup>61</sup> Ibid., 57.

<sup>62</sup> Ibid., 141.

<sup>63</sup> Ibid., 149.

mu pristupili“. Međutim, Lok nikada nije uspio da dokaže da njegov moćni Levijatana, kako ga je on zamislio, pruža veće garancije za pravo pojedinca na samoodržanje od Hobsovog Levijatana. Pošto je jedina alternativa čiste anarhije - predaja prirodnih prava na društvo kojem se pristupa, jedina efikasna garancija za prava pojedinca je da društvo bude tako konstruisano da ne tiraniše svoje članove, jer su jedino takvo društvo ili država zakoniti, tj. usklađeni sa zakonom prirode.<sup>64</sup>

### 3. Opšta volja kao etičko opravdanje države

Posmatrano optikom konkretne društvene ocjene, čini se da je Žan Žak Ruso, više od bilo kog drugog, imao udjela u ideološkoj pripremi Francuske revolucije. Poput svojih prethodnika i on polazi od stanja pojedinca koje je istorijski postojalo prije stvaranja socijalnih grupa, ali za razliku od njih, ne u cilju objašnjavanja načina na koji je država formirana, već u cilju iznalaženja najboljeg mogućeg modela za njeno uređenje.

Sa idealističkim prizvukom, on „prirodno stanje“ opisuje kao stanje savršenog mira i jednakosti, u kojem je sama priroda zadovoljavala sve čovjekove potrebe. Ono što je odredilo antihumanistički diskurs, uspostavljanje društva i ono što je uslovalo kraj prirodnog stanja i istinske sreće koja je obitavala u njemu, za Rusoa je bilo uvođenje svojine: „Prvi koji je, pošto je ogradio zemlju, došao na ideju da kaže 'ovo je moje' i koji je našao dovoljno prostih osoba da u to povjeruju, bio je pravi osnivač građanskog društva. Od koliko bi samo zločina, ratova, ubistava, bijede i užasa, poštedio ljudski rod onaj koji bi povadivši kočeve i zatrpavši jarak, doviknuo svojim bližnjima: 'ne slušajte ovog varalicu, jer ćete propasti ako zaboravite da plodovi pripadaju svima i da zemlja nije ničije vlasništvo“.<sup>65</sup>

Pošto je srušena jednakost, nastao je „zastrašujući nered“. Ljudi su postali „gramzivi, ambiciozni i zli“, a „društvo u nastajanju uslovalo je najstrašnije stanje rata“. Onda su bogati, koji su imali da izgube više od ostalih, predložili da se

---

<sup>64</sup> L. Strauss, 173-4.

<sup>65</sup> J. J. Rousseau, Discours sur l'inégalité, Oeuvres complètes, Paris 2002, 123.



stvore „uredbe pravde i mira“ i „svi su pohrlili ka svojim lancima, misleći da tako obezbjeđuju slobodu“. „Takav je bio ili je morao da bude nastanak društva i zakona, koji su stvorili nove okove slabima i novu snagu bogatima, koji su konačno i nepovratno uništili prirodnu slobodu, od svjesne uzurpacije napravili neopozivo pravo i u korist nekolicine ambicioznih ljudi podredili od tada pa nadalje ljudski rod radu, služenju i bijedi“.<sup>66</sup> Budući da je zakon svojine utemeljio nejednakost, gdje je čovjek izgubio svoju autentičnu humanost i pošto se oformilo društveno stanje u kojem se on degenerisao i iskvario, problem je kako dati društvu takvo uređenje da čovjek u njemu povрати svoju „prirodu“, odnosno da nađe onaj oblik države u kojoj građanski zakon ima istu vrijednost kao prirodni zakon?

Ruso nastoji da prevaziđe taj problem posredstvom društvenog ugovora i kao središnju tezu postavlja da je legitimna samo ona država koja se rađa na način što joj pojedinci ustupaju svoja prirodna prava i koja im odmah vraća ista u obliku građanskih prava. Prema njegovom mišljenju, sa pojmom društvenog ugovora tijesno je povezan pojam „opšte volje“, budući da nijedno društvo ne bi moglo da postoji da nema tačke na kojoj bi se svi interesi usaglasili, a tačka susreta posebnih volja (ili interesa) i volje društva je upravo opšta volja. Ono što treba ovdje uočiti, jeste da opšta volja mora da bude jedini izvor zakona: zakon nastaje kao njen izraz i zadržava tu osobinu jer se ne odnosi na pojedinačne interese, nego predstavlja propis „cjelokupnog naroda cjelokupnom narodu“, iz čega proističe da je svaki građanin i podanik i suveren.<sup>67</sup> Budući da opšta volja ne može da griješi, tako ni zakon koji ona izrazi ne može biti nepravedan, jer „niko nije nepravedan prema samom sebi“, samim tim, ne može doći ni do sukoba između prirodnog i pozitivnog prava.<sup>68</sup>

Treba primijetiti da ovakva koncepcija predstavlja očiglednu prevlast političke nad pravničkom logikom. Naime, činom „potpisivanja ugovora“ pojedinci izlaze iz stanja samodovoljne izolovanosti i obrazuju zajednicu. Na taj način je u potpisu pojedinca, inkorporirano cijelo političko tijelo koje se

---

<sup>66</sup> Ibid., 178.

<sup>67</sup> Ž. Ž. Ruso, Društveni ugovor, Beograd 1949, 15.

<sup>68</sup> G. Fasso, 387.



tim potpisom i zasniva, što u daljem znači da zajednica zaključuje ugovor sa samom sobom (budući da u takvom ugovoru pojedinac istupa kao samorefleksivna figura), što je odstupanje od pravničke logike, koja takav ugovor ne priznaje. Drugim riječima, Rusoov ugovor je pravno ništavan jer su ugovorne strane heterodokсне, te samim tim ne proizvodi nikakve pravne posljedice.<sup>69</sup> Ali odstupanje od pravničke logike uslov je mogućnosti političke logike koja vodi do Rusoa.<sup>70</sup>

Evidentno je da se Ruso slaže sa Hobsom u pogledu činjenice da se čovjek mora lišiti nekih prirodnih prava kao cijenu koju je dužan platiti za život u državi. Suština je da prirodno pravo bude zamijenjeno građanskim pravom, tj. da čovjek prihvati moralne zakone kao svoju drugu prirodu<sup>71</sup>. Umjesto prirodnih nagona i prava jačeg koji vladaju u prirodnom stanju, uspostavlja se zakon pravde i građansko pravo kao garant slobodne volje i nepristrasne zakonske primjene. Međutim, ma koliko vlast suverena bila jaka, on tu vlast mora biti utemeljiti na zakonima, svoju snagu na pravu, a poslušnost pojedinca na slobodnoj volji, jer, čini nezaobilaznim aksiom legitimiteta: „najjači nikad nije dovoljno jak da uvijek bude gospodar, ako ne pretvori svoju snagu u pravo, a poslušnost u dužnost.“<sup>72</sup>

#### 4. Pozitivizam – podrška ili prepreka despotizmu?

Sasvim izvjesno, prvi zvaničan spomenik i zamajac razvoja pravnog pozitivizma bila je kodifikacija, koja je na duže vrijeme bacila u zaborav jusnaturalistički element i postavila princip da je dovoljan i nužan razlog valjanosti norme – činjenica da je donosi zakonodavac u čijim rukama je skoncentrisana najveća državna vlast. Naravno, tome je prethodio višefazni proces započet u ubjeđenju da je zakonodavac prosvijećen, da bi naknadno to propisivanje racionalnosti zakonodavcu dovelo i do propisivanja istog

---

<sup>69</sup> S. Goyard-Fabre, *Qu'est-ce que la politique?*, Paris 1992, 101.

<sup>70</sup> I. Milenković, *Opšta volja kao teorijsko-politička fikcija: Ruso i pojam suverenosti*, *Filozofija i društvo*, br. 3, Beograd 2012, 138.

<sup>71</sup> T. Novaković, *Suverenitet kod Hobsa i Rusoa*, dostupno na web adresi: <http://www.filozof.rs/clanci/suverenitet-kod-hobsa-i-rusoa?pismo=latinica>

<sup>72</sup> Ž. Ž. Ruso, 30.

svojstva proizvodu njegove volje, a u krajnjem i do propisivanja apsolutne vrijednosti zakonima.

Stvaran i direktan impuls zakonodavnim reformama proistekao je iz krize opšteg prava. Justinijanov *Corpus iuris* pokazivao je nemoć da se prilagodi društvu koje je imalo toliku vremensku distancu od doba kojem je bilo namijenjeno. Pored toga, na Justinijanovo pravo nadzidali su se tokom vjekova – tj. od kada su glosatori počeli da ga prilagođavaju potrebama svog doba – mišljenja pravnika i presude sudova kojima je pripisan status analogan izvorima prava. Na sve to nadovezali su se kanonsko pravo, rojalistički zakoni, feudalno pravo, „sopstveno pravo“ pojedinih država koje su odavno bile suverene, lokalni običaji, statuti gradova i korporacija iz kojih su proisticale privilegije i autonomije, koje su ga samo još više komplikovale. Nejasnoće i neizvjesnost su bile veoma izražene, a samim tim i mogućnost proizvoljnog tumačenja pravnih smicalica i protivrječnosti. U tom svojevrsnom mozaiku razuđenih pravnih sistema, racionalizacija prava odvijala se na dva paralelna kolosjeka – konverzije prirodnog prava u pozitivno i konverzije pozitivnog u apsolutno pravo.

Zahtjev za izvjesnošću prava koji je na kontinentu uspostavljen, prije svega, iz želje da se postave precizne granice volji apsolutističkih kraljeva i sudija zavisnih od njih, nije bio tako istaknut u Engleskoj. Tamo je baš pravo, koje su stvorile sudije, *common law*, bilo prepreka kraljevskom despotizmu i više je bilo sklonosti da se pravo u formi zakona vidi kao instrument moći vladalaca. U Francuskoj se problem ujednačavanja i utvrđivanja prava javio još ozbiljnije i hitnije nego u ostalom dijelu Evrope, usljed okolnosti da su u zemlji, već vjekovima vladala dva polarizovano različita pravna sistema. Dok je u južnom dijelu važilo „pisano pravo“, tj. justinijanovo pravo, neznatno izmijenjeno pod uticajem običajnih i lokalnih statutarnih normi, u sjevernom dijelu je vladalo tzv. *droit coutumier*, sačinjeno od običaja još iz franačke epohe i koje je, kao i svekoliko pravo germanskog porijekla, bilo zasnovano na principima koji su potpuno različiti od principa rimskog prava.<sup>73</sup> U toj sveopštoj raštimovanosti pravnog poretka, sve konkretnije se isticao vapaj za univerzalnošću, nedvosmislenošću i izvjesnošću koji će

---

<sup>73</sup> G. Fasso, 425.

obezbijediti nasušnu pravnu sigurnost. Napoleon je taj vapaj pravovremeno oslušnuo i započeo novi „osvajački pohod“ – reformu pravnog sistema u skladu sa idejama Francuske revolucije. Indoktriniran lekcijama svojih prethodnika i savjetima svojih diplomata („da se sa bajonetima sve može učiniti, ali se na njima ne može dugo sjedjeti“<sup>74</sup>), bio je svjestan činjenice da državni monopol sile nije dovoljan za vladanje, već da je istom potreban i vjerodostojan legitimitet mjerljiv kvalitetnom legislativom. O tome svjedoči i njegova čuvena izjava: „Moja prava slava nije u tome što sam pobijedio u 40 bitaka...Vaterlo će izbrisati sjećanje na sve moje pobjede. Ali ono što niko neće uništiti i što će vječno trajati je moj građanski kodeks!“

Značaj *Code Civile*-a najvjerodostojnije očituje domet njegove recepcije. Imamo li na umu činjenicu da su se zemlje koje su prihvatile francusko kodifikovano pravo uveliko razlikovale, možemo zaključiti kako je način formulisanja pravnih normi sa jasno izraženim pravnim mislima francuskog *Code Civile*-a pokazao izuzetno veliku moć prilagođavanja različitim pravnim sistemima.<sup>75</sup> Čin kodifikacije pred pravnike je postavio organski korpus normi sistematizovanih logičkim redom, što je činilo izlišnim svaku dalju elaboraciju i sistematizaciju pravnih pojmova. Tome treba dodati i ideološki motiv koji se sastojao u tome da je kodeks sačinjen u skladu sa dva ideološka mita – mitom o izvjesnosti prava i mitom o podjeli vlasti. Ipak, kao što je prethodno sugerisano, najveću ulogu imao je politički pritisak države, koja je u svođenju cjelokupnog prava na zakon vidjela instrument za jačanje sopstvenog autoriteta.

U „centralnim školama“ prava ukinuta su sva predavanja o prirodnom pravu, pa čak i o teoriji prava, kako bi se osujetila svaka potencijalna mogućnost za kritiku važećeg poretka u carstvu. Težilo se isključivo proučavanju Napoleonovog kodeksa, a sva stremljenja ka filozofiji gušena su kao opasnost za autoritet države.

Kao sinteza duha pravne doktrine tog doba obično se navodi tvrdnja jednog onovremenog profesora prava, izrečena

---

<sup>74</sup> Charles Maurice de Talleyrand-Périgord

<sup>75</sup> S. Šarkić, D. Popović, Veliki pravni sistemi i kodifikacije, Beograd 1996, 129.

na predavanju: „ja ne poznajem građansko pravo, ja predajem Napoleonov kodeks.“<sup>76</sup>

## 5. Tri momenta juspozitivizma

Već smo zaključili da se pravni pozitivizam razvijao kao demant i opozicija jusnaturalističkoj koncepciji i njenom stanovištu o pravu kao derivatu prirode, tj. morala. Stoga se on često definiše kao „uvjerenje da je pravo sastavljeno isključivo od normi koje pripadaju nekom konkretnom državnom poretku.“<sup>77</sup> Od samog nastanka, pozitivizam se „legitimisao prvenstveno svojim antispekulativnim i iskustvenim karakterom, složan u odbacivanju tradicionalnih vrijednosti prirodnog prava i isključivanju vrijednosti iz pojma prava“<sup>78</sup>. Uprkos tim zajedničkim karakteristikama, za njegove manifestacije se ne može reći da su linearne i monolitne, budući da se radi o jednoj istaknuto višeznačnoj koncepciji, budući da je svaka kritika prirodnog prava rađala njegovu novu formu.

Istorijski, moguće je etiketirati tri osnovna oblika njegovog pojavljivanja: u vidu jedne *ideologije*, kao *opšta teorija prava* i kao *način shvatanja pravne nauke* u širem smislu. U njegovom prvom vidu, tj. kao *ideologija*, pravni pozitivizam se u poslednjoj analizi svodi na tvrdnju da se važeći zakoni moraju poštovati, bezuslovno i nezavisno od njihovog sadržaja, što opet implicira postojanje jedne moralne obaveze poslušnosti važećih zakona. Ovakav stav nazvan je *pravnim formalizmom* i sintetički se definiše kao koncepcija koja svodi pravednost na važenje, budući da zakone smatra pravednim zbog same činjenice da su važeći.<sup>79</sup> Ta koncepcija se može shvatiti i kao odgovor na skeptički zaključak, do kojeg dolazi jusnaturalistička kritika od strane historicizma i relativizma. Naime, ako ne postoji jedan objektivni moralni zakon, koji je dostupan čovjekovom prirodnom razumu, može izgledati da je jedini lijek protiv konfuzije moralnih sudova, te protiv posljedičnog nasilja i anarhije u potčinjavanju artificijelnom

---

<sup>76</sup> G. Fasso, 432.

<sup>77</sup> D. Vrban, *Država i pravo*, Zagreb 2003, 539.

<sup>78</sup> G. Vukadinović, R. Stepanov, *Modernost prava*, Petrovaradin 2003, 47.

<sup>79</sup> N. Bobbio, *Natural Law and Legal Positivism; Positivism, Conceptual Jurisprudence and Attribution of Responsibility*, no 26, 2015.

razumu suverena ili istorijskom razumu čiji je konkretan izraz opšta volja.

Kao *opšta teorija prava*, pravni pozitivizam je podsticao jedan poseban pravac pravne misli za koji je svojstveno da svodi pravo na tvorevinu zakonodavca: iz čega je poteklo uobičajno propisivanje prava onih obilježja koja su svojstvena zakonodavstvu modernih država (opštost, imperativnost, prinudnost, pretpostavljena potpunost). Ta misao pomjera diskurs sa materijalnog ka jednom čisto instrumentalnom shvatanju prava, tj. ka shvatanju da ono što karakteriše pravo nije regulisana materija, nego skup procedura kojim se bilo koji oblik ljudskog ponašanja može regulisati i sankcionisati u slučaju prekršaja.

U svojoj trećoj formi, pravni pozitivizam je jedan od *metoda naučnog pristupa pravu* kao istorijske činjenice, ne ulazeću u njegovu etičku legitimaciju, sa ciljem proučavanja prava kakvo ono jeste, a ne kakvo bi ono trebalo biti. U osnovi tog shvatanja pravne nauke stoji naglašavanje distinkcije između važenja i vrijednosti prava, normi koje mogu biti važeće, a da ne budu pravedne i normi koje mogu biti pravedne, ali ne i važeće (pa samim tim nisu ni predmet njenog proučavanja).<sup>80</sup> U ovom triplicitetu manifestacija juspozitivizma, pravni formalizam nesumnjivo ostvaruje najdalekosežniji uticaj. Njegova ključna karakteristika ogleda se u činjenici da priznaje karakter samo normama koje je postavila suverena vlast, kao ustanova kojoj je data ekskluzivna moć da kreira pravo. Zahtjevi koje on postavlja u suštini se mogu svesti na formalnu logiku koja svjesno zanemaruje svaki empirijski sadržaj, a možda i čuveno upozorenje – „logika je poput mača - oni koji joj se obraćaju, stradaće od nje“<sup>81</sup>.

Mora se priznati da juspozitivistička koncepcija prava odaje utisak efikasnog instrumenta za održavanje reda u društvu. Djeluje kao da nema ništa loše u pomisli: „da samo pravo koje realno funkcioniše kao pravo (pozitivno pravo) utvrđuje temelj poretka među ljudima, dok pretpostavljeno prirodno ili bilo koje drugo nepozitivno pravo nosi sa sobom

---

<sup>80</sup> N. Bobbio, *Natural Law and Legal Positivism; Positivism, Conceptual Jurisprudence and Attribution of Responsibility*, no 26, 2015.

<sup>81</sup> S. Battler II.

raspad svakog pravnog poretka ili anarhiju<sup>82</sup>, ali sa druge strane, ne smije se zaboraviti da je i Hobsov Levijatan obezbjeđivao jedan stabilan poredak, ali po visokoj cijeni – potpune restrikcije individualnih sloboda.

### **Zaključna razmatranja - pravo između nasilja i saglasja**

Polazeći od prostorne i vremenske limitiranosti pozitivnog prava (kao onog koje je postavljeno voljom ili samovoljom jednih u odnosu na druge), dolazi do izražaja sva njegova nesavršenost, relativnost i nedovršenost, kao instrumenta ostvarivanja pravde. Uzrok za to nalazimo, između ostalog, u činjenici da pravni poredak predstavlja jednu zatvorenu cjelinu koja, da bi obezbijedila sigurnost pravnog saobraćaja, zahtijeva i nameće jedan logički kontinuitet pri svojoj primjeni. Evolucija je, međutim, jedan kontinuiran i eksplozivan proces koji da bi obuhvatio i zadovoljio nove društvene pojave i mjerila vrijednosti, traži i nameće logički diskontinuitet između postojeće norme i poimanja pravde. Usljed toga, tj. zbog statičnosti pravnog poretka i dinamičnosti društvene evolucije, pravo ne uspijeva da blagovremeno i adekvatno prati evoluciju materijalne pravde<sup>83</sup>, koja je, budući da zavisi od ljudskih mjerila, bitno varijabilna. Na taj način, ponekad, isuviše apstraktna i rigidna “igra” pravne (nomo)tehnike može dovesti do nepravičnih rješenja pretvarajući određene životne odnose u tzv. tvrde slučajeve, zato se stalno mora držati pod nadzorom kako nas ne bi odvela u pustinju antiprava, jer kako kaže Ciceron: „sve postaje neizvjesno kada se udaljimo od prava“ (*omnia sunt incerta, cum a iure discesseris*).

Na taj način, odnos između jusnaturalizma i juspozitivizma možemo posmatrati sa različitih tačaka njihovih izvora, dejstva i praktične primjene. Tako, pozitivno pravo je heteronomno i zavisno od mnogih činilaca društvenog života, posebno od organizovanja ljudske volje izražene zakonima državne prinude. Ono je promjenljivo, nestalno, nazavršeno i nesavršeno, što za sobom povlači stalnu potrebu njegovog

---

<sup>82</sup> C. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Ljpcig 1892, 402.

<sup>83</sup> B. Marković, 31-90.

prilagođavanja zahtjevima društvenog fakta u vidu vječitih izmjena i dopuna, bilo da je riječ o njegovom evolutivnom ili revolucionarnom preobražaju. Sa druge strane, prirodno pravo je savršeno, idejno i idealno, pravedno po sebi, autonomno u svojoj nezavisnosti od spoljnih faktora i kao takvo, samo sebi suveren u svojoj apsolutnoj datosti. Na svaku nesavršenost pozitivnog prava odgovara se savršenošću prirodnog prava, koje na taj način djeluje kao uzor, kriterijum i meta poređenja za ocjenu pozitivnog prava u smislu njegovih dobrih ili rđavih rješenja.<sup>84</sup>

Zato odgonetanje nezastarive jurističke algebre međusobnog odnosa jusnaturalizma i juspozitivizma ne treba tražiti u preimućstvu jednog nad drugim, već u prikladnoj kompoziciji njihovog međusobnog odnosa koja omogućava pravu istovremeno legitimnost u izvoru i legalnost u primjeni. Jedino u takvoj konstelaciji njihovog odnosa, pravo postaje sve manje nasilje, a sve više saglasje<sup>85</sup>, a zakon istinski zaklon od nepravde.

### **Rezime**

Centralna tema rada je odnos prirodnog i pozitivnog prava, kao jedan višedimenzionalan i heterogen odnos koji se može posmatrati sa različitih aspekata njihovih izvora, efekata i praktične primjene. Prirodno pravo kreira priroda, te je ono savršeno, univerzalno, opšte, vječno, apsolutno pravedno i autonomno, jer ne postoji nijedan autoritet kojem je podređeno.

Sa druge strane, pozitivno pravo kreira društvo, pa je i ono, poput bilo koje druge društvene konvencije, nesavršeno, nezavršeno, varijabilno, relativno (ne)pravedno i zavisno od mnogih faktora. U tom kontekstu, kao viševjekovna tačka razilaženja pravničkog svijeta, postavilo se pitanje da li ovako zaoštren dualitet mora nužno rezultirati prevagom jednog uz odbacivanje drugog ili je ipak moguć njihov suživot u vidu harmonične saradnje?

---

<sup>84</sup> S. Perović, Prirodno pravo i odgovornost, Pravni život, br. 9, 2011, 14-16.

<sup>85</sup> S. Perović, LXII.

### **Summary**

The central topic of the work is a relation between natural and positive law, as a multidimensional and heterogeneous relation, which can be observed from different aspects of their sources, effects and practical use. Natural law is created by nature, therefore it is perfect, universal, general, eternal, absolutely just and autonomous, because it is not subordinate to any form of authority.

On the other hand, positive law is created by society, so it is also, like any other social convention, imperfect, unfinished, variable, relatively (un)just and dependant on many factors. In that context, as a multi-centurial point of dissent in the law world, a question is raised on whether this tightened duality must result in overbalance of one and rejection of the other, or is their coexistence possible in a form of a harmonic cooperation?



**Sreten JAKIĆ<sup>1</sup>**

## **MEHANIZMI OBEZBJEĐENJA POTRAŽIVANJA PO OSNOVU OBAVEZE IZDRŽAVANJA DJETETA**

Izdržavanje iz društveno-pravne dimenzije se posmatra kao svakodnevno i kontinuirano zadovoljenje višestrukih potreba u cilju adekvatnog funkcionisanja i pravilnog psihofizičkog razvoja. Iako zakonsko izdržavanje predstavlja obligacionopravni odnos među članovima porodice, odnosno pravo i obavezu da članovi porodice, krvni i drugi srodnici izdržavaju jedni druge kada se nađu u stanju socijalne potrebe i nemogućnosti da sami obezbijede sredstva za zadovoljenje osnovnih životnih potreba, izdržavanje djece od strane roditelja predstavlja posebno važan i specifičan tip zakonskog izdržavanja, koje proizilazi ne samo iz pravne obaveze zajedničkog vršenja roditeljskog prava, nego ljudske i moralne obaveze jer djeca zbog svog psihičkog, fizičkog i emocionalnog statusa i stepena razvoja nisu u stanju da sama brinu o sebi, te prema tome roditelji su ti koji zajednički vrše obavezu zakonskog izdržavanja.

Međutim porast je roditelja koji ne vrše obavezu zakonske alimentacije djeteta, te prema tome posledica je teškoće u naplati potraživanja (najčešće određenu u novčanom iznosu) od strane dužnika uprkos donesenoj pravosnažnoj odluci. Teškoće se manifestuju i u dužini trajanja postupaka, gdje je taj period poprilično dug i pored proklamovanog načela hitnosti postupka. I nakon okončanog prinudnog izvršnog postupka, izvršnost odluke o davanju izdržavanja od strane izvršnog dužnika uljed postojećih mehanizama izvršnosti nije realizovana. Time, jasno je da su djeca ta koja trpe, jer svaki novi neizvjesni dan i odugovlačenje namirenja potraživanja djetetu, može uticati destruktivno po mentalno zdravlje, kasniji psihički razvoj djeteta kao i na materijalnu stabilnost.

---

<sup>1</sup> Student Magistarskih studija Socijalne politike i socijalnog rada, Univerziteta u Beogradu i demonstrator u nastavi na Fakultetu političkih nauka, Univerziteta Crne Gore.

## **Određivanje načina i visine novčanog iznosa za alimentaciju**

Način na koji će se obezbjeđivati društvene potrebe (potreba za sigurnošću, obrazovne i kulturne potrebe) i materijalne potrebe (hrana, odjeća, obuća, sportsko-rekreativne, itd) djeteta iz obaveze dužničko povjerilačkog odnosa po osnovu zakonskog izdržavanja različito je određeno i postoji više oblika putem kojih se realizuje. Povjeriocu se mogu davati određeni novčani iznosi, mogu mu se potrebe podmirivati in natura, može mu se ustupiti nepokretnost (zemljište, kuća, vinograd) na uživanje, a mogu se kombinovati dva ili više načina izdržavanja<sup>2</sup>. U našem Porodičnom zakoniku<sup>3</sup>, je propisano da se izdržavanje po pravilu, određuje u novcu. Izdržavanje se može odrediti i na drugi način, ako se davalac izdržavanja i izdržavano lice o tome sporazumiju.<sup>4</sup> Opravdanost izdržavanja u novcu proizilazi iz više aspekata, kao što većina potreba se u savremenom društvu zadovoljava kupovinom određenih stvari koje na posredan ili neposredan način omogućavaju zadovoljavanje potreba djeteta. Međutim mogućnost određivanja drugog načina izdržavanja nije isključena, posebno kada roditelj koji je dužnik zakonskog izdržavanja prema djetetu nema dovoljn finansijskih resursa iz kojih bi se mogla relizovati obaveza naplate alimentacije

Pošto je sud ovlašćen da u svakom konkretnom slučaju odredi onaj način davanja izdržavanja koji u najvećoj mjeri odgovara interesima djeteta moguće je zamisliti situaciju kada će sud odrediti naturalno ili nekodruogo izdržavanje jer to odgovara interesima maloljetnog djeteta.<sup>5</sup>

Dužnik izdržavanja svoju obavezu može izvršavati in natura. To će najčešće biti slučaj kada i povjerilac i dužnik izdržavanja žive u zajedničkom domaćinstvu. Davanje izdržavanja in natura, načešće se vrši davanjem sredstava za život (npr. hrane, odjeće, obuće te prenošenjem na povjerioca prava svojine na nekoj nepokretnoj ili pokretnoj stvari od čijih

---

<sup>2</sup> Korać, Radoje, Porodično pravo, Pravni fakultet, Podgorica, 2011, str. 434.

<sup>3</sup> Porodični zakonik, "Službeni list Crne Gore", broj: 1/2007, u nastavku teksta : PZ.

<sup>4</sup> Član 279. PZ.

<sup>5</sup> Cvejić, Jančić, O. Op.cit., str. 93.

prihoda povjerilac može da podmiri izdržavanje).<sup>6</sup> U sudskoj praksi česte su odluke u kojima sud obavezuje davaoca izdržavanja da obavezu izvrši u nature. Okolnost da je jedan roditelj nezaposlen i bez sopstvene imovine ili je lišen roditeljskog prava<sup>7</sup> ne oslobađa ga obaveze da doprinosi izdržavanju maloljetne djece. Kad takav roditelj živi u domaćinstvu koje se bavi organizovanom poljoprivredom, njemu je pružena mogućnost da radom u poljoprivrednoj proizvodnji obezbjedi sredstva za sopstvenu egzistenciju, tako i za dio potreba nužnih za izdržavanje maloljetne djece.<sup>8</sup>

Osnovno principijelno polazište u većini nacionalnih zakonodavstava Evrope jeste da se prilikom utvrđivanja visine novčanog iznosa izdržavanja u obzir uzimaju : mogućnosti davaoca (roditelja) i potrebe primaoca (djeteta). Ovo polazište slijedi i naš PZ gdje se propisuje obaveza članova porodice koji su dužni da daju izdržavanje utvrđuje se srazmjerno njihovim mogućnostima, a u granicama potreba tražioca izdržavanja.<sup>9</sup> Tim povodom utvrđivanje potrebe djeteta se vrše prema njegovom uzrastu, obrazovanju , zdravstvenom i imovinskom stanju i ostalim dodatnim okolnostima koje utiču na donošenje odluke o visini novčanog iznosa alimentacije.<sup>10</sup> Prilikom ocjenjivanja mogućnosti lica koje je dužno da daje izdržavanje sud će uzeti u obzir sva njegova primanja i stvarne mogućnosti da stiče zaradu, kao i njegove sopstvene potrebe i zakonske obaveze izdržavanja.<sup>11</sup> Ako lice koje je dužno da daje izdržavanje ostvaruje redovna mjesečna novčana primanja, sud će, na zahtjev izdržavanog lica, odrediti buduće iznose izdržavanja u procentu od zarade, penzije ili drugog stalnog novčanog primanja. Ako se visina izdržavanja određuje u procentu od redovnih mjesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja (zarada, naknada zarade, penzija, autorski honorar itd.), visina izdržavanja, po pravilu, ne može biti manja od 15%

---

<sup>6</sup> O tome detaljno vidjeti: Prokop, A. op.cit., str.208.

<sup>7</sup> član 256. PZ, propisuje da roditelj koji je lišen roditeljskog prava ne oslobađa se dužnosti da izdržava svoju djecu.

<sup>8</sup> Odluka VSS Gž . 732/84 . Zbirka ,1973-1986 . cit . po . Babić . I. op . cit . , str . 381.

<sup>9</sup> Vidi čl. 272. PZ.

<sup>10</sup> ČL. 273., st.1 i st.2, PZ.

<sup>11</sup> Vidi čl. 273., st.1, PZ.

niti veća od 50% redovnih mjesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja.<sup>12</sup>

Zakonopisac se opredijelio za procentualno određenje minimalnog i maksimalnog iznosa visine izdržavanja zbog činjenice da usljed promijenjenih tržišnih i ekonomskih okolnosti cijene nemaju konstantan nivo i ne primaju svi roditelji istu zaradu te u skladu sa načelom i pravnom odredbom da visina izdržavanja treba da omogući najmanje takav nivo životnog standarda za dijete kakav uživa roditelj dužnika izdržavanja, model procentualnog određenja visine iznosa zakonske alimentacije je jedino opravdano rješenje. Sa druge strane omogućava se zaštita djeteta kako bi dobilo po osnovu zakonske alimentacije određenu sumu novca od strane roditelja i time zadovoljilo osnovne materijalne i društvene potrebe. Ovom normom štiti se i roditelj koji je u obligacionopravnom odnosu u ulozi dužnika, kako bi shodno visini primanja koju redovno ostvaruje mogao adekvatno zadovoljiti i svoje potrebe. Ukupni iznos sredstava potrebnih za izdržavanje ne može biti manji od iznosa stalne novčane pomoći koja se po propisima o socijalnoj zaštiti daje licu bez ikakvog prihoda u opštini u kojoj izdržavano lice ima prebivalište.<sup>13</sup>

### **Alimentacione parnice i prinudni izvršni postupak**

Postupak u parnicama za izdržavanje ima karakter posebnog sudskog postupka u porodičnopravnim stvarima i regulisan je odredbama čl.316-371 PZ. Pored pravila PZ, supsidijarno se primjenjuju pravila Zakona o parničnom postupku<sup>14</sup> kojim je regulisana nadležnost sudova, odnosno opšta parnična procedura.

Građansko-pravno parnični postupak u kome se odlučuje o ostvrivanju prava na izdržavanje djeteta se u praksi nazivaju alimentacionim parnicama. U alimentacionim parnicama ne odlučuje se samo o pravu na izdržavanje, već se

---

<sup>12</sup> Vidi čl. 281, st. 1,2 i 3, PZ.

<sup>13</sup> čl. 272. St.2, PZ. Takođe važno je napomenuti da iznos stalne novčane pomoći, shodno čl. 22 Zakona o socijalnoj i dječijoj zaštiti („Sl. list Crne Gore“, br. 27/2013) iznosi 63,50 EUR.

<sup>14</sup> Zakon o parničnom postupku, „Službeni list Crne Gore“, br. 22/2004, 28/2005 - odluka US i 76/2006 i "Sl. list CG", br. 47/2015 - dr. zakon i 48/2015), u nastavku teksta: ZPP

parnice koje se vode po osnovu izmjene odluke o izdržavanju, bilo da se radi o izmjeni visine novčanog iznosa izdržavanja, bilo da se odnose na ukidanje ili produženje prava na izdržavanje.

Parnični postupak u kome se odlučuje o pravu na izdržavanje djeteta može se voditi kao samostalni postupak i kao pridruženi ili adhezioni postupak. Samostalni postupak u parnicama za izdržavanje vodi se kao jedini kada je njegov bazični predmet zahtjev za izdržavanje. Zahtjev za izdržavanje se ovdje odnosi na izmjenu odluke o dosuđenoj visini izdržavanja. U sudskoj praksi postupak za izdržavanje djece najčešće se vodi kao adhezioni postupak i to pridružen postupku u bračnim sporovima, sporovima očinstvu i materinstvu i parnicama zaštiti prava djeteta. Ovaj postupak ima karakter hitnog postupka i svi postupci u porodično pravnim stvarima zatvoreni su za javnost. Tako prilikom utvrđivanja sporazuma bračnih drugova o podjeli zajedničke imovine<sup>15</sup> utvrđuje se i sporazum o vršenju roditeljskog prava, odnosno kome će dijete biti povjereno na čuvanje i izdržavanje i visina iznosa zakonske alimentacije. I sporazum o podjeli zajedničke imovine i sporazum bračnih drugova o vršenju roditeljskog prava unosi se u izreku presude o razvodu braka, ako sud procijeni da je taj sporazum u najboljem interesu djeteta.<sup>16</sup> Ako predlagači imaju zajedničku djecu, sud može ispitivati činjenice i sprovoditi dokazni postupak o dijelu predloga bračnih drugova koji se odnosi na vršenje roditeljskog prava, ako dođe do uvjerenja da sporazum roditelja o ovim pitanjima ne pruža dovoljno garancije, da će interesi njihove maloljetne ili nesposobne djece biti ovim sporazumom u dovoljnoj mjeri zaštićeni.<sup>17</sup>

Nerijetko se dešava da i nakon donešene pravosnažne odluke, roditelj koji je dužan da obezbjeđuje redovno izdržavanje to ne čini. Nažalost, sudska praksa je puna slučajeva u kojima se dosuđena izdržavanja ne realizuju i ne ostvaruju. Kada prođe zakonski(dobrovoljni) rok nakon pravosnažne odluke u kome je roditelj dužan da da utvrđenu visinu zakonske alimentacije nastupa izvršnost odluke.

---

<sup>15</sup> Vidi čl. 333., PZ.

<sup>16</sup> Vidi čl. 340., PZ.

<sup>17</sup> Član 342. PZ.

Prinudno izvršenje pravosnažnih odluka<sup>18</sup> o izdržavanju djece uređeno je po normama Zakona o izvršenju i obezbjeđenju.<sup>19</sup> U cilju efikasnog, brzog i pravovremenog obezbjeđenja izvršenja pravosnažnih odluka, ZIO je pripisao da će izvršenje odluka sprovoditi javni izvršitelj te time aktivno doprinese ne samo kraćem postupku izvršenja nego i rasterećivanje sudova, te time u mnogome bude implementirano načelo hitnosti u izvršenju odluka po osnovu zakonskog izdržavanja djece. Izvršna je i ona sudska odluka za koje je zaključeno sudsko poravnanje i ako je ona dospjela.<sup>20</sup>

Postupak se pokreće predlogom za izvršenje alimentacije a pokrenuti ga mogu povjerioci i organ starateljstva.<sup>21</sup> Postupak se realizuje kroz dvije faze, prvu fazu određivanja izvršenja, a druga sprovođenje izvršenja. Ukoliko se utvrdi da su ispunjene pretpostavke da se donese rješenje o izvršenju, faza određivanja izvršenja je realizovana. U fazi određivanja izvršenja procjenjuje se da li su ispunjene pretpostavke da se donese rješenje o izvršenju. Uspješno okončana faza određivanja izvršenja rezultiraće rješenjem suda, odnosno izvršitelja o izvršenju. Međutim, istraživanja su pokazala da su vrlo učestali slučajevi neizvršavanja obaveze izdržavanja djece

---

<sup>18</sup> Sudska odluka je izvršna ako je postala pravosnažna i ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze izvršnog dužnika (čl. 20 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju).

<sup>19</sup> Zakon o izvršenju i obezbjeđenju, "Službeni list Crne Gore" br. 36/2011, 28/2014 i 20/2015, u nastavku teksta: ZIO.

<sup>20</sup> Vidi čl. 18., ZIO.

<sup>21</sup> Važno je napomenuti ulogu organa starateljstva kroz sve postupke u pogledu ostvarivanja i realizacije prava na izdržavanje djeteta. Uloga i značaj organa starateljstva je višestruka i od neprocjenjive važnosti za zaštitu prava djeteta i praćenja realizacije obezbjeđivanja potraživanja po osnovu zakonske alimentacije. Ona se ogleda kroz u njegovoj centralnoj ulozi organa koji obezbjeđuje porodično-pravnu zaštitu i socijalnu i dječju zaštitu djece. Poslove organa starateljstva povjerena je centrima za socijalni rad prema Uloga organa starateljstva je višedimenzionalna i manifestuje se kroz aktivnu saradnju i kooperaciju sa sudovima, aktivnog posrednika u bračnim sporovima, sa akcentom da posreduje i utiče na sporazumno donošenje odluke o visini izdržavanja djeteta, a najvažnija uloga jeste što u svrhu zaštite prava na izdržavanje djeteta, kao aktivno legitimisana stranka može pokretati alimentacione postupke i podnositi druge tužbe koje se implicitno ili eksplicitno odnose na zaštitu prava djeteta.

te samim tim da je ovaj postupak izuzetno neefikasan, iako je zaštićen načelom hitnosti. Kako su istraživanja na temu sprovođenja postupaka parnica za izdržavanje vrlo oskudne a podaci koji su se skupili govore o vrlo sporim postupcima, sa posebnim akcentom na izvršni postupak, što neposredno ugrožava pložaj djece, jer se time nalaze u konstantnom stanju socijalne i materijalne potrebe, što dovodi do dugotrajnog osjećaja nesigurnosti i time se može negativno odraziti na mentalno zdravlje i psihički razvoj djeteta. Kao dominantni razlozi za nesprovođenje rješenja o izvršenju mogu se izdvojiti: postupak izvršenja je prekinut do okončanja krivičnog postupka; predlog za izvršenje smatra se povučenim jer izvršni povjerilac nije primio rješenje o izvršenju, a na koverti piše da „nije u gradu“; izvršni dužnik je podnio žalbu na rješenje o izvršenju (prestao mu je radni odnos) i nemoguće je izvršiti obustavu zarade; ukinuto je rješenje o izvršenju sa obrazloženjem da je potrebno u parnici izmijeniti odluku i odrediti obavezu dužnika da plaća izdržavanje na drugi način; izvršenje nije sprovedeno od 2006. godine, poziv i upozorenje dužniku nisu uručeni jer se dužnik odselio, nepoznata je adresa dužnika, podnijeta je tužba za izmjenu odluke o izdržavanju djece i prigovor na rješenje o izvršenju, dužnik nije primio rješenje jer je u inostranstvu itd.<sup>22</sup>

### **Pozitivno pravni mehanizmi zaštite izdržavanja djeteta**

Neophodnost obezbjeđivanja izdržavanja djetetu, kreirali su potrebu da se pravno zaštiti pravo na izdržavanje. Zaštita obezbjeđenja izdržavanja sprovodi se kroz prinudne mjere realizacije izdržavanja građanskopravnog i krivičnogpravnog karaktera. Građanskopravna mjera zaštite alimentacije je prvenstvo naplate potraživanja po osnovu izdržavanja djece i ne trpi odlaganje, što znači da ima prednost u odnosu na ostala potraživanja. Kako potraživanje koje se ostvaruje iz obaveze zakonskog izdržavanja je u svrsi zadovoljenja osnovnih društvenih i materijalnih potreba djeteta time je i pravno

---

<sup>22</sup> Petrušić, N., Konstantinović Vilić, S., Ostvarivanje prava na izdržavanje – (ne)moć države, Zbornik radova „Vladavina prava i pravna država u regionu“, Istočno Sarajevo 2014, str.415.



inkorporisana mjera prvenstva naplate potraživanja iz zakonske alimentacije u odnosu na sve ostale povjerioce potraživanja koje je dužnik u obavezi da namiri. Pored građanskopravnih nalaze se i krivičnopravne mjere zaštite potraživanja i to inkriminišući djelo nedavanja izdržavanja kao krivično djelo.

Prema, tome zaštita izdržavanja u ovom drugom, širem, smislu počinje propisivanjem pretpostavki za nastanak obaveze i obuhvata sve mjere i postupke usmjerene na ostvarivanje izdržavanja, kao i specifične osobine zakonske alimentacije koje proizilaze iz njenog ličnog karaktera (neprenosivnost, nenasljedivost, nemogućnost kompenzacije, nezastarivost).<sup>23</sup>

**Prvenstvo naplate potraživanja po osnovu izdržavanja djeteta** - Namirenje zakonskog izdržavanja, u postupku prinudne realizacije prava, ima prednost u odnosu na ostala obligacionopravna potraživanja. Pravo na zakonsko izdržavanje ostvaruje se po kriterijumu realnog prioriteta, tj. namiruje se prvenstveno, nezavisno od toga kada je stečeno pravo na namirenje.<sup>24</sup> Zaštita izdržavanja ne ogleda se samo u prvenstvu naplate već i u privilegovanom namirenju kad su u pitanju neka povremena primanja dužnika alimentacije. Tako potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja, za razliku od većine drugih potraživanja, mogu se izvršiti i na primanju po osnovu invlaidnine, ortopedskog dodatka i invalidskog dodatka, i to do iznosa od jedne polovine tog primanja.<sup>25</sup>

Kako bi bila obezbijeđena zaštita prava na izdržavanje u tu svrhu su i pravila o izuzimanju od izvršenja. Prema zakonskoj odredbi, na primanjima po osnovu zakonskog izdržavanja, zbog njihove prirode i namjene, apsolutno nemoguće izvršenje. Isto tako predmet izvršenja ne mogu biti poljoprivredno zemljište (površine do 10 ari) i druga oruđa za rad zemljoradnika u obimu neophodnom za njegovo izdržavanje i izdržavanje članova njegove porodice.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Stanković, V., op.cit., str. 216.

<sup>24</sup> Korać, Radoje, Porodično pravo, Pravni fakultet, Podgorica, 2011, str. 447.

<sup>25</sup> Vidi: član 96, ZIO.

<sup>26</sup> Vidi: član 74, ZIO.



U praksi se pokazalo da set građanskopravnih mjera ne obezbjeđuje izvršavanje zakonske obaveze izdržavanja djeteta, te je većina savremenih krivičnih zakonodavstava predvidio krivično djelo u slučaju neizvršavanja obaveze zakonske alimentacije. Razlog tome treba tražiti u nedovoljnoj, nepotpunoj efikasnosti smao prvih mjera , kao i u potrebi bolje, naglašene zaštite korisnika izdržavanja koji po pravilu egzistencijalno zavise od urednog primanja alimentavije. Ako je evidentno da je i pored građanskopravne zaštite, veliki broj dužnika ne izvršava redovno svoju obavezu i time ugrožava zdravlje i život korisnika izdržavanja, onda i krivičnopravna penalizacija povrede ove porodične dužnosti ima puno opravdanje.<sup>27</sup>

**Krivičnopravna zaštita prava na izdržavanje** u našem pravu utvrđena je prvi put Krivičnim zakonikom iz 1951. Godine kada je predviđanjem krivičnog djela neplaćanja alimentacije (čl.197), ovaj Zakonik penalizovao neizvršavanje ove zakonske obaveze. Inkriminaciju ove vrste nalazimo i u Krivičnom zakonu Crne Gore iz 1977. Godine, kao i važećem Krivičnom zakonku, s tim što je sada nešto drugačije obilježje ovog krivičnog djela.<sup>28</sup>

Radnja nedavanja izdržavanja je Krivičnim zakonikom Crne Gore<sup>29</sup> predviđena kao jedno od krivičnih djela protiv braka i porodice, odnosno krivično djelo nedavanja izdržavanja. Radnja krivičnog djela nedavanja izdržavanja se sastoji od nedavanja izdržavanja ili da se izdržavanje ne plaća u onom iznoisu koji je određen saudskom odlukom ili propuštanje da se licu prema kome postoji obaveza izdržavanja utvrđena sudskom odlukom ili izvršnim poravnanjem ono daje. Iako ne izričito, KZ prepoznaje i kvalifikovani oblik krivičnog djela nedavanja izdržavanja,koje postoji kada su nastupile teške posljedice po izdržavano lice. Manifestacija kvalifikovanog oblika se reprezentuje kroz krivičnu sankciju kazne zatvora od šest mjeseci do pet godina. Iako KZ

---

<sup>27</sup> Korać, Radoje, Porodično pravo, Pravni fakultet, Podgorica, 2011, str. 448.

<sup>28</sup> Korać, Radoje, Porodično pravo, Pravni fakultet, Podgorica, 2011, str. 448.

<sup>29</sup> Krivični zakonik Crne Gore, "Službeni list Crne Gore", broj: 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 40/2013 i 56/2013.

taksativno ne navodi koje su to teške posljedice, već je ostavljeno sudu da procijeni. U svakom slučaju, teškim posljedicama bi se smatrale one koje su dovele do prekida i nemogućnosti školovanja, pogoršanje zdravstvenog stanja djeteta i sl. Lakši oblik ovog krivičnog djela sastoji se u sankciji koja je propisana a ona se sastoji u novčanoj kazni ili kazni zatvora do dvije godine dana.<sup>30</sup>

Osnovni cilj samog krivičnog postupka zbog krivičnog djela nedavanje izdržavanja jeste uticaj na izvršioca da isplati zaostale obaveze izdržavanja i da ih ubuduće redovno ispunjava, jer je to u najboljem interesu oštećenog, a čija egzistencija zavisi upravo od tih materijalnih sredstava.

#### Alternativni mehanizmi zaštite izdržavanja djeteta i komparativna pravna rješenja

Alimentacioni fondovi - Kada zataji roditeljska solidarnost i zakonska obaveza davanja alimentacije za dijete, definisanje i pravno normiranje alimentacionih fondova je potpuno legitimno u cilju obezbjeđivanja izdržavanja djetetu onda kada to roditelj koji je po zakonu obavezan ne izvršava, bilo da namjerno izbjegava davanje izdržavanja bilo da ovo potraživanje ne obezbjeđuje iz određenih opravdanih razloga (ostanak bez posla, smanjenje zarade ili drugog oblika materijalnog primanja, trenutno povećanje troškova života uslijed bolesti, povrede, itd.). Alimentacioni fondovi omogućili bi efikasno obezbjeđenje izdržavanja za vrijeme dok se sredstva za alimentaciju ne počnu redovno izdržavati od lica koja su zakonski dužnici. To bi bio jedan konkretan izraz opredjeljenja za društvenu zajednicu kao alimentacionog dužnika drugog reda.<sup>31</sup>

U nacionalnim zakonodavstvima republika bivše Jugoslavije, bila je sadržana odredba, dopuštajućeg pravnog karaktera, po kojoj su republike imale mogućnost da osnuju alimentacione fondove, međutim ne i obavezu da ih osnivaju. Što znači da su republike imale potpuno slobodan izbor da li će iskoristiti ovu odredbu i time kreirati model najbolji za

---

<sup>30</sup> Vidi: član 221, KZ

<sup>31</sup> Korać, Radoje, Porodično pravo, Pravni fakultet, Podgorica, 2011, str. 446.

privremeno obezbjeđivanje potraživanja djeteta u cilju obezbjeđenja njegovih osnovnih društvenih i materijalnih potreba, onda kada zakonski dužnik tu obavezu ne ispunjava. Tradiciju postojanja određenih modela alimentacionog fonda nastavila je Slovenija, dok Hrvatska priključuje 2014. godine donoseći Zakon o privremenom izdržavanju.<sup>32</sup> Republika Slovenija je još 1997. godine donijela Zakon o javnom garantnom fondu za izdržavanje<sup>33</sup> kojim je predviđeno da fond će fond kada budu za to ispunjeni formalni uslovi preuzeti mjesto dužnika u cilju isplate potraživanja djeteta i to po osnovu pravosnažne sudske odluke ili privremene mjere odnosno sporazuma zaključenog sa odjeljenjem za socijalno staranje. Formalni uslovi koji su neophodni da budu ispunjeni a da bi došlo do primjene odredbi ZJPS jesu: ukoliko je izvršni postupak odnosno postupak naplate izdržavanja okončan bezuspješno ili je u traje duže od tri mjeseca, da je dijete državljanin ili ima prebivalište na teritoriji Slovenije, međutim i strnaci po principu reciprociteta i međunarodnih sporazuma ostvaruju ovo pravo. Takođe uslov je da dužnik neredovno uplaćuje alimentaciju ako alimentaciju ne plaća tri mjeseca uzastopno ili ako je dužnik plaća neredovno.<sup>34</sup> Značajno je napomenuti i odredbu kojom se uređuje visina novčanog iznosa i ona prvenstveno zavisi od uzrasta djeteta, tako što je dijete starije to se i visina potraživanja koju obezbjeđuje fond efektivno uvećava.<sup>35</sup>

ZUP-om, uređuje se područje privremenog izdržavanja djece u situacijama kada izostane ispalata od strane roditelja duže od tri mjeseca i ako se učini da srodnici koji po pravnim normama dolaze na red za obezbjeđenje potraživanja iz obaveze zakonske alimentacije nisu u mogućnosti da obezbijede potraživanje i time zadovolje osnovne društvene i

---

<sup>32</sup> Zakon o privremenom uzdržavanju Republike Hrvatske, "Narodne novine" broj 92/14, u nastavku teksta: ZPU.

<sup>33</sup> Zakon o Javnom jamstvenem in preživninskem skladu Republike Slovenije (Ur. l. RS, št. 25/97, 10/98, 41/99, 53/99, 119/02, 26/03-UPB1, 61/06, 78/2006-UPB2, 106/2012), u nastavku teksta: ZJPS.

<sup>34</sup> Neredovno isplaćivanje ovim Zakonom smatra se da dužnik nije uplatio najmanje tri mjesečne naknade tokom dvanaest mjeseci prije podnošenja prijave.

<sup>35</sup> Iznos izdržavanja zavisi od uzrasta djeteta i shodno tome podijeljen je u tri kategorije: za djecu do 6 godina: EUR 72,46; za decu od 6 do 14 godina: EUR 79,70; za djecu od preko 14 godina: EUR 94,19.

materijalne potrebe djeteta. Pravo na privremeno izdržavanje može trajati sve dok obveznik izdržavanja ne počne da postupa prema svojoj obavezi a najduže do tri godine dijete može koristiti ovo pravo.<sup>36</sup> Visina iznosa privremenog izdržavanje određuje se u iznosu od 50 % zakonskog minimuma izdržavanja.<sup>37</sup>

ZBPO u Srbiji bila je predviđena mogućnost da tadašnje lokalne samoupravne zajednice socijalne i dječje zaštite u cilju obezbjeđenja zakonskog izdržavanja, mogu po osnovu samoupravnog sporazuma udruživati sredstva za ove namjene. Time se ovom odredbom istakla mogućnost da se na jedan konkretan način obezbijede sredstva za izdržavanje kako djece tako i ostalih lica koja su egzistencijalno ugrožena i to efektivno za ono vrijeme dok potraživanja ne ostvare od lica koja su po osnovu pravnih propisa dužna da ih obezbijede.

Bez obzira što su samoupravne interesne zajednice ugašene još nakon sukcesije SFRJ, njihovi pravni sljedbenici – centri za socijalni rad, bili su u mogućnosti da formiraju ove fondove i na taj način reaguju na problem ostvarivanja prava na izdržavanje, međutim ova mogućnost nikada nije zaživjela, jer primjenom ovog zakona, sredinom osamdesetih, formirana su četiri alimentaciona fonda u lokalnim samoupravama i nikada nisu ostvarili svoju funkciju.<sup>38</sup>

#### Društvena odgovornost i državni intervencionizam u službi zaštite izdržavanja djeteta

Naslijeđeni socijalističko-samoupravni obrazac kolektivnih pravila da je država glavni akter koji obezbjeđuje građane kada dođu u stanje socijalnog i materijalnog rizika u mnogome se zadržao i prenosi sa generacija uprkos aktivnom uticaju neoliberalističkog pristupa i potrošačkih vrijednosti koje brigu o „sebi“ pomjeraju na pojedinca i porodicu u skladu

---

<sup>36</sup> Vidi čl. 8, ZUP.

<sup>37</sup> Visina iznosa zavisi od uzrasta djeteta i ona se kreće u iznosu od 60,00-80,00 eura.

<sup>38</sup> Za alimentacione fondove samoupravnog uređenja, vidi : Vulević, D., Uloga organa starateljstva u ostvarivanju prava na alimentaciju, Ostvarivanje i zaštita prava na izdržavanje, Pravni fakultet, Kragujevac, 2002, str. 148-150.

sa načelima nemiješanja države i načelo privatnosti u porodičnim odnosima.

Međutim, vrijednosni princip na čijem temelju počiva država kao autohtoni nadentitet jeste sveopšta solidarnost i pomoć za one grupe građana i u onim situacijama kada je najneophodnija. Upravo iz toga proizilazi opravdano stanovište da država je dužna intervenisati i obezbijediti zaštitu djetetu pa čak i u onim situacijama kada je porodična solidarnost u potpunosti nestala. Nažalost, društvena kriza praćena smanjenjem zaposlenosti, povećanjem anomije i zatvorenosti pojedinaca, niskih plata, dužeg radnog vremena uslovila su povećanu stopu divorcijaliteta, pada nataliteta, jednoroditeljskih porodica, što je uslovalo promjenu prava na kompasu porodične solidarnosti.

Državu Crnu Goru obavezuje i Ustav<sup>39</sup> kao najvišti pravni akt da kao država socijalne pravde obezbijedi posebnu zaštitu za majku i dijete, što ukazuje na obavezu države da i u onim teškim društveno-ekonomskim okolnostima mora kreirati modele zaštite najranjivijih grupa, prije svega djece. Zakonska alimentacija je i ustanova javnog poretka, što znači da cjelokupna društvena zajednica jamči zaštitu ove ustanove onda kada od aktera koji su dužni da je pruže, takva zaštita izostane.

U tom kontekstu društvena i državna odgovornost manifestovane kroz društvenu solidarnost kada je njena realizacija vrlo otežana, neophodno je sagledati nove mogućnosti kroz koje će se ovaj princip sprovoditi. To zapravo znači iznalaženje mehanizama zaštite izdržavanja djeteta poput: obaveznih alimentacionih fondova, aktivnijeg učešća sistema socijalne zaštite kroz mjere pomoći u novcu i uslugama, formiranje specijalnih porodičnih sudova u cilju smanjenja opterećenja sudova i ubrzanja postupaka, uvođenja kazne u javnom interesu za roditelja koji ne izvršava obavezu izdržavanja uslijed opravdano promijenjenih okolnosti a koje su dovele do toga da roditelj ne može da izdržava dijete, itd.

---

<sup>39</sup> Ustav Crne Gore, "Službeni list Crne Gore" broj: 1/07. Takođe vidjeti član 73.

## **Zaključak**

Sve više uznapredovali problem društvenih razmjera urušavanja postulata porodične solidarnosti kao posledica višestrukih činioca usloveli su da roditelji ne vrše svoju roditeljsku obavezu davanja izdržavanja djetetu i time je neophodna aktivna intervencija države kroz definisanje i implementiranje novih, adekvatnih i nada sve primjenjivih mehanizama zaštite djece. Iako podaci pokazuju da se u velikom broju slučajeva roditelji u postupku razvoda braka, koje prati i adhezioni postupak za određivanje izdržavanja, roditelji uglavnom sporazumno dogovore oko vršenja roditeljskog prava i iznosa za izdržavanje djece, te odluke u velikom broju slučajeva ne izvršavaju. Iako prinudno izvršenje odluke je Sudovi vrlo brzo donose odluke o prinudnom izvršenju u korist izvršnog povjerioca a takođe Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju sprovođenje izvršenja povjereno je javnom izvršitelju, čime se očekivalo da će se brže i efikasnije realizovati izvršne odluke, nije značajno smanjio broj izvršnih dužnika koji ne ispunjavaju zakonsku obavezu davanja izdržavanja. Teškoće leže i u uvećanim troškovima samih postupaka i troškova za rad izvršitelja.

Time je značajno da svi društveni akteri koji se posredno ili neposredno bave zaštitom prava djeteta daju svoj doprinos u kreiranju primjenjivih mehanizama obezbjeđenja osnovnih i minimalnih davanja neophodna za djetetov adekvatan i stabilan emocionalni, psihički, fizički rast i razvoj.

**Mr Nikola Mugoša<sup>1</sup>**

## **PROTOKOL 16 UZ EVROPSKU KONVENCIJU O LJUDSKIM PRAVIMA - korak naprijed ili nazad?**

U ovom radu biće predstavljen Protokol 16 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima koji je otvoren za potpisivanje 2013. godine a koji nije stupio na snagu zbog nedovoljnog broja ratifikacija. Novina koju sa sobom donosi tiče se mogućnosti najviših sudova država članica Savjeta Evrope da zatraže savjetodavno mišljenje od Evropskog suda za ljudska prava u vezi pitanja i principa koji se tiču tumačenja i primjene prava i sloboda koji su definisani Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i pratećim protokolima. Ovaj novi mehanizam znači ekstenzivnu jurisdikciju Evropskog suda za ljudska prava, koji je izazvao brojne polemike o tome šta to može značiti za konvencijski i pravni sistem Evropske unije. U radu je razmotrena argumentacija koja se tiče problematike da li se ovim mehanizmom može poboljšati radna praksa Evropskog suda za ljudska prava ako se ima u vidu sve veći broj aplikacija na čekanju, kao i pitanje da li Protokol 16 može doprinijeti uspostavljanju nove runde dijaloga između pomenutog i nacionalnih sudova. Ono čemu je posvećena posebna pažnja je odnos između Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde u svijetlu uspostavljanja savjetodavnog mišljenja. Naročito je potencirano pitanje da li ovaj mehanizam može predstavljati prijetnju autonomiji prava Evropske unije i pojašnjen mehanizam zašto je takva bojazan među teoretičarima prenaplašena. U uskoj vezi sa ovim je i razmatranje mogućnosti forum shoppinga između suda u Strazburu i Luksemburgu i ponuđena argumentacija zašto Protokol 16 ipak ne može doprinijeti takvoj zloupotrebi.

Predstavljena je i paralela između savjetodavnog i prethodnog mišljenja (pred Evropskim sudom pravde) i ukazano na sličnosti i razlike. Aktualizuje se i mogućnost da je nakon višedecenijske prakse tokom koje je u domenu ljudskih

---

<sup>1</sup> autor je pravnik iz Podgorice



prava Evropski sud za ljudska prava služio kao ideja vodilja Evropskom sudu pravde, konačno došlo do zamijenjenih uloga, zbog inspiracije koju je nesporno Strazbur ovog puta pronašao u proceduri pred sudom u Luksemurgu. Problematizovana su i pojedina konkretna rješenja koja se tiču savjetodavnog mišljenja, naročito u dijelu šta sa sobom nosi kada su u pitanju konsitucionalna i sudska uloga Evropskog suda za ljudska prava, i kako to može uticati na njihovo ostvarivanje.

Otvoreno je i pitanje rješenja po kome se državama članicama ostavlja prostor da određuju šta su to „najviši nacionalni sudovi“ i ukazano na moguće zloupotrebe koje ovakvo rješenje sa sobom nosi. U radu je pružena svestrana argumentacija kako o pozitivnim, tako i negativnim efektima koje Protokol 16 može donijeti. Ipak, težište rada i osnovni stav za koji autor pruža argumentaciju je da Protokol 16 ne predstavlja prijetnju pomenutim pitanjima, već da jasno definisane procedure predstavljaju garanciju da se zloupotrebe mogu ograničiti, uz apostrofiranje argumenta o uspostavljanju saradnje između Evropskog suda za ljudska prava i nacionalnih sudova. Ovi stavovi obrazloženi su pojašnjenjem procedura i mehanizama koje stoje na raspolaganju i uporednom analizom konvencijskog i prava Evropske unije o predmetnom pitanju.

### **Reforma Evropskog suda za ljudska prava**

Pitanje efikasnosti Evropskog suda za ljudska prava je već duže vrijeme predmet interesovanja institucija Savjeta Evrope. Kao i svako važno pitanje, pitanje budućeg rada i reforme Evropskog suda za ljudska prava naišlo je na različite prijedloge o tome koji je najbolji modalitet poboljšanja efikasnosti. Osim ovog, nameće se i pitanje šta Evropski sud za ljudska prava treba da predstavlja u sistemu Savjeta Evrope i kakva treba biti njegova uloga nakon nužnih reformi. Primarni razlog reforme ovog suda je opterećenost enormnim brojem zahtjeva. Trenutno je preko 100 000 aplikacija na čekanju.

Nesumnjivo je da se ovaj sud nalazi u procesu transformacije, te da je ovakvo stanje neodrživo.



Ministarske konferencije koje su održane u Interlatenu (2010.)<sup>2</sup>, Izmiru (2011.)<sup>3</sup> i posebno značajna u Brajtonu (2012.) iznjedrile su odgovarajuće konkretne prijedloge o tome u kojem pravcu treba reformisati sud, kao i koji bi bili potencijalni mehanizmi poboljšanja efikasnosti. Ne može se reći da su sve konferencije ponudile istovjetna ili ujednačena rješenja o potrebnim promjenama, jer su razmišljanja i prijedlozi varirali, ali se da izvesti zaključak da je postojao konsenzus da su promjene neophodne. Serija ovih inicijativa otpočela je Izvještajem Wise Persons iz 2006. koji je alarmirao institucije o eksploziji broja slučajeva pred Evropskim sudom za ljudska prava.<sup>4</sup> Kako je ovom pitanju posvećena nužna pažnja na Ministarskim konferencijama, to je navelo i čelne ljude Savjeta Evrope da daju svoje mišljenje o konkretnom pitanju. Tako se predsjedavajući Savjeta Evrope iz Ujedinjenog Kraljevstva u periodu od 2011-2012. založio za cjelokupne reforme radne prakse pomenutog suda.<sup>5</sup> Govor britanskog premijera i Vrhovnog državnog tužioca su u velikoj mjeri pratili ovakav stav.<sup>6</sup>

Ono oko čega je nastala najveća polemika je donošenje Protokola 16 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima jer se smatra da će ratifikacija ovog protokola u najvećoj mjeri doprinijeti pominjanoj reformi. Protokol 16 je otvoren za potpisivanje 2. oktobra 2013. godine, a da bi stupio na snagu potrebno je 10 izvršenih ratifikacija.<sup>7</sup> Do sada je Protokol

---

<sup>2</sup>Interlaken Declaration (2010), available at [http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final\\_en.pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf) (Accessed 10 December 2014)

<sup>3</sup> Izmir Declaration (2011), available at [http://www.coe.int/t/dc/press/news/20110427\\_declaration\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dc/press/news/20110427_declaration_en.asp). (Accessed 10 December 2014)

<sup>4</sup> Paul Gregl, (Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory opinions under Draft Protocol No. 16, *European Law Review*, vol 39, issue 3, p.229-247, (2014)

<sup>5</sup> Kanstantsin Dzehtsiarou & Noreen O'Meara, Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?, *Legal Studies, Legal studies*, vol.34, p. 444-468, (2014)

<sup>6</sup>See European Court of Human Rights, Annual Report 2011, p. 64, available at [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/77FF4249-96E5-4D1F-BE71-42867A469225/0/2011\\_Rapport\\_Annuel\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/77FF4249-96E5-4D1F-BE71-42867A469225/0/2011_Rapport_Annuel_EN.pdf) [Accessed 11. November 2014].

<sup>7</sup> Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series - No. 214, Strasbourg, (2013)

potpisalo 14 zemalja članica, ali jos uvijek nema ratifikacija.<sup>8</sup> Sustina predviđena Protokolom 16 je mogućnost najviših sudova država potpisnica da zatraže savjetodavno mišljenje od Evropskog suda za ljudska prava o pitanjima i principima koja se tiču tumačenja ili primjene prava i sloboda definisanih Konvencijom ili pratećim protokolima.<sup>9</sup> U pitanju je mogućnost najviših sudova da zatraže takvo mišljenje, što znači da ono nije obligatornog karaktera već zavisi od discrezione procjene suda da li će to i uraditi, a sa druge strane, nacionalni sud nije vezan dobijenim mišljenjem.

### **Prethodno mišljenje kao izvor inspiracije savjetodavnom mišljenju**

U Izvještaju iz 2006. koje su Wise Persons predložile a tiče se upravo savjetodavnog mišljenja, nemoguće je ne uočiti izvjesne sličnosti između ovog mehanizma i prethodnog mišljenja koje nacionalni sudovi država članica Evropske Unije zatraže od Evropskog suda pravde. Nesporno je da je savjetodavno mišljenje inspirisano prethodnim mišljenjem pred Evropskim sudom pravde, ali bi identična transpozicija mehanizma, da je bila prihvaćena, bila ipak neodgovarajuća.<sup>10</sup> Osnovna razlika između ova dva mehanizma je što je upućivanje zahtjeva koje se tiče savjetodavnog mišljenja opcionalno, dok je u pravu Evropske Unije ono obavezno ako ne postoji viša instanca. Ipak, ni za ovu razliku se ne može reći da je apsolutna, ako se ima u vidu da niži sudovi u Evropskoj uniji nijesu obavezni da zatraže prethodno mišljenje. Pojedini teoretičari ipak smatraju da se sličnost ova dva mehanizma ogleda i u nužnosti ozbiljnog posvećivanja sudija radnim zadacima, kao i sličnim (kvazi)diplomatskim sposobnostima koje dolaze do izražaja i prilikom obrazloženja da se pruži mišljenje.<sup>11</sup> Čak i prije Brajtonove konferencije, Evropski sud za ljudska prava je u aprilu 2012. objavio preliminarno

---

<sup>8</sup> Ibidem

<sup>9</sup> Ibidem

<sup>10</sup> Paul Gregl, (Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory opinions under Draft Protocol No. 16, *European Law Review*, vol 39, issue 3, p.229-247, (2014)

<sup>11</sup> Ibidem

mišljenje o reformskom procesu.<sup>12</sup> O savjetodavnom mišljenju koje je tada samo figuriralo kao prijedlog, sud je zaključio da inicijativa zaslužuje „dalje razmatranje“. Koliko je Protokol 16 percipiran kao značajan za reformski proces Evropskog suda za ljudska prava govori i izjava njegovog predsjednika koji ga je nazvao „protokolom dijaloga“.<sup>13</sup> Kada je u pitanju dijalog, upravo pospješivanje istog između Evropskog suda za ljudska prava i nacionalnih sudova čini se kao jedan od ciljeva, skoro sličnog prioriteta kao što je i pitanje same efikasnosti suda. Ipak, ovaj cilj je u pravnoj teoriji za sada izazvao znatno manje pažnje, a jedan od osnovnih argumenata kojim se relativizuje njegov značaj je i da već sada postoji dijalog koji je neupitan, a da je poboljšanje efikasnosti urgentnog karaktera. Ipak, cilj koji se tiče dijaloga se i u pozitivnim okvirima ostvaruje, iako ne možda u željenoj mjeri. Naime, poslije donošenja Protokola 2 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima jasno je da je ovaj dijalog makar djelimično unaprijeđen. Protokol 2 daje mogućnost da se mišljenje od Evropskog suda za ljudska prava zatraži, i to od strane dvije trećine članova Komiteta ministara.<sup>14</sup> Ipak, od kada je Protokol 2 donesen (šezdesetih godina prošlog vijeka) ono je zatraženo svega dva puta. Zbog toga se čini da funkcija dijaloga nikada nije zaživjela u svom punom obimu, a Protokol 16 uliva nadu da procedurom koju nudi može udahnuti život takvoj težnji. Ipak, ni po Protokolu 2, ni po Protokolu 16, ne postoji opcija da pojedinac ili druge nesudske institucije zatraže savjetodavno mišljenje, što otvara pitanje legitimiteta i pitanje da li može postojati suštinski dijalog u situaciji kada je jedna od zainteresovanih strana hendikepirana aktivnom legitimacijom pred sudom.<sup>15</sup>

Ono što makar donekle poboljšava ovu situaciju je rješenje prema kome Predsjednik Evropskog suda za ljudska

---

<sup>12</sup> Preliminary Opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference, para. 28, (2012)

<sup>13</sup> Protocol 16 and the Autonomy of EU law: who is threatening whom? European Law Blog, <http://europeanlawblog.eu/?p=2551> (Last visited Dec 11, 2014)

<sup>14</sup> Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, (1963)

<sup>15</sup> Kanstantsin Dzehtsiarou & Noreen O'Meara, Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?, *Legal Studies*, Legal studies, vol.34, p. 444–468, (2014)

prava može pozvati bilo koju stranu ugovornicu da podnese pisane komentare. Ipak, ovo rješenje samo donekle ublažava izvjesni manjak legitimiteta, koji sa sobom nužno nosi procedura koja je ovako koncipirana.

### **Strah od forum shoppinga između Luksemburga i Strazbura. Opravdana bojazan ili realna opcija?**

Pitanje koje je izazvalo najviše pažnje i zabrinutosti prilikom donošenja Protokola 16 tiče se upravo paralele između prethodnog i savjetodavnog mišljenja i njihove potencijalne refleksije na odnos Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde. Osnov za zabrinutost predstavljaju izvjesna razmisljanja da bi ekstenzija savjetodavne jurisdikcije Evropskog suda za ljudska prava predstavljala prijetnju pravu Evropske Unije tj. njegovom tumačenju, što bi ugrozilo dosadašnji monopol Evropskog suda pravde na tom području. Jedna od posljedica takve situacije koja je dodatno produbila zabrinutost je što bi na taj način bilo omogućeno država članicama Evropske unije da prave izvjestan forum shopping između sudova u Strazburu i Luksemburgu.

Član 4 Ugovora o Evropskoj Uniji<sup>16</sup> i član 334 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije<sup>17</sup> predviđaju obavezu sudova posljednje instance da zastanu sa postupkom i zatraže prethodno mišljenje od Evropskog suda pravde kada se radi o pitanjima koje se tiču tumačenja Ugovora ili sekundarnog zakonodavstva Unije. Ove odredbe staju na put potencijalnom forum shoppingu i isključuju njegovu mogućnost jer je sud obavezan da zatraži prethodno mišljenje u pomenutim situacijama i njime je vezan prilikom odlučivanja, što znači da je odluka Evropskog suda pravde konačna. Ono što otvara ovu dilemu je potencijalni scenario po kome bi se niži sud države članice obratio Evropskom sudu pravde, a po CILFIT<sup>18</sup> doktrini

---

<sup>16</sup> The Treaty on European Union (TEU), Maastricht, (1992)

<sup>17</sup> Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Fondation for EU Democracy, Brussels, (2008)

<sup>18</sup> Judgment of the Court of 6 October 1982. - Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health. - Reference for a preliminary ruling: Corte suprema di Cassazione - Italy. - Obligation to request a preliminary ruling. - Case 283/81

najviši sud države članice ne bi bio vezan članom 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije i mogao bi zatražiti mišljenje od Evropskog suda za ljudska prava.<sup>19</sup> Presuda Evropskog suda pravde ostaje obavezujuća tokom cijelog suđenja do posljednje instance. Ona može biti preinačena samo drugom presudom Evropskog suda pravde kojom se daje različito mišljenje o istom pitanju.<sup>20</sup> Do druge presude o prethodnom mišljenju dolazi ako je zatraženo savjetodavno mišljenje od Evropskog suda za ljudska prava i njegovo mišljenje je različito od onog koje je dao Evropski sud pravde, a nacionalni sud se slaže sa mišljenjem Evropskog suda za ljudska prava. On je i u tom slučaju dužan da zatraži drugo prethodno mišljenje od Evropskog suda pravde, koje je obavezujuće.<sup>21</sup> Na taj način postoji garancija da će Evropski sud pravde i dalje imati posljednju riječ, čak i ako bi se desilo da Evropski sud za ljudska prava uputi savjetodavno mišljenje o pitanju koje se makar i djelimično tiče tumačenja prava Evropske Unije.

Imajući u vidu dosadašnju praksu Evropskog suda za ljudska prava može se zaključiti da je ovaj sud pokazao više nego senzibilan i otvoren pristup kada se govori o autonomiji prava Evropske unije i da je do sada izbjegavao donošenje onih odluka kojima bi zadirao u njegovu autonomiju.<sup>22</sup> Najvidljiviji dokazi takvog postupanja su sama sudska praksa, ali i napor suda da osigura učešće institucija Evropske Unije u svim onim slučajevima gdje je Unija jedan od aktera postupka.<sup>23</sup>

Do sada su pozive za takve postupke dominantno upućivani Evropskoj komisiji kao izvršnom organu.<sup>24</sup> Imajući u vidu nadležnost Evropskog suda za ljudska prava koja bi se

---

<sup>19</sup> Protocol 16 and the Autonomy of EU law: who is threatening whom? European Law Blog, <http://europeanlawblog.eu/?p=2551> (Last visited Dec 11, 2014)

<sup>20</sup> Forum shopping between Luxembourg and Strasbourg, Verfassun Blog, <http://www.verfassungsblog.de/en/forum-shopping-zwischen-luxemburg-und-strassburg/>, (Last visited December 8, 2014.)

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> Protocol 16 and the Autonomy of EU law: who is threatening whom? European Law Blog, <http://europeanlawblog.eu/?p=2551> (Last visited Dec 11, 2014)

<sup>23</sup> Ibidem

<sup>24</sup> Johan Callewaert, "The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights", Council of Europe Publishing, p.62, Strasbourg, (2014)

ticala davanja savjetodavnih mišljenja, jasno je rečeno da bi se ona odnosila na pitanja i principe tumačenja i primjene prava i sloboda definisanih Konvencijom i pratećim protokolima. Čini se da je ova odredba sama po sebi jasna i da stoji na putu potencijalnom ugrožavanju autonomije prava EU. Čak i u situaciji gdje bi Evropski sud za ljudska prava donio odluku koja se tiče prava Evropske unije (pri tome razmatrajući dominantno pitanje koje nije vezano za EU pravo) takav propust ne bi mogao imati ozbiljnije posljedice, ako se ima u vidu da ništa ne sprječava sud posljednje instance da se obrati Evropskom sudu pravde za prethodno mišljenje i da je njegova odluka konačna.<sup>25</sup>

Sudska praksa Evropskog suda pravde koja se tiče autonomije prava Evropske unije implicira da su najviši nacionalni sudovi isključeni, tj. da im nije dozvoljena mogućnost da zatraže savjetodavno mišljenje o pravu Evropske Unije, čime se još jednom potvrđuje pozicija Evropskog suda pravde kao konačne instance i jedinog tumača prava Evropske Unije. Osim toga Evropski sud pravde smatra da na osnovu zaključaka donesenih u EEA sporazumu i UPLS<sup>26</sup>, da je pravni sistem Evropske Unije zaokružen sistem pravnih lijekova koji ne dozvoljava intermediate odluke od strane spoljnog suda čije tumačenje međunarodnog prava je relevantno za odgovarajuće pravo Evropske unije.<sup>27</sup> Odluka je intermediate ako prethodi konačnoj odluci nacionalnog suda koji primjenjuje pravo Unije a takva bi bila i odluka o savjetodavnom mišljenju.<sup>28</sup>

Zbog svega toga smatra se da Evropski sud za ljudska prava treba da ima ex post kontrolni mehanizam. Štaviše, zabrana najvišim sudovima da zatraže mišljenje po Protokolu 16 je komplementarno članu 344 Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Forum shopping between Luxembourg and Strasbourg, Verfassun Blog, <http://www.verfassungsblog.de/en/forum-shopping-zwischen-luxemburg-und-strassburg/>, (last visited December 8, 2014.)

<sup>26</sup> Kevin Mooney and Young Eplaw, Unified Patent Litigation System, Brussels, (2013)

<sup>27</sup> Forum shopping between Luxembourg and Strasbourg, Verfassun Blog, <http://www.verfassungsblog.de/en/forum-shopping-zwischen-luxemburg-und-strassburg/>, (Last visited December 8, 2014.)

<sup>28</sup> Ibidem

<sup>29</sup> Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Fondation for EU Democracy, Brussels,(2008)

## **Uticaj savjetodavnog mišljenja na posebno pravno područje ljudskih prava**

Posebno pitanje koje se nameće kada se razmatra autonomija prava Evropske Unije u oblasti ljudskih prava i drugih grana, a razlog za to je što član 52 Povelje o osnovnim pravima ograničava polje autonomije Evropske Unije, i to u najvećoj mjeri u vezi prava koje je Povelja preuzela od Evropske konvencije o ljudskim pravima.<sup>30</sup> Poslije pristupanja Konvenciji, ona će postati dio prava Evropske unije, ali sada je ona izvor prava i instrument na koji se Povelja o osnovnim pravima poziva. Pri tome se radi o minimalnom nivou zaštite, što znači da ta odredba ne sprječava Evropsku uniju da pruži širu zaštitu. Kada su u pitanju ljudska prava može se reći da ovo ne predstavlja iznuđeno rješenje koje na bilo koji način koči autonomiju prava Evropske Unije.

Na osnovu pomenutih odredbi Povelje, ona sama pristaje da ne tumači ovaj dio autonomno, već se indirektno oslanja na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima.<sup>31</sup> Ipak, mora se naglasiti da se ovdje radi o ograničenom pravnom području, te je ovakvo tumačenje ipak izuzetak, a ne pravilo. Ne treba smetnuti sa uma da minimalni standardi definišu polje djelovanja te da ograničavaju savjetodavno mišljenje na pitanja koja se tiču ljudskih prava, i to u obimu koji ne može biti iznad standarda propisanih Konvencijom.<sup>32</sup>

Upravo te minimalne standarde je prihvatila sama Povelja o osnovnim pravima<sup>33</sup>, te bi njihovo tumačenje od Evropskog suda za ljudska prava bilo neupitno, jer bi išlo do one mjere koja je već prihvaćena.

Osim toga i u ovom ograničenom pravnom području koji se tiče ljudskih prava i njegove specifičnosti u odnosu na ostale segmente, postoje univerzalne odredbe koje i ovdje služe

---

<sup>30</sup> Charter of Fundamental Rights of The European Union, Official Journal of the European Communities, 2000/C 364/01, Brussels, (2000)

<sup>31</sup> Ibidem

<sup>32</sup> Protocol 16 and the Autonomy of EU law: who is threatening whom? European Law Blog, <http://europeanlawblog.eu/?p=2551> (Last visited Dec 11, 2014)

<sup>33</sup> Charter of Fundamental Rights of The European Union, Official Journal of the European Communities, 2000/C 364/01, Brussels, (2000)



kao čuvar autonomije. Jedna od njih je već pomenuta član 267 Ugovora o Evropskoj Uniji<sup>34</sup>, jer se njome čuva monopol Evropskog suda pravde, pa i u oblasti osnovnih prava. Čak i da dođe do situacije da se ova odredba ne primijeni i da se savjetodavno mišljenje zatraži, sama odredba Protokola 16<sup>35</sup> koja definiše obim primjene na konvencijsko pravo i prateće protokole, čini se kao dovoljan jasna da do spora uopšte i ne dođe. Ako se ima u vidu i ranije pomenuta sudska praksa oba suda, standardi koji su uspostavljeni u dosadašnjem radu, kao i obazrivost Evropskog suda za ljudska prava u pitanjima prava Evropske unije, razloga za brigu je manje nego što izgleda.

### **Strazbur pozajmljuje od Luksemburga?**

Pitanje odnosa između dva suda, koja se prije svega tiču zabrinutosti za autonomiju Evropskog suda pravde, nakon donošenja Protokola 16 i potencijalnog forum shoppinga, neodvojiva su od razmatranja odnosa prethodnog i savjetodavnog mišljenja. Već su ranije pomenute izvjesne sličnosti i razlike između ova dva mehanizma.

Nesporo je da je savjetodavno mišljenje makar djelimično inspirisano savjetodavnim, što nam potvrđuje i prijedlog Wise Person koji su se zalagali za identičnu transpoziciju mehanizma, od čega se kasnije odustalo.<sup>36</sup>

Kako je analogija više nego jasna, bez obzira na razlike, moguće je uočiti izvjesnu zakonomjernost koja može poslužiti kao vrlo koristan statistički podatak za budući rad Evropskog suda za ljudska prava. Statistika kaže da dvije trećine slučajeva na godišnjem nivou izazove prethodno pitanje a da je u prosjeku potrebno 16 mjeseci da se donese odluka pred Evropskim sudom pravde.<sup>37</sup> Samo ovaj podatak izaziva razlog

---

<sup>34</sup> The Treaty on European Union (TEU), Maastricht, (1992)

<sup>35</sup> Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series - No. 214, Strasbourg, (2013)

<sup>36</sup> Interim report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM documents, Strasbourg, (2006)

<sup>37</sup> Kanstantsin Dzehtsiarou & Noreen O'Meara, Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?, Legal Studies, Legal studies, vol.34, p. 444-468, (2014)



za zabrinutost ako se ima u vidu da se radi o sudu koji djeluje u sistemu Evropske Unije, sa 28 država članica.

Postavlja se pitanje da li bi se jedan od osnovnih ciljeva, koji se tiče poboljšanja same efikasnosti Evropskog suda za ljudska prava mogao ostvariti ako se ima u vidu ova analogija. Ono što stvar dodatno usložnjava je podatak da trenutno 48% aplikacija pred Evropskim sudom za ljudska prava je upućeno od četiri zemlje koje nisu članice Evropske Unije (Rusija, Turska, Ukrajina, Srbija). S obzirom da se radi o sistemu Savjeta Evrope koji čini 47 država članica, mora se istaći da je problematizovanje ovog argumenta a za koji bi savjetodavno mišljenje trebalo biti rješenje, više nego opravdano.

Treba svakako imati u vidu da se radi o analognom pristupu procjeni, te da varijacije mogu biti značajne. Ono što ipak odnos između ova dva suda čini interesantnim je promjena dosadašnje prakse koju bi savjetodavno mišljenje moglo donijeti.

Naime, do sada je praksa bila takva da je Luksemburg decenijama bio oslonjen na Strazbur kada je u pitanju zaštita ljudskih prava.

Pojedini teoretičari pak smatraju da je sada došlo do obrnute „cross fertilisation“ između ova dva suda, te da su neki principi i mehanizmi koji se tiču procedure prilikom savjetodavnog mišljenja pozajmljeni tj. analogni sa prethodnim. Smatra se da iz tog razloga može doći do situacije da se poslije višedecenijske prakse dođe do situacije gdje bi konačno „Luksemburg Strazburu mogao da vrati uslugu“.<sup>38</sup>

### **Prednosti i mane procedure savjetodavnog mišljenja i njihova refleksija na postavljene ciljeve**

Već je rečeno da je u izvjesnoj mjeri savjetodavno mišljenje inspirisano savjetodavnim, a da je i praksa Evropskog suda pravde poslužila kao inspiracija. Kada se govori o gore navedenom „potencijalnom pozajmljivanju“ neophodno je pomenuti nekoliko momenata koji se čine više nego značajnim. U slučaju prethodnog pitanja pred Evropskim sudom pravde, propisano je da se ono mora uputiti sudu ako

se tiče tumačenja Ugovora, kao i tumačenja sekundarnog zakonodavstva.<sup>39</sup> Dva su osnovna kriterijuma za pokretanje postupka pred Evropskim sudom pravde.<sup>40</sup> Prvi postavlja uslov da je pitanje pokrenuto pred nacionalnim sudom, dok drugi kriterijum zahtijeva uslov po kome je njegovo rješavanje bitno za odluku o presudi.<sup>41</sup> Jasno je da je savjetodavno mišljenje preuzelo princip po kome najviši sud ima mogućnost da zatraži savjetodavno mišljenje, iako ono nije obligatorno, ali mogućnost ipak postoji.

Protokol 16 takođe jasno određuje koja se pitanja u vezi savjetodavnog mišljenja mogu uputiti Evropskom sudu za ljudska prava. Precizira se da se savjetodavno mišljenje može zatražiti ako se radi o konkretnom slučaju.<sup>42</sup> To sužava prostor da se savjetodavno mišljenje traži o apstraktnim pitanjima i time eliminiše potencijalno dodatno opterećenje Evropskog suda za ljudska prava. Pitanje povodom kojeg se traži savjetodavno mišljenje uvijek se mora ticati individualnog prava konkretnog slučaja. Razlog za ovakvo određenje se može tražiti u činjenici što je Protokol 16 htio obezbijediti da je sud razmotrio neophodost i korisnost zahtjeva, a drugi razlog je uvjerenje da je na taj način nacionalni sud uzeo ozbiljno u razmatranje sva faktička i pravna pitanja slučaja. Iz gore navedenog se da zaključiti da prilikom zahtjeva nacionalnih sudova za savjetodavnim mišljenjem od sudova se očekuje da „daju razloge“ za svaki zahtjev. To znači da treba obezbijediti „relevantnu pravnu i faktičku podlogu za slučaj u pitanju“.<sup>43</sup>

Objašnjavajući Memorandum o Protokolu 16 sugerise da ako je moguće i primjereno ovi sudovi daju svoje poglede na ova pitanja.<sup>44</sup> Sama formulacija da „ako je moguće i

---

<sup>39</sup> The Treaty on European Union (TEU), Maastricht, (1992)

<sup>40</sup> D. Anderson and M. Demetriou, References to the European Court ,p. 86-97, (2002)

<sup>41</sup> Broberg and Fenger, Preliminary References, p. 105-117. (2010)

<sup>42</sup> Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series - No. 214, Strasbourg, (2013)

<sup>43</sup> Kanstantsin Dzehtsiarou & Noreen O'Meara, Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?, Legal Studies, Legal studies, vol.34, p. 444-468, (2014)

<sup>44</sup> Explanatory Report on Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,

primjereno“ ostavlja prostor za šire tumačenje, kao i slobodu koja se daje sudijama kada je u pitanju konačna odluka da li će to i uraditi. Kada se govori o pozamljivanju principa koji su imanentni proceduri prethodnog mišljenja pred Evropskim sudom pravde, nemoguće je da se ne pomene još jedan segment koji se tiče same procedure koje važi sa savjetodavno mišljenje. To se odnosi na obavezu Evropskog suda za ljudska prava da saopšti razloge za odbijanje da saopšti savjetodavno mišljenje. Može se reći da je i ovdje predmet inspiracije bila sama procedura pred Evropskim sudom pravde. Ipak, to nije bio početni prijedlog koje su uputile Wise Persons.<sup>45</sup> Naime, oni su u početku smatrali da Evropski sud za ljudska prava ne treba da pruži razloge u slučaju da odbije da savjetodavno mišljenje. Obrazlažući svoj stav, oni su istakli da bi oslobađanjem suda od takve obaveze bio garantovan korak naprijed za poboljšanje efikasnosti, kao jednog od osnovnih ciljeva. Njihovo mišljenje bilo je usmjereno na to da će razlozi za odbijanje stvoriti dodatni posao sudu.<sup>46</sup> Ipak, kasnije se od prvog prijedloga odustalo i čini se da je ipak tako bolje. Odustalo se i od početnog stava da Evropski sud za ljudska prava treba imati mogućnost da pitanje preformuliše. Taj argument se pravda činjenicom da će na taj način više doprinijeti komunikaciji, jer će se fokusirati na to da ugao i predmet problema budu suštinske prirode. Razlog zašto ovo pitanje skreće pažnju ne tiče se samo efikasnosti.

Logika kojom je uspostvaljena odredba da sud mora obrazložiti odbijanje savjetodavnog mišljenja tiče se još jednog, već pomenutog cilja.

U pitanju je dijalog i njegovo poboljšanje između Evropskog suda pravde i najviših nacionalnih sudova. Jasno je da ako je ovo jedno od osnovnih opredjeljenja pominjane reforme da će i samo obrazloženje odbijanja doprinijeti uspostavljanju dijaloga.<sup>47</sup> Na taj način će i nacionalni sudovi

---

[http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf), (Last visited September 14, 2014)

<sup>45</sup>Interim report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM documents, Strasbourg, (2006)

<sup>46</sup> Ibidem

<sup>47</sup> Paul Gregl, (Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory opinions under Draft Protocol No. 16, *European Law Review*, vol 39, issue 3, p.229-247, (2014)

na neki način dobiti jednu vrstu upustva i obrazloženja koje im može poslužiti kao vodič za buduće situacije. Da se ostalo pri prvobitnom rješenju to bi moglo voditi samo zamagljivanju dijaloga kao cilja koji je definisan reformom. Iako se može reći da sudovi sami donekle mogu izvesti pojedine zaključke iz samog odbijanja, iako obrazloženje nije dato, takvo tumačenje je ipak sa više strana problematichno. Osnovna zamjerka za takvu racionalizaciju odnosila bi se na opravdanu zabrinutost po kojoj bi Evropski sud za ljudska prava nužno patio od manjka legitimiteta koji je osnov postojanja dijaloga koji se toliko potencira.<sup>48</sup> Kada je u pitanju dosadašnja praksa Evropskog suda pravde i ovom domenu, može se reći da je pređen dugačak put. Iako je od početka osnovno određenje da se pruže razlozi za odbijanje prethodnog mišljenja kako bi se i na taj način obezbijedilo uniformno tumačenje prava Unije, ipak je sama praksa suda po tom pitanju doživjela izvjesnu evoluciju.

Šezdesetih godina prošlog vijeka preovladavao je liberalan pristup suda kada su u pitanju zahtjevi za prethodnim mišljenjem, a takva tendencija bila je na fonu cilja da se dođe do što konstruktivnijeg dijaloga.<sup>49</sup> Ipak, vremenom je došlo do dominacije restriktivnije prakse što je značilo sve veće odbijanje zahtjeva da se razmatraju hipotetički slučajevi.

Pod hipotetičkim slučajevima podrazumijevali su se svi oni kod kojih nije postojao jasan i konkretan odnos između činjenica i predmeta koji čini osnov. Iz svega navedenog je više nego jasno da su pojedina rješenja za proceduru savjetodavnog mišljenja preuzeta ili inspirisana prethodnim mišljenjem pred Evropskim sudom pravde. Čak i da su neke sličnosti manje uočive, ova činjenica je nesporna jer je potvrđena i u Izvještaju Wise Persons<sup>50</sup>, kao i u Reflection Paper Evropskog suda za ljudska prava, koji iznose istovjetan stav, a to je da je nesporno da je prethodno uticalo na savjetodavno mišljenje. Ono što ovi

---

<sup>48</sup> Kanstantsin Dzehtsiarou & Noreen O'Meara, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, *Legal Studies, Legal studies*, vol.34, p. 444–468, (2014)

<sup>49</sup> Paul Gregl, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory opinions under Draft Protocol No. 16*, *European Law Review*, vol 39, issue 3, p.229-247, (2014)

<sup>50</sup> *Interim report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM documents, Strasbourg, (2006)

izvještaji posebno apostrofiraju je da su obje procedure napravljene na sudskom dijalogu između evropskih i nacionalnih sudova, kao i da bi se pojačala efikasnost supranacionalnog pravnog poretka.

### **Pitanje definisanja „najviših nacionalnih sudova“ kao isključivih inicijatora savjetodavnog mišljenja**

Još jedno od pitanja koje se nameće kada je u pitanju sama procedura savjetodavnog mišljenja i rješenja datih Protokolom 16 je određenje po kome zahtjev za aktiviranjem ovog kontrolnog mehanizma mogu uputiti „najviši nacionalni sudovi“. Argumentacija kojom se objašnjava ovakvo rješenje tiče se prije svega cilja da se dođe do maksimalne fleksibilnosti u definisanju šta se pod najvišim nacionalnim sudovima može podrazumijevati. Može se naslutiti da je motiv za ovakvo rješenje nastao od premise da same države članice najbolje poznaju svoje unutrašnje prilike, te da im treba ostaviti slobodu da se prema istom i odrede.

Jasno je da u određenom broju država članica Savjeta Evrope postoje unutrašnji sporovi oko toga šta predstavlja najviši sud u pojedinačnoj zemlji. Donekle bi standard po kome se pod najvišim sudom podrazumijeva onaj poslije čije odluke ne postoji pravni lijek trebao olakšati tumačenje. Ipak, s obzirom na složenost rasprave koja se vodi o ovom pitanju, taj kriterijum donekle može biti samo vodič, a ne i rješenje. Jasno je da tvorci Protokola 16 nijesu htjeli da se upuštaju u ova tumačenja, te je izvjestan prostor ostavljen država članicama, ali se ipak čini da ovo pitanje može ostaviti prostora brojnim dilemama ali i zloupotrebama.

Druga dimenzija ovog problema tiče se odredbe po kojoj svaka država potpisnica u svakom kasnijem trenutku može promijeniti stav i određenje o tome šta predstavlja najviši nacionalni sud u državi članici.<sup>51</sup> Ovakvo rješenje ostavlja prostor za različita tumačenja svakoj od država i potencijalne zloupotrebe, jer je prostor za manipulaciju više nego širok. Osim toga što može da dođe do potpuno pogrešnog tumačenja,

---

<sup>51</sup> Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series - No. 214, Strasbourg, (2013)

ovakva odredba je i opasnost za svaki sudski nacionalni sistem u kojem ne postoji društveni konsenzus o tome šta predstavlja najviši nacionalni sud. Nije teško pretpostaviti da bi se na taj način u politički nestabilnim društvima dao impuls zloupotrebi institucija, u ovom slučaju sudskih, od strane politike.<sup>52</sup> Postoji i bojazan da to može biti i plodno tlo za moguće disciplinovanje onih sudova koji su već proglašeni za najviše, ukoliko se njihove odluke ne poklapaju sa očekivanjima političkih elita ili svih onih čija zona interesa može biti ugrožena.

### **Konsitucionalna i sudska funkcija Evropskog suda za ljudska prava poslije Protokola 16, promjene i izazovi**

Kada se razmatra reforma Evropskog suda za ljudska prava i na koji način će se na istu odraziti ratifikacija Protokola 16, mora se razmotriti šta će se desiti sa dosadašnjim osnovnim funkcijama ovog suda, tj. da li će i one pretrpjeti izvjesne modifikacije. Ako se pođe od pretpostavke da su dvije osnovne funkcije suda konstitucionalna i sudska, neminovno je da će Protokol 16 uticati na to kako je rad suda izgledao do trenutka ratifikacije, a kako će izgledati poslije njega. Čini se ipak da će težište promjene ipak biti na njegovoj sudskoj funkciji. Naime, ona i sada podrazimjeva rad suda kojim on odlučuje o mnogobrojnim „klonovskim“ slučajevima, a njome se i unaprijeđuje mehanizam po kome se svako kršenje Konvencije može adresirati. Da bi se ona u svom punom obimu ostvarivala i do sada su bili potrebni ogromni ljudski kapaciteti i resursi, kao i ogroman rad svih onih koji učestvuju u procesu.

Zabrinjavajući je podatak po kome samo tokom 2012. godine 81 700 zahtjeva je odbijeno, 62 500 je prihvaćeno, dok je odluka donijeta samo u u 1 093 slučaja.<sup>53</sup> To nedvosmisleno govori o tome koliko je opterećenje suda i zašto sudsku funkciju treba osnažiti. Ipak, pojačanje sudske funkcije ne može se ostvariti samo osnaživanjem kadrovskih kapaciteta,

---

<sup>52</sup> Kanstantsin Dzehtsiarou & Noreen O'Meara, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, *Legal Studies, Legal studies*, vol.34, p. 444–468, (2014)

<sup>53</sup> *Annual Report 2012-European Court of Human Rights, Strasbourg*, (2012)

već je na neki način treba relaksirati i pojednostaviti. Ako se ima u vidu već pominjana priroda savjetodavnog mišljenja i onoga šta će ono podrazumijevati za Evropski sud za ljudska prava ako se Protokol 16 ratifikuje, teško je da novine koje on predviđa mogu dovesti do željenih rezultata. Naprotiv, savjetodavno mišljenje će sudsku funkciju Evropskog suda za ljudska prava dodatno usložiti, što je više nego jasno ako se zna da će sud čak i slučajevima odbijanja morati dati obrazloženo mišljenje za isto.<sup>54</sup> Imajući u vidu ovakav scenario, bilo je izvjesnih prijedloga kojima se željelo makar djelimično izbjeći da do dodatnog opterećenja dođe. To se dominantno odnosilo na početni prijedlog po kome bi se uspostavile mjere koje bi na neki način filtrirale slučajeve prema važnosti, što ipak nije prihvaćeno.<sup>55</sup>

Kada je u pitanju konstitucionalna uloga Evropskog suda za ljudska prava i uticaj Protokola 16 na istu, stvari su donekle drugačije u odnosu na sudsku. Izgleda da do ugrožavanja i uslozňavanja iste ne bi , došlo kao što je to slučaj sa sudskom. Ipak, i tu bi došlo do razvoja situacije gdje više ne bi postojalo jasno određenje o obimu i značaju ove funkcije. Kada se govori o konstitucionalnoj funkciji, ona u sadašnjim okvirima znači uspostavljanje standarda, problematizovanje složenih pravnih pitanja i opšte unapređenje ljudskih prava.<sup>56</sup> Ako se pođe od toga da se kontrolnim mehanizmom savjetodavnog mišljenja prije svega želi tumačiti pravo, jasno je da Evropski sud za ljudska prava to već čini u slučajevima koji su i do sada aktuelni pred sudom. Uostalom, prevladava mišljenje da se ova sudska funkcija može bolje osvariti u slučajevima gdje je postoji princip kontradiktornosti, tj. u onim slučajevima koji se raspravljaju pred sudom, gdje sve strane imaju pravo iznijeti

---

<sup>54</sup> Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series - No. 214, Strasbourg, (2013)

<sup>55</sup> Preparatory contributions, Interlaken Conference, at 35; available at [http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0108.File.tmp/Brochure\\_contributions\\_preparatoires\\_en.pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0108.File.tmp/Brochure_contributions_preparatoires_en.pdf) (Last visited 11 September 2014).

<sup>56</sup> F de Londras 'Dual functionality and the persistent frailty of the European Court of Human Rights' (2013) EHRLR 11, p. 13–16, (2013)



mišljenje.<sup>57</sup> Smatra se da ovom procedurom neće doći do produbljivanja konstitucionalne uloge suda, već da će se stvari samo zamagliti i učiniti problematičnim.

### **Zaključak**

Novina koju Protokol 16 uvodi a tiče se prava nacionalnih sudova da zatraže savjetodavno mišljenje izazvale je brojne polemike i zabrinutost. Jasno je da donošenje Protokola 16 nije samo sebi cilj već da treba da posluži da dođe do izvjesnih promjena, kako u konvencijskom sistemu, tako i sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava. Upravo pomenuta novina koja se tiče savjetodavnog mišljenja izazvala je najveće rasprave. One su se ticale svrsishodnosti ovakvog rješenja tj. pitanja balansa da li će ono donijeti više štete nego koristi. U ovom radu je predstavljena argumentacija i za i protiv savjetodavnog mišljenja. Projekcija tj. težnja da će se Protokolom 16 olakšati rad Evropskog suda za ljudska prava pokazala se dosta neuvjerljivom iz prostog razloga što će obaveza suda da postupa po još jednoj proceduri povećati obim posla. Ipak, takav argument nije dovoljan da se može doći do zaključka da Protokol 16 samo zbog ovoga treba odbaciti. Njegova funkcija koja ima izgleda da se za razliku od prethodne ostvari u boljem svijetlu je ona koja se tiče dijaloga koji se može ostvariti između Evropskog suda za ljudska prava i nacionalnih sudova.

Nesporno je da sami kontrolni mehanizam kako je trenutno postavljen je idealan teren za produbljivanje dijaloga. To je uočljivo čak i u potencijalnim slučajevima gdje sud neće prihvatiti da savjetodavno mišljenje (ipak postoji obaveza da se pruži obrazloženje odbijanja).

Osim poboljšanja dijaloga na relaciji Evropski sud za ljudska prava-nacionalni sudovi, Protokol 16 baca novo svijetlo na dimenziju saradnje ovog suda sa Evropskim sudom pravde. Čini se da kada se radi o ovom odnosu da je ovo do sada bila jednosmjerna ulica. Nakon takve situacije koja je trajala više decenija može se reći da saradnja dobija svoje puno značenje

---

<sup>57</sup> Kanstantsin Dzehtsiarou & Noreen O'Meara, Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?, *Legal Studies, Legal studies*, vol.34, p. 444–468, (2014)



ustanovljavanjem ovog kontrolnog mehanizma pred Evropskim sudom za ljudska prava. To je već jasno uočljivo ako se ima u vidu kolika je sličnost i koliko toga je preuzeto od prethodnog mišljenja. Ipak, osim pitanja saradnje, otvorilo se i pitanje negativnih efekata koje savjetodavno mišljenje sa sobom nosi, a tiče se potencijalnog preplitanja nadležnosti i bojazni da na ovaj način Evropski sud za ljudska prava može zadrijeti u autonomiju Evropskog suda pravde. Neki teoretičari smatraju da se na ovaj način Protokolom 16 malo dobiti, a da sama primjena može izazvati više dilema i problema.

Osnov za strah ogleđa se u potencijalnoj situaciji gdje bi savjetodavno mišljenje moglo voditi zloupotrebi od strane nacionalnih sudova, što bi otvorilo mogućnost za forum shopping između sudova u Luksemburgu i Strazburu. Ipak, iz svega što je rečeno nameće se zaključak da već postoje regulisane procedure, odnosno odredbe, koje su jasan garant da se takva zloupotreba može izbjeći. To se prije svega odnosi na član 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije koji garantuje da je mišljenje koje Evropski sud pravde uputi sudu posljednje instance konačno. To ga stavlja na pijedestal vrhovnog autoriteta u tumačenju prava Unije. Ono što je najbitnije je da su jasni standardi uspostavljeni i da svaki sud djeluje u granicama svojih nadležnosti. Pitanje koji je sud prvi donio odluku postaje irelevantno ako su odluke donesene u okvirima nadležnosti svakog od sudova. Ako se još uzme u obzir da je Evropski sud za ljudska prava i do sada pokazivao više nego odgovoran i oprezan odnos kada je u pitanju bilo koji slučaj koji može imati veze sa pravom EU, razlog za strah je još manji.

Može se zaključiti da rigidna tumačenja da Protokol 16 može izazvati nevolje i problematizovati tumačenja su prenaplašena, i da su mehanizmi za minimalizaciju takvog scenarija već obezbijeđeni. To znači da bi ograničenja Protokola 16 (potpuna ili djelimična) nanijela više štete nego koristi i da bi izazvala veću prijetnju razvoju konvencijskog pravnog sistema, nego što bi unazadila reformu Evropskog suda za ljudska prava i predstavljala prijetnju autonomiji prava Evropske Unije.

### **Summary**

Protocol No.16 to the European Convention of Human Rights (ECHR) was open for signature in 2013, but it didn't entered into force, because there isn't enough number of ratifications. The main novelty this Protocol regulates, concerns the possibility for the highest national courts (of members states of European Council) to request advisory opinion concerning the principles and applying the rights and freedoms defined by European Convention of Human Rights from the European Court of Human Rights.

The aim of this paper is to raise the question how will this protocol reflect the relations between European Court of Justice and European Court of Human Rights. Also it takes into account how will this reflect to the working practice and almost certain increasment in the number of cases to the ECtHR. The essential question takes into account the fear that Protocol No.16 to the ECHR would negatively reflect the autonomy of European law and whether it opens a door for a potential forum shopping between the courts in Luxembourg and Strasbourg, offering a detailed argumentation why this fear isn't justified.

Keywords: Protocol 16, ECHR, ECJ, ECtHR, reform, forum shopping.



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE  
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU  
„PРАВNI ZBORNIK”

# **PRIKAZI**



**Prof. dr Snežana MILADINOVIĆ** <sup>1</sup>

Prikaz knjige

**POSLOVANJE I USLUGE  
TURISTIČKO-UGOSTITELJSKIH SUBJEKATA**

autora

**prof. dr Dragana Vujisića i dr Andreja Mićovića**

Tekst svoje „Metafizike“ Aristotel počinje mislima o opažanju i saznanju, tačnije, o čulu vida kao primarnom u procesu saznanja. On piše: „Svi ljudi po prirodi teže saznanju. Dokaz je u značaju koji se opažanju pridaje. Naime, ono se ceni i samo po sebi, i nezavisno od koristi, a više od svih ostalih ono koje nam oči pružaju. Viđenje izabiramo takoreći pre svaga ostalog, ne samo da bismo nešto činili već i kad ne nameravamo ništa da činimo. Razlog tome je to što nam ovo čulo više od svih ostalih omogućava spoznaju i što nam mnoge razlike pokazuje.“<sup>2</sup>

Nepresušna potreba za saznanjem utkana je samo čovjekovo biće. Saznajući „putujemo“ kroz carstva nauka, religije, filozofije, umjetnosti... Saznajući stvaramo svijet u kom nezadrživo napreduje svijest o slobodi koja je osnov za dalje spoznaje.

Saznajemo i tako što putujemo, posmatramo nepoznate predjele, upoznajemo druge narode, kulture, običaje, tradiciju... *Jer, kao što je pisao Henri Miler: „naša destinacija nikada nije mjesto, već novi način posmatranja stvari“. Čovjek, budući biće saznanja, putuje (ma koji neposredan motiv bio) sa jednim krajnjim ciljem: da na nov način posmatra stvari i sebe među njima.*

Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu i Institut za pravne i društvene nauke su početkom 2016. godine objavili knjigu Poslovanje i usluge turističko-ugostiteljskih subjekata autora prof. dr Dragana Vujisića i dr Andreja Mićovića.

---

<sup>1</sup>

<sup>2</sup>Aristotel, Metafizika, Paideia, Beograd, 2007.; 980 a)

Na oko 350 strana autori su obradili složenu oblast poslovanja turističko-ugostiteljskih subjekata i usluge koje pružaju.

Knjiga Poslovanje i usluge turističko-ugostiteljskih subjekata je jedna od rijetkih koja na sveobuhvatan, sistematičan i naučno utemeljen način obrađuje pitanja poslovanja i usluga turističko-ugostiteljskih subjekata. Radi se o tekstu za koji se sa sigurnošću može tvrditi da će biti nezaobilazan za stručnu i naučnu javnost i neophodan kako studentima (osnovnih, magistarskih i doktorskih studija) koji se bave turizmom i hotelijerstvom, tako i pravnicima praktičarima i poslovnim ljudima.

Knjigu odlikuju preglednost, sistematičnost, analitičnost i jasna argumantacija. Obradena su najznačajnija pitanja poslovanja turističko-ugostiteljskih subjekata i data pravila sadržana u nacionalnom pravu. Tekst sadrži i uporedno-pravne analize poslovanja turističko-ugostiteljskih subjekata, kao i detaljne analize evropske legislative u materiji poslovanja navedenih subjekata.

Knjiga je podijeljena na dva dijela: prvi dio je posvećen poslovanju turističko-ugostiteljskih subjekata, a drugi dio obrađuje turističko-ugostiteljske usluge. Prvi dio i tajm-šering iz drugog dijela knjige, napisao je dr Andrej Mićović, a drugi dio knjige (izuzev tajm-šeringa) napisao je prof. dr Dragan Vujisić. Knjiga sadrži registar pojmova, spisak elektronskih izvora i spisak literature.

Prvi dio knjige pod naslovom Poslovanje turističko-ugostiteljskih subjekata podijeljen je na pet glava. Prva glava je posvećena načelnim razmatranjima.

Najprije je dat kratak pregled istorijskog razvoja turizma. Pisani istorijski izvori pokazuju da su Sumeri, drevni narod Mesopotamije, bili začetnici turističkih putovanja 4000 godina pr.n.e. Ugostiteljsku djelatnost podstakla je pojava novca, pa se u Vaviloniji, Asiriji, Palestini i Persiji pojavljuju prvi ugostiteljski objekti (karavan-saraji, krčme, prenoćišta za činovnike). U Egiptu se prvo putovanje vezuje za kraljicu Hatšepsut (1480 g. pr.n.e.) koja je posetila Punt i hram Deit El Bahari u Luksoru, o čemu svjedoči reljef oslikan na ovom hramu.

Putovali su i Stari Grci i to kako zbog Olimpijskih igara (počev od 776. god.pr.n.e), tako i zbog posjete čuvenim svetištima (Delfi, Delos) i ljekovitim banjama.

Zanimljivo je da se u to vrijeme u grčkim gradovima formiraju državni organi (proxenos) čiji je zadatak bio da pruže pomoć strancima. Brojni i veoma strogi zakoni donošeni su sa ciljem da se spriječi izrabljivanje stranaca, pružanje nekvalitetnih ugostiteljskih usluga, krađa putnika, nehigijena, nemoralne priredbe i slično. Stari Grci su često zaključivali i „ugovore o prijateljskim posjetama“ kojim su se potpisnici obavezivali na recipročan smještaj koji je uključivao prenočište i hranu. Zaključenje ugovora je bilo praćeno simboličnom radnjom lomljenja određenog predmeta na dva dijela pri čemu je svaka strana zadržavala svoj dio. Polovina predmeta koju je svaka strana zadržavala zvali su *sumbolon*, a autor ga duhovito naziva pretečom *vaučera*.

Putovalo se i u starom Rimu, a najčešće na obale mora u ljetnjim mjesecima, kao i u termomineralna lječilišta i banje, gdje su građene velelepne vile, a za careve i visoke državne funkcionere pretorie i palate. Izvori ukazuju da je postojala i vodička služba, te su posjetioci mogli da iznajme vodiče poznate kao *perigeta* i *exigeta* koji su imali zadatak da putnicima pokažu znamenitosti grada.

Nakon pada Zapadnog rimskog carstva i hiljadugodišnjeg zastoja u interesovanju za putovanja, u XV vijeku se pojavljuju prvi organizatori putovanja za hodočasnike radi posjete svetim mjestima. U XVII i XVIII vijeku se sve češće putuje kako zbog razonode, tako i zbog zarade. No, prvo organizovano putovanje vezano je za Tomasa Kuka koji je 1845. organizovao putovanje 570 putnika radi učešća na jednom kongresu. Tomas Kuk je osnovao i prvu putničku agenciju *Thomas Cook and Son* koja je organizovala prvo putovanje iz Engleske u Švajcarsku, zatim putovanje u Egipat i na kraju prvo putovanje oko svijeta. Ipak, do pojave „masovnom turizmu“ dolazi tek nakon II svjetskog rata.

U ovoj glavi obrađena su i osnovna načela u turizmu (načelo obezbjeđivanja jedinstvenih standarda za pružanje usluga u turizmu i deset načela sadržanih u Etičkom kodeksu u turizmu Svjetske turističke organizacije Ujedinjenih nacija) izvori prava u turizmu (nacionalni i pravni izvori EU) i detaljno objašnjeni termini i pojmovi koji se koriste u turizmu.

Druga glava prvog dijela knjige nosi naslov Pravne forme i subjekti, a autor Andrej Mićović u njemu obrađuje pravne forme i status nosilaca turističko-ugostiteljskih aktivnosti, kao i vrste nosilaca ove djelatnosti. Detaljno su objašnjeni osnivanje, organizacija i rad upravljača turističkog prostora, turističkih organizacija za promociju turizma, turističkih agencija, turističkih vodiča i ugostitelja.

Treća glava je posvećena pojmovnom određenju i vrstama turističko-ugostiteljskih djelatnosti. Tekst ove glave podijeljen je na pet djelova. Prvi dio posvećen je uvodnim razmatranjima o turističko-ugostiteljskoj djelatnosti i njenom klasifikovanju. U drugom dijelu autor detaljno razmatra turističku, u trećem ugostiteljsku, u četvrtom nautičku, a u petom lovno-turističku djelatnost.

Četvrta glava posvećena je registraciji turističko-ugostiteljskih subjekata, a sadrži osnovna načela, postupak registracije i registracionu dokumentaciju. Fizička i pravna lica, koja obavljaju turističko-ugostiteljsku djelatnost, registruju se u odgovarajući registar koji predstavlja jedinstvenu, javnu, elektronsku bazu podataka. Postupak registracije zasniva se na načelima javnosti i dostupnosti, tačnosti i pretpostavke savjesnosti, formalnosti i vremenskog rasporeda upisa.

Kontroli poslovanja turističko-ugostiteljskih subjekata posvećena je peta glava prvog dijela knjige. Detaljno je objašnjen i postupak inspeksijskog nadzora primjene zakona u oblasti turističko-ugostiteljske djelatnosti.

Drugi dio knjige posvećena je turističko-ugostiteljskim ugovorima. Ovaj dio knjige podijeljen je na sedam glava. Autor prof. dr Dragan Vujisić obradio je ugovor o organizovanju putovanja, posrednički ugovor o putovanju, ugovor o alatmanu, ugovor o ugostiteljskim uslugama, agencijski ugovor o ugostiteljskim uslugama, ugovor o usluživanju hrane i točenju pića. U ovom dijelu knjige je obrađen i ugovor o tajm-šeringu.

Prva glava drugog dijela knjige posvećena je ugovoru o organizovanju putovanja. Autor je nakon definisanja ovog ugovora, ukazao na nacionalne propise koji ga regulišu, ali i sadržinu, ulogu i značaj Direktive 90/314 EEZ i Direktive EU 2015/2302. Ugovor o organizovanju putovanja definiše se kao ugovor kojim se obavezuje organizator putovanja da pribavi



putniku skup usluga koje se sastoje od prevoza, boravka i drugih usluga koje su sa njim vezane, a putnik se obavezuje da organizatoru plati ukupnu (paušalnu) cijenu. Autor analizira šta je predmet ovog ugovora i objašnjava različita shvatanja o broju i vrstama usluga koje čine skup usluga (paket usluga),ko mogu biti ugovorne strane kod ovog ugovora, njegovusadržinu i formu. Detaljno su analizirane obaveze organizatora putovanja i obaveze putnika, ali i posebna prava putnika, kao što su njegova zamjena drugim licem, pravo putnika da odustane od ugovora i posebna prava organizatora putovanja i to: pravo organizatora putovanja da odustane od ugovora i pravo na povećanje cijene. Posebna pažnja posvećena je pitanju izmjene sadržaja ugovora kao i pitanju odgovornosti organizatora putovanja koja je utvrđena domaćim propisima, ali i Direktivom EU 2015/2302.

Druga glava drugog dijela knjige obrađuje posrednički ugovor o putovanju. Kroz domaći i legislativu EU data je definicija i karakteristike ovog ugovora, ugovorne strane, sadržina i forma ovog ugovora.

Ugovoru o alotmanu posvećena je treća glava drugog dijela knjige. Ugovor o alotmanu je specifična vrsta ugovora o pružanju turističkih usluga, nastao iz potreba turističkog prometa, a koji se zaključuje između turističke agencije i hotelijera (ugostitelja) kojim se ugostitelj obavezuje da stavi na raspolaganje predviđene hotelske (ugostiteljske) kapacitete za određeni vremenski period i da u tom periodu prima i pruža usluge gostima koje mu šalje turistička agencija, a ova se obavezuje da šalje goste hotelijeru i da mu plati naknadu za ugovorene usluge. Autor je detaljno analizirao ovaj ugovor, njegovu sadržinu i dejstvo, kao i pojedine vrste ovog ugovora.

Ugovoru o ugostiteljskim uslugama posvećena je četvrta glava drugog dijela knjige. Nakon definisanja, navedene su osnovne karakteristike ovog ugovora, navedene obaveze ugostitelja i obaveze gosta. Na kraju je obrađeno i pitanje raskida ugovora.

Agencijskom ugovoru o ugostiteljskim uslugama kao ugovoru kojim se ugostitelj obavezuje naručiocu da će pružiti gostu, klijentu agencije, smještaj i druge ugostiteljske uslugeza naknadu i plati ugovorenu proviziju, posvećena je peta glava drugog dijela knjige. Kroz nacionalne i propise EU obrađeni su pojam, karakteristike, zaključenje i sadržina ovog ugovora.

Ugovoru o usluživanju hrane i točenju pića posvećena je posebna, šesta glava drugog dijela knjige. Dat je pojam ovog ugovora, objašnjeno njegovo zaključivanje, obrađene obaveze ugostitelja i obaveze gosta.

Sedma glava poslećena je ugovoru o tajm-šeringu. Dato je pojmovno i terminološko određenje tajm-šeringa i ugovornih strana kod ovog ugovora. Posebno su analizirane pravne forme i podjele tajm-šeringa. Centralno mjesto pripada analizi pravne prirode i sadržine ovog ugovora i njegovom odnosu s drugim ugovorima. Naravno, dat je pravni okvir za nastanak i dejstvo tajm-šeringa, a u okviru ovih analiza posebno su objašnjene obaveze predugovornog obavještanja, pravo na odustanak, forma i sadržina ugovora, kao i druga sredstva za ograničavanje slobode ugovaranja i zaštite potrošača. Na kraju su analizirana pravila o obavezama ugovarača i prestanku ugovora. Treba naglasiti da se radi o svestranim analizama pozitivno-pravnih rješenja sadržanih u domaćem i uporednom zakonodavstvu, kao i u Direktivama EU.

Knjiga Poslovanje i usluge turističko-ugostiteljskih subjekata autora prof. dr Dragana Vujisića i dr Andreja Mičovića predstavlja jedan od rijetkih sveobuhvatnih radova na navedenu temu. Izloženi su brojni teorijski stavovi, istorijski razvoj kako turizma tako i pojedinih ugovora u turizmu, data uporedno-pravna analiza pojedinih ugovora i ukazano na razvojne tendencije koje se ispoljavaju u evropskom zakonodavstvu, a koje za rezultat treba da imaju dalju harmonizaciju propisa u ovoj oblasti. Tekst sadrži svestrane analize odredaba domaćeg, uporednog i prava EU, ali i pozivanje na vladajuće doktrinarne stavove.

Autori su nam na stranicama svoje knjige priuštili, „putovanje“ koje donosi specijalističko, pravničko znanje. Time što su pokazali i prikazali pravnu stranu poslovanja i usluga turističko-ugostiteljskih subjekata omogućili su i novi način njihovog posmatranja i vrednovanja. Pokazali su ispravnost i svevremenost misli Svetog Avgustina, slavnog teologa i filozofa, koji je rekao da je „svijet knjiga“ i da „onaj ko ne putuje pročita samo jednu stranu.“

**In memoriam**

**MOMČILO M. VUČINIĆ**  
(1929-2016)

Rad je spoznaja samoga sebe – spoznati sebe znači raditi – jer o trudu žito rodi, a o mucu grozdovi vise – bio je moto proprium zavjetnika ljudskog rada, stvaraoca, graditelja i mislioca, jednog iz kolone i čvrstog stega ljudskog soja, zastavnika znanja, kulture, pregalaštva, altruizma, iskonske ljudskoće i humanizma, junaka socijalističkog rada, jednog od čelnika iz bogate plejade velikih crnogorskih pravnika čiji život i stvaralačko pregnuće za čovjeka i opšte dobro kao agon za *memoriam in aeternam* – bila je životna i radna lozinka priznatog i uglednog djelatnika crnogorskog pravosuđa i pravednika po supstancijalnosti savjesti i duše u aksiologiji svoga duha Momčila M. Vučinića, što je u zavjetnosti tišine svojih najbližih preminuo i ispraćen 22.01.2016. godine, kojim činom smrtne ure je potvrdio gospodstvo i otmjenost svoga života ali i moralni i duhovno-spoznajni stav spram bića realne esencije ljudskog bivstva što od drveća ne vide šumu bivši zapleteno u nerazmrsivo pletivo egzistencije na čijim krajevima ne sijaju zrake svjetlosti čovjekove ljudske prirode – *homo homini deum*.

Momčilo Vučinić je zaslužnik crnogorske jurisprudencije i judikature u kojoj je ostavio duboki trag svog plemenitog i tvoračkog nadahnuća, ogromnog entuzijazma, filantropije, i ljubavi prema praiskonskim blagodetima: slobodi i pravici.

Nakon završenog osnovnog i gimnazijskog školovanja diplomirao je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 1954.g., na kojem su katedre držali glasoviti profesori: Bartoš, Vajs, Konstatinović, Gams, Samardžija, Stojčević i dr. da bi ubrzo, zapažen bistrinokm svog uma, znanjem, organizatorskim sposobnostima i mudrušću, postao predsjednik Sreskog, pa potom predsjednik Okružnog suda u Titogradu, potpredsjednik Skupštine Opštine Titograd, potpredsjenik Izvršnog vijeća Skupštine Crne Gore, predsjednik Ustavnog suda Crne Gore (1982-1986).

Svoju bogatu i stvaralačku radnu karijeru okončao je 1989. g. kao ministar u saveznoj vladi SFR Jugoslavije, uvijek pri tom bivajući uključen u razvojne tokove pravne misli sudske i upravne prakse u okvirima crnogorske asocijacije pravnika đe se njegova mudra misao s pažnjom slušala.

Temeljno poznavajući zakonitosti društvenih procesa, obdaren dijalektičkim duhom, sa kritičkim pogledom na konzervativizam i dogmatizam, M. Vučinić je, poput antičkih mudraca, znao da su vječne samo promjene. Bio je istinski zaljubljenik u ideju ljudskog rada zasnovanoj na samooslobođenju, emancipaciji ljudskih stvaralačkih potencija što su izvirale iz ontološke supstancije i suštine samoupravnog bića socijalističke društvene formacije koja je počivala na čovjeku i mjeri njegove humanističke egzistencije, iskazujući poštovanje prema dostojanstvu svakog čovjeka i visok nivo tolerancije u ekspresiji ljudskog mišljenja, pogleda, socijalnih i filozofskih ideja, nepokolebljiv u čvrstini svog moralnog karaktera, tvrd kao kamene stijene njegovih rodni Rogama (Piperi), a opet bistar, širok i glasit kao zeleni virovi rijeke Zete, čiji su mu zavičajni akordi davali krila njegovom životnom impulsu.

Svojim životnim ostvarenjem i uspješnim profesionalnim dometima u pravničkoj struci on je zavrijedio poštovanje crnogorskog pravničkog esnafa, potvrđujući eshatološku filozofemu da je smrt početak besmrtnosti.

**dr Čedomir Bogićević**

**U P U T S T V O**  
**AUTORIMA ZA OBJAVLJIVANJE TEKSTOVA U**  
**ČASOPISU ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU**  
**„PRAVNI ZBORNIK”**

Autori koji dostavljaju tekstove redakciji časopisa za pravnu teoriju i praksu “Pravni zbornik” treba da ispune sljedeće normative prilikom izrade teksta:

1. Radove kucati sa dovoljno margine, proredom – 28 redova po stranici. Ukoliko je tekst rađen u elektronskoj formi, koristiti font – Bookman Old Style 12.

2. Obim teksta:

- 2.1. za članke do 25 stranica,
- 2.2. za ostale priloge do 15 stranica,
- 2.3. za prikaze, osvrte i druge priloge do 10 stranica,
- 2.4. za rubriku In memoriam – jedna stranica.

3. Tekstovi se objavljuju na crnogorskom jeziku, kao i na jezicima koji su u službenoj upotrebi u Crnoj Gori (srpski, bosanski, albanski i hrvatski). Na kraju teksta neophodno je uraditi i priložiti rezime na engleskom ili francuskom jeziku. Obim rezimea ograničen je na jednu stranicu.

Ukoliko autor insistira na objavljivanju članka na nekom od stranih jezika, dužan je dostaviti rezime na crnogorskom jeziku.

4. Rukopise dostavljati najmanje u jednom primjerku i u elektronskoj formi (CD, e-mail...) na e- mail adresu glavnog i odgovornog urednika dr Branislava Radulovića - upcg.cg@gmail.com

Radove slati uz dostavljanje sljedećih podataka: ime i prezime autora, zvanje, mjesto rada i broj kontakt telefona.

5. Manuskripti i digitalni zapisi se ne vraćaju.

6. Fusnote unositi na dnu stranice na kojoj se nalaze, vidno odvojene od ostalog teksta. Fusnote obilježavati arapskim brojevima.

7. Ukoliko se u radu jedno djelo istog autora citira u više fusnota koje nijesu neposredno jedna iza druge, iza imena autora, drugi i svaki naredni put upotrijebiti skraćenicu „op.cit” i početna slova naslova citiranog dijela. Ukoliko se jedan rad istog autora citira u fusnotama koje slijede jedna iza druge, poslije prvog navođenja podataka o autoru i radu upotrijebiti skraćenicu „Ibid”.

8. Citiranjem treba obuhvatiti: ime i prezime autora, naziv djela, mjesto i godinu izdavanja djela, naziv izdavača ili naziv glasila i broj citirane strane.

9. Citiranje sudskih odluka treba da sadrži: vrstu odluke, broj i datum, naziv suda.

10. Sudska praksa treba da sadrži izvedenu sentenciju sa kratkim obrazloženjem uz navođenje suda, broja i datuma odluke.

11. Dostavljanje rukopisa koji sadrži autorski prilog smatra se ponudom autora, a objavljivanje teksta prihvata od strane izdavača.

12. Redakcija časopisa „Pravni zbornik” zadržava pravo korekture teksta.

Izlazak „Pravnog zbornika” pomogli su:



Ambasada SAD u Podgorici  
– Biro Stej Dipartmenta za borbu protiv medjunarodne trgovine  
drogom i sprovođenje zakona (INL).

Fondacija Petrović - Njegoš

---

Autori zadržavaju svoja prava.  
Neovlašćeno predstavljanje, snimanje, umnožavanje, stavljanje  
u promet ili drugim nezakonitim načinom iskorišćeno autorovo  
djelo podliježe građanskoj i krivičnoj odgovornosti

CIP – Katalogizacija u publikaciji  
Centralna narodna biblioteka Crne Gore, Cetinje

34

**ПРАВНИ зборник:** часопис за правну теорију и  
праксу / главни и одговорни уредник Бранислав  
Радуловић. – Год. 1, бр.1 (1993) - Подгорица,  
(Новака Милошева бб) : Удружење правника  
Црне Горе (Подгорица : Побједа ).– 24 цм

Два пута годишње.  
ISBN 0350-6630 – Правни зборник  
COBBIS.CG-ID 015934978

