

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 71 | ГОДИНА LIV | 2015

**COLLECTION OF PAPERS  
FACULTY OF LAW, NIŠ**

Nº 71 | YEAR LIV | 2015

НИШ, 2015.

# ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2015.

## Издавач

Правни факултет у Нишу

## За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

## Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

### Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Чорбић  
Проф. др Мирко Живковић  
Проф. др Невена Петрушић  
Проф. др Саша Кнежевић  
Проф. др Срђан Голубовић  
Проф. др Горан Обрадовић

### Чланови Редакционог одбора из иностранства

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија  
Проф. др Иванова Светлана Анатолевна, декан Правног факултета Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија  
Груцина Людмила Јуревна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Проф. др Анатолий Капустин, професор Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД  
Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине  
Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор Академије адвокатуре и нотаријата Руске федерације

**Секретар Редакционог одбора:** доц. др Душица Миладиновић-Стефановић

**Преводи:** Гордана Игњатовић (енглески)

**Лектура:** Александра Гојковић, Марко Јовић (италијански)

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Штампа:** Пунта, Ниш

Од 1. марта 2014. године Зборник радова Правног факултета у Нишу под називом *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* је у пуном тексту доступан у EBSCO бази Legal Source.

---

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу  
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +381 18 200 501,  
zbornik@prafak.ni.ac.rs, www.prafak.ni.ac.rs

**COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIŠ**  
NIŠ, 2015

**Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

**For the Publisher:**

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

**Editor-in-Chief:**

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

**Editorial Board Members  
(Faculty of Law):**

Prof. dr Dragan Čorbić  
Prof. dr Mirko Živković  
Prof. dr Nevena Petrušić  
Prof. dr Saša Knežević  
Prof. dr Srđan Golubović  
Prof. dr Goran Obradović

**Editorial Board Members (international):**

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria  
Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia  
Prof. dr Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Анатолий Капустин, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA  
Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine  
Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

**Technical Secretary of the Editorial Board:**

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

**Translation:** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković, Marko Jović (Italian)

**Desktop publishing:** Nenad Milošević

**Print:** Punta, Niš

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš  
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia  
Telephone: +381 18 500 201,  
E-mail: [zbornik@prafak.ni.ac.rs](mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs)  
Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>  
<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>



# САДРЖАЈ

Уводна реч.....9

## І ЧЛАНЦИ

### У ФОКУСУ

## ПРАВО АЗИЛА У ЕВРОПСКОМ СИСТЕМУ ЉУДСКИХ ПРАВА

### Небојша РАИЧЕВИЋ

Изградња заједничког европског система азила и његово прилагођавање масовном приливу миграната.... 13

### Анђела ЂУКАНОВИЋ

Заштита људских права тражилаца азила и илегалних миграната – пракса Европског суда за људска права ..... 33

### Зоран РАДИВОЈЕВИЋ

Улога Комисије у доношењу и извршењу правних аката Европске уније ..... 61

### Мирослав ПОПОВИЋ

Основе нормативног регулисања кривичног судског поступка у Кнежевини Србији (1846–1865)..... 81

### Драган ЈОВАШЕВИЋ

Убиство у француском кривичном праву..... 97

### Милева АНЂЕЛКОВИЋ

Опорезивање у глобалној перспективи..... 111

### Ирена ПЕЈИЋ

Британски парламент: покушај уставне реформе ..... 129

### Драгољуб ТОДИЋ

Управљање водним ресурсима и европске интеграције Србије ..... 149

### Сузана МЕДАР

Скица за промишљање општих начела Европске уније.. 169

### Марија ИГЊАТОВИЋ

La tutela dei diritti umani e delle minoranze nell'era della Repubblica Romana ..... 187

### Маја НАСТИЋ

ECtHR and National Constitutional courts ..... 203

<b>Александар МОЈАШЕВИЋ,</b> <b>Љубица НИКОЛИЋ</b> Тржиште обвезница јавног сектора у Србији: стање и перспективе развоја.....	221
---	-----

## II СУДСКА ПРАКСА

<b>Драган СТОЈАНОВИЋ</b> Издвојено мишљење на одлуку Уставног суда iуз-156/14 (оцена уставности Закона о допуни закона о судијама, „Службени гласник РС“, број 121/12).....	243
<b>Оливера ВУЧИЋ</b> Издвојено мишљење на одлуку Уставног суда iуз-156/2014 (оцена уставности Закона о допуни закона о судијама, „Службени гласник РС“, број 121/12) .....	253

## III ПРИКАЗИ

<b>Михајло ЦВЕТКОВИЋ</b> Међународна научна конференција „Право у функцији заштите слабијег“ .....	263
<b>Филип МИРИЋ</b> Миомира Костић, Дарко Димовски, Филип Мирић „Малолетничка делинквенција кроз призму новинских извештаја у дневном листу Политика 1904-1941.“ Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2015. ....	267

## IV IN MEMORIAM

<b>Срђан ГОЛУБОВИЋ</b> Проф. др Милорад Божић (1946-2015).....	273
---	-----

## V РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

<b>Бојан ВЛАШКИ</b> Садржина и прав(н)а природа концепта добре управе .	277
<b>Жељко ЛАЗИЋ</b> Правни аспекти грађанских и верских слобода јеврејске заједнице на нашим просторима.....	293
<b>Вукашин ПЕТРОВИЋ</b> Услуге еко - туризма у светлу нових кластера и примене права интелектуалне својине .....	311
<b>Списак рецензената</b> .....	325
<b>Упутство за ауторе</b> .....	329

# CONTENTS

Editor's Introductory Note..... 10

## I ARTICLES

### IN FOCUS

### RIGHT TO ASYLUM IN THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

**Nebojša RAIČEVIĆ**

Building the Common European Asylum System and its  
Adjustment to Mass Refugee Flows ..... 13

**Anđela ĐUKANOVIĆ**

Protection of Human Rights of Asylum and Illegal Migrants –  
Practice of European Court of Human Rights ..... 33

**Zoran RADIVOJEVIĆ**

The Role of the European Commission in the Enactment  
and Execution of Legal Acts of The European Union..... 61

**Miroslav POPOVIĆ**

The Normative Framework of Criminal Procedure  
in the Principality of Serbia (1846-1865)..... 81

**Dragan JOVAŠEVIĆ**

Murder in the French Criminal Law ..... 97

**Mileva ANĐELKOVIĆ**

The Global Prospects of Taxation ..... 111

**Irena PEJIĆ**

The British Parliament: An Effort Towards  
the Constitutional Reform ..... 129

**Dragoljub TODIĆ**

Water Resources Management and European  
Integration of Serbia..... 149

**Suzana MEDAR**

A Sketch for Revisiting the General Principles of Eu Law ... 169

**Marija IGNJATOVIĆ**

Заштита људских и мањинских права у доба  
Римске републике - правни положај перегрина ..... 187

**Maja NASTIĆ**

Европска конвенција и уставни судови ..... 203

<b>Aleksandar MOJAŠEVIĆ</b>	
<b>Ljubica NIKOLIĆ</b>	
Public sector Bonds market in Serbia:	
Status and prospects of development.....	221

## II JUDICIAL PRACTICE

<b>Dragan STOJANOVIĆ</b>	
Dissenting opinion on the Constitutional court decision iuz-156&14 (Constitutional Review on Amendments of the Judiciary act, Official gazette RS, no. 121/12) .....	243

<b>Olivera VUČIĆ</b>	
Dissenting opinion on the Constitutional court decision iuz-156&14 (Constitutional Review on Amendments of the Judiciary act, Official gazette RS, no. 121/12) .....	253

## III REVIEW

<b>Mihajlo CVETKOVIĆ</b>	
International Scientific Conference: “Legal Protection of vulnerable groups” .....	263

<b>Filip MIRIĆ</b>	
Miomira Kostić, Darko Dimovski, Filip Mirić: “Juvenile Delinquency in Light of News Reports In The Daily Newspaper “Politika“1904-1941, Publication Center, Faculty Of Law, University of Niš, Niš, 2015 .....	267

## IV IN MEMORIAM

<b>Srđan GOLUBOVIĆ</b>	
IN MEMORIAM, Prof. Milorad BOŽIĆ .....	273

## V PHD STUDENTS' PAPERS

<b>Bojan VLAŠKI</b>	
Content and Legal nature of the Concept of good administration .....	277

<b>Željko LAZIĆ</b>	
Legal Aspects of the Civil and Religious freedom of Jewish Community in our region .....	193

<b>Vukašin PETROVIĆ</b>	
Eco-Tourism services in light of new Clusters and Application of Intellectual Property Rights .....	311

<b>List of Reviewers</b> .....	325
--------------------------------	-----

<b>Guidelines for Authors</b> .....	331
-------------------------------------	-----



## Уводна реч

Поштовани читаоци,

У редовном броју Зборника радова Правног факултета у Нишу (71/2015), који се налази пред вама, публиковани су радови пристигли у Редакцију до краја октобра 2015. године. Редакција часописа одлучила је да у фокусу пажње буде тема која заокупља не само домаћу, већ и међународну стручну и политичку јавност, а то је право азила у европском систему заштите људских права. Остали радови, једнако научно интригантни и вредни, изложени су у складу са њиховом научном категоријом у оквиру установљених рубрика у часопису.

На позив Центра за евалуацију у образовању и науци (ЦЕОН) представници Правног факултета у Нишу, предвођени доц. др Душицом Миладиновић-Стефановић, секретаром Редакционог одбора, учествовали су у обуци за употребу SCIndeks Asistent програма, која је одржана 09. новембра, 2015. године у Београду. Редакција часописа предузеће све потребне кораке током 2016. године у циљу примене SCIndeks Asistent програма, што ће омогућити online уређивање часописа и високе стандарде у погледу припреме за штампу, публикавања радова, опреме DOI ознаком (CrossRef) и превенције плагијаризма (CrossCheck/iThenticate).

У Нишу, новембар, 2015. године

*Проф. др Ирена Пејић,  
главни и одговорни уредник*

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

This Collection of Papers of the Faculty of Law in Niš (71/2015) includes the articles which were submitted for publication by the end of October 2015. The Editorial Board has decided that the rubric In Focus should cover the Right to Asylum in the European Human Rights' Protection System, as a topical issue that has been capturing attention of both national and international scientific and political public lately. In line with the structural framework of this Law Journal, the submitted articles have been classified into relevant rubrics, depending on their scientific categorization.

Upon the invitation of the Center for Evaluation in Education and Science (CEES), several representatives of the Law Faculty in Niš, forefronted by doc. dr Dušica Miladinović-Stefanović in the capacity of the Editorial Board Secretary, have participated in the training for using the SCIndex Assistant Program held in Belgrade on 9 November 2015. In the course of 2016, the Editorial Board will take all the necessary steps to put the SCIndex Assistant Program into use, which will eventually facilitate online editing of the Law Faculty Journal and ensure high standards in terms of pre-press editing, publication, providing DOI tagging (CrossRef) and preventing plagiarism (CrossCheck/iThenticate).

Niš, November 2015

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

# ЧЛАНЦИ

---

**У ФОКУСУ**

**ПРАВО АЗИЛА У ЕВРОПСКОМ  
СИСТЕМУ ЉУДСКИХ ПРАВА**



**Др Небојша Раичевић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.43:314.74-054.73](4)

Рад примљен: 25.10.2015.

Рад прихваћен: 13.11.2015.

## **ИЗГРАДЊА ЗАЈЕДНИЧКОГ ЕВРОПСКОГ СИСТЕМА АЗИЛА И ЊЕГОВО ПРИЛАГОЂАВАЊЕ МАСОВНОМ ПРИЛИВУ МИГРАНАТА\*\***

**Апстракт:** Стварање заједничких правила о азилу у ЕЗ/ЕУ започело је у сфери међудржавне сарадње усвајањем Даблинске конвенције. Пребацивањем области азила у први стуб, институције ЕУ су добиле овлашћење да доносе обавезујуће акте у тој области и на тај начин изграде Заједнички европски систем азила. Комунитарне институције су у првој фази установиле минималне стандарде у области азила, док су у другој фази установиле заједничке стандарде и тиме оствариле већу уједначеност у поступању држава чланица приликом пружања међународне заштите. Пошто су постојећа правила показала низ слабости у условима масовног прилива миграната, 2015. године је усвојен низ привремених мера ради отклањања уочених недостатака.

**Кључне речи:** азил, Европска унија, Заједнички европски систем азила, избеглице, супсидијарна заштита.

### **1. Увод**

Првих неколико деценија постојања Европске заједнице (даље: ЕЗ) азил је био у искључивој надлежности држава чланица, али ширењем интегративних процеса наметнула се потреба да то питање буде регулисано на нивоу Заједнице/Уније. Ступање на снагу Шенгенског споразума

---

\* raicko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

захтевало је усвајање заједничких правила о одређивању државе надлежне за разматрање захтева за азил, што је остварено закључењем посебне конвенције као инструмента међудржавне сарадње. Пребацивање азила у први стуб Европске уније (даље: ЕУ) извршено Амстердамским уговором, омогућило је бриселским институцијама да аутономно уређују ту област. Искористивши ту могућност, институције ЕУ су у периоду 1999–2005. године усвојиле низ комунитарних аката којима је креиран Заједнички европски систем азила (даље: ЗЕСА). Пошто је тај први сет правила показао низ слабости, приступило се њиховом ревидирању ради побољшања усвојених решења (друга фаза). Ипак, и тај унапређени систем азила показао је значајне слабости у условима масовног прилива миграната, што је 2015. године довело до усвајања низа мера ради превазилажења насталог стања.

## **2. Настанак и развој политике азила у ЕУ**

У развоју политике азила у ЕУ могу се уочити три фазе. Почетна фаза се одвијала у периоду док је област азила спадала у међудржавну сарадњу, док се друге две фазе везују за ЗЕСА, који је настао као последица комунитаризације области азила.

### **2.1. Почетна фаза међудржавне сарадње**

Укидањем унутрашњих граница између држава чланица ЕЗ извршеним Шенгенским споразумом појавила се опасност неконтролисаног кретања тражиоца азила унутар те организације и бирање државе од које ће затражити азил. Због тога је Конвенцијом о имплементацији Шенгенског споразума (1990)<sup>1</sup> тражиоцима азила онемогућено тражење азила истовремено у већем броју држава чланица, што су они практиковали како би повећали шансу за добијање азила („азилантско пијачарење“) (Cherubini, 2015: 135). Чл. 28–30 Имплементационе конвенције садрже прецизна правила о томе која држава је надлежна за поступање по захтеву тражиоца азила у шенгенском простору. Исте године усвојена је и *Конвенција о одређивању државе надлежне за разматрање захтева за азил (Даблинска конвенција)*,<sup>2</sup> коју је, поред пет држава уговорница Имплементационе шенгенске конвенције, ратификовало и осталих 10 тадашњих држава чланица ЕЗ. Њена материјална правила била су иста као и правила чл. 28–30 Имплементационе шенгенске конвенције, с тим

---

1 ОЈ ЕС, L 239/19.

2 ОЈ ЕС, C 254/1.

што је она предвидела и размену информација између држава чланица ради ефикасније примене прописаних критеријума.

Уговор из Мастрихта је навео азил као једно од девет питања од општег интереса за државе чланице ЕУ (чл. К.1), уз констатацију да у тој области треба поступати у складу са Европском конвенцијом о људским правима и Конвенцијом о избеглицама (чл. К.2). Институције ЕУ и даље нису имале значајнија овлашћења у области азила. Савет и Европски парламент (даље: ЕП) нису могли доносити обавезујуће одлуке у тој сфери, а Суд правде ЕЗ није имао могућност контроле мера усвојених у тој области. Органи ЕУ су у области азила могли доносити само необавезујуће инструменте „меког права“, тако да је та област и даље остала у сфери класичне међудржавне сарадње.

## **2.2. Прва фаза ЗЕСА (1999–2005)**

Уговором из Амстердама направљен је крупан заокрет на плану регулисања азила. Њиме је област виза, азила и имиграција пребачена из трећег у први стуб ЕУ, чиме је азил из сфере међудржавне сарадње прешао у надлежност институција ЕУ. Том променом омогућена је хармонизација политике азила у ЕУ и већ на састанку Европског савета у Тампереу (1999) постављени су доста амбициозни циљеви. У закључцима са тог састанка говори се о „заједничкој политици ЕУ у области азила и миграција“ и стварању „заједничког европског система азила“.<sup>3</sup>

Међутим, иако дислоцирана у први стуб, област азила није била у потпуности „комунитаризована“ (Kaunert, Leonard, 2012: 9). У почетном петогодишњем периоду постојала су значајна ограничења у легислативном поступку. Иако је добила законодавну иницијативу у области азила, Комисија је то овлашћење делила са државама чланицама. И улога ЕП била је периферна, пошто је Савет имао једино обавезу да затражи и добије његово мишљење (консултативни поступак). Ни Савет није био поштеђен примеса међудржавне сарадње, јер је у прелазном периоду одлуке у области азила доносио једногласно. Слабији степен комунитаризације уочавао се и у ограниченој надлежности Суда правде у тој сфери.

У првој фази ЗЕСА, која обухвата период од 1999. до 2005. године, усвојено је пет легислативних аката, и то: Регулатива о одређивању надлежне државе чанице ЕУ за разматрање захтева за азил (Даблинска регулатива II)<sup>4</sup>, коју

---

3 European Council, Presidency Conclusions of the Tampere European Council, 15-16 October 1999.

4 Регулатива Савета (ЕЗ) 343/2003, ОЈ ЕУ, L 50/1.

прати Регулатива о Eurodac-у<sup>5</sup>, Директива о условима прихвата тражиоца азила<sup>6</sup>, Директива о условима за добијање статуса избеглице („Директива о квалификацији“)<sup>7</sup> и Директива о процедури за тражење азила<sup>8</sup>. Државе чланице имале су обавезу да минималне стандарде садржане у наведеним актима имплементирају у свој правни поредак, с тим што су могле пружити и бољу заштиту од оне предвиђене комунитарним актима.

Пракса је показала да су неки стандарди уграђени у регулативе и директиве били слабији од оних предвиђених међународним правом или су државама чланицама давали широку дискрецију код њихове имплементације (Vauloz, Ineli-Ciger, Singer, Stoyanova, 2015: 11). То је захтевало опсежну ревизију усвојених аката и њихово уподобљавање са међународним стандардима.

### **2.3. Друга фаза ЗЕСА (2006–2013)**

Темељи друге фазе ЗЕСА постављени су Програмом из Хага (2004) у којем је истакнуто да је „циљ друге фазе Заједничког европског система азила установљење заједничког поступка за азил и униформног положаја за оне који су добили азил или супсидијарну заштиту“.<sup>9</sup> У том документу Савет је позвао Комисију да до 2007. године изврши евалуацију легислативе о азилу усвојене у првој фази и поднесе предлоге аката који треба да буду усвојени у другој фази (до краја 2010. године). Планом политике о азилу (2008)<sup>10</sup> и Стокхолмским програмом (2009)<sup>11</sup>, друга фаза је формално продужена до 2012, али је већина планираних акта усвојена тек 2013. године. Приликом евалуације аката из прве фазе, Комисија је у обзир узела и праксу Европског суда за људска права, пошто се показало да и онда када су државе чланице поступале у складу правилима ЕУ, Суд је налазио да постоје повреде права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима (Toscano, 2013: 11–12).

Треба рећи да је у овој фази ступио на снагу Лисабонски уговор који је донео значајне новине у области азила. Изједначавањем Повеље о основним

---

5 Регулатива Савета (ЕЗ) 2725/2000, ОЈ ЕС, L 316/1.

6 Директива Савета 2003/9/ЕЗ, ОЈ ЕУ, L 31/18.

7 Директива Савета 2004/83/ЕЗ, ОЈ ЕУ, L 304/12.

8 Директива Савета 2005/85/ЕЗ, ОЈ ЕУ, L 326/13.

9 EU Council, The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, ОЈ ЕУ, С 53/01, p. 3.

10 European Commission, Policy Plan on Asylum: An integrated approach to protection across the EU [COM(2008) 360 final], 17.6.2008, p. 2.

11 European Council, The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens, ОЈ ЕУ, С 115/1, p. 5.



правима са оснивачким уговорима, право на азил у ЕУ је први пут стекло карактер норме примарног права. Чл. 18 Повеље јемчи право на азил следећом формулацијом: „право на азил гарантује се у складу са одредбама Женевске конвенције о статусу избеглица од 28. јуна 1951. и Протокола од 31. јануара 1967. године и у складу са Уговором о Европској унији и Уговором о функционисању Европске уније.“ Тиме је на експлицитан начин наметнута обавеза да се секундарни акти ускладе са Конвенцијом о избеглицама. С друге старне, појединци су на основу правно обавезујуће Повеље добили субјективно и утуживо право на добијање азила (Gil-Bazo, 2008: 52).

Лисабонски уговор даје шира законодавна овлашћења бриселским институцијама у области азила. За разлику од Амстердамског уговора, који је овластио органе ЕУ да усвоје минималне стандарде, Уговор о функционисању ЕУ их овлашћује да усвоје заједничке стандарде (Peers, Mogeno-Lax, Garlick, Guild, 2015: 512). Конкретно, чланом 78 Савет и ЕП су овлашћени да усвоје акте којима се регулишу: а) униформни статус азила и супсидијарне заштите; б) заједнички систем привремене заштите; в) заједничка процедура за давање или одузимање азила и супсидијарне заштите; г) критеријуме за одређивање државе надлежне за испитивање захтева за азил и супсидијарне заштите; д) услове боравка тражиоца азила или супсидијарне заштите; и њ) партнерство и сарадњу са трећим државама ради управљања приливом тражиоца азила, супсидијарне и привремене заштите.

Промењен је и начин доношења одлука у области азила. Док је према Амстердамском уговору ЕП имао само саветодавну улогу, сада је у потпуности изједначен са Саветом пошто се легислативни акти у области азила усвајају по редовној процедури. И Суд правде добија шира овлашћења јер Лисабонски уговор укида ранија ограничења судске контроле у области слободе, безбедности и правде.

У другој фази је усвојен већи број инструмената којима су измењени акти о азилу усвојени у првој фази. Крајем 2011. године усвојена је Директива о условима за добијање међународне заштите<sup>12</sup>, а средином 2013. године Директива о прихватним условима за тражиоце међународне заштите<sup>13</sup>, Директива о поступцима за признавање и одузимање међународне заштите<sup>14</sup>, Регулатива одређивању надлежне државе чланице ЕУ за

---

12 Директива 2011/95/ЕУ (измењена), ОЈ ЕУ, L 337/9.

13 Директива 2013/33/ЕУ (измењена), ОЈ ЕУ, L 180/96.

14 Директива 2013/32/ЕУ (измењена), ОЈ ЕУ, L 180/60.

разматрање захтева за међународну заштиту (Даблинска регулатива III)<sup>15</sup> и Регулатива о Eurodac-у<sup>16</sup>.

### **3. Правни оквир ЗЕСА**

Садашњи правни оквир ЗЕСА јесте напреднији од оног у првој фази, али га никако не треба глорификовати. То је разумљиво јер су приликом његовог креирања били супротстављени различити интереси и вредности. Главна тензија је постојала између интереса ЕУ и њених чланица, с једне стране, и обавезе заштите људских права, с друге стране. Такође, значајан утицај на усвојене акте оставило је и сукобљавање општег интереса ЕУ и појединачних интереса држава (Katsiaficas, 2014: 6–7). У таквом сплету интереса чини се да је контрола миграционих кретања и заштита безбедности држава добила превагу над потребама појединаца који траже заштиту (Mogeno-Lax, 2014: 165).

Акти усвојени у другој фази обједињују заштиту избеглица и супсидијарну заштиту регулишући их јединствено, осим у неким ситуацијама када је то изричито наведено. Тим актима одређује се круг лица која имају право на заштиту, регулише се поступак одлучивања о признавању заштите, као и садржина заштите. Поред тога, ЗЕСА обухвата и привремену заштиту, која је регулисана посебном директивом усвојеном још у првој фази.

#### ***3.1. Лица која уживају заштиту***

Да би неко лице остварило заштиту у ЕУ, неопходно је да потпада под неку од три заштићене категорије – тражилац међународне заштите, избеглица или корисник супсидијарне заштите. Услови за стицање неког од тих статуса, а самим тим и за остваривање заштите, одређени су релевантним директивама, и то, углавном, дефинисањем тих појмова.

Тражилац међународне заштите, као прва заштићена категорија, дефинише се као „држављанин треће земље или лице без држављанства који су поднели захтев за међународну заштиту о којем још није донесена коначна одлука“.<sup>17</sup> Дакле, тражилац међународне заштите је лице које је поднело захтев за добијање статуса избеглице или корисника супсидијарне заштите и чека одлуку надлежног државног органа. Статус тражиоца међународне заштите престаје доношењем одлуке о одобравању статуса

---

15 Регулатива (ЕУ) 604/2013 (измењена), ОЈ ЕУ, L 180/31.

16 Регулатива (ЕУ) 603/2013 (измењена), ОЈ ЕУ, L 180/1.

17 Чл. 2(и) Директиве 2011/95/ЕУ, чл. 2(ц) Директиве 2013/32/ЕУ и чл. 2(б) Директиве 2013/33/ЕУ.

избеглице или корисника супсидијарне заштите или, пак, одбијањем таквог захтева.

Избеглица се у Директиви о квалификацији дефинише на исти начин као и у Конвенцији о избеглицама, с тим што Директива из тог појма искључује грађане ЕУ, ограничавајући га само на држављане трећих држава и лица без држављанства. Она под избеглицом подразумева „држављанина треће земље који је избегао из своје државе услед основаног страха од прогањања због своје расе, вере, националности, политичког убеђења или припадности одређеној друштвеној групи, као и особа без држављанства који се налазе ван државе претходног уобичајеног боравишта из истих горе наведених разлога, који не могу или се због страха не желе вратити у државу из које су избегли“.<sup>18</sup> Ово ограничење персоналне примене критиковано је у доктрини јер Конвенција о избеглицама нигде не даје могућност да се нека држава унапред окарактерише као простор у ком нема аката прогањања. Напротив, чл. 3 Конвенције предвиђа да државе приликом њене примене не смеју вршити било какву дискриминацију по основу расе, вере или државе порекла (Toscano, 2013: 14).

Трећа заштићена категорија су корисници супсидијарне заштите, а то су држављани треће земље или особе без држављанства који не испуњавају услове за добијање статуса избеглице али који би повратком у своју државу, односно у државу претходног уобичајеног боравишта, били изложени озбиљним повредама.<sup>19</sup> У чл. 15 Директиве о квалификацијама прописано је да се под озбиљним повредама подразумева: (а) смртна казна или погубљење; (б) мучење, нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање; и (ц) озбиљна и индивидуална претња животу због међународног или унутрашњег оружаног сукоба.

Као и Конвенција о избеглицама, Директива садржи „искључујућу клаузулу“ која онемогућава стицање статуса избеглице или корисника супсидијарне заштите уколико је апликант извршио неко тешко кривично дело (нпр. злочин против мира, ратни злочин, злочин против човечности).

### ***3.2. Поступак признавања заштите***

Новим сетом правила усвојеним у другој фази ЗЕСА предвиђен је јединствени поступак разматрања захтева за добијање статуса избеглице и

---

18 Чл. 2(д).

19 Чл. 2(ф) Директиве 211/95/ЕУ. Може се видети да се и ова дефиниција не односи на грађане ЕУ.

статуса корисника супсидијарне заштите, који се генерички зове поступак за добијање међународне заштите.

Прво битно питање код тог поступка јесте одређивање државе надлежне за разматрање захтева. Даблинска регулатива III, као сви досадашњи даблински акти, предвиђа да о захтеву за азил одлучује држава чланица кроз коју је тражилац азила ушао у ЕУ („прва држава“), уз одређене изузетке.<sup>20</sup> Међутим, Регуллатива из 2013. године садржи и значајну новину јер омогућава одступање од примене прописаног редоследа држава. Наиме, чл. 3 допушта држави да апликанта који се затекао на њеној територији не шаље у чланицу која би по утврђеном редоследу била надлежна за одлучивање о његовом захтеву, уколико би тамо био изложен нехуманом или понижавајућем поступању. Ово одступање је последица пресуда Европског суда за људска права и Суда правде донетих против држава чланица ЕУ које су на основу Даблинске регулативе тражиоце азила враћале у „прву државу“, где су они били изложени нехуманим условима (Mallia, 2011: 108).

Како би се омогућило ефикасно функционисање система надлежности установљеног даблинским правилима створен је и Eurodac. Он представља систем за прикупљање и упоређивање отисака прстију тражилаца азила. Eurodac се састоји од централне базе података и система за електронски пренос података између држава чланица и централне базе. Приликом подношења захтева за добијање азила, државе чланице узимају отиске прстију апликаната и прослеђују их централној бази података, где се они чувају и упоређују са раније узетим отисцима. На тај начин државе увек имају могућност да провере да ли је то лице негде већ поднело захтев за добијање заштите.

---

20 Регуллатива из 2013. године (чл. 3(2), 7–15) прописује да се код одређивања „прве државе“ примењује следећи редослед: а) држава која је издала визу или дозволу боравка; б) држава у коју је апликант ушао илегално; в) држава у којој је апликант провео последњих 5 месеци; г) држава у коју је држављанин треће државе ушао јер му за њу није била потребна виза; или д) држава на чијем аеродрому је апликант поднео захтев за међународну заштиту. Када на основу наведених критеријума није могуће одредити надлежну државу чланицу, за одлучивање ће бити надлежна држава у којој је поднет захтев. Међутим, када захтев поднесе малолетник или лице чији се чланови породице већ легално налазе у ЕУ, онда се одступа од уобичајеног редоследа и о захтеву одлучује држава чланица у којој живе њихови чланови породице. Овако постављено правило не уважава принцип солидарности и правичне расподеле одговорности (чл. 80 Уговора о функционисању ЕУ), што може довести до тога да држава кроз чију територију мигранти масовно улазе у ЕУ не врши њихову регистрацију како би избегла њихов останак на својој територији. Није искључено ни да поједине државе намерно не побољшавају услове боравка миграната како би их подстакли да заштиту потраже у другим чланицама ЕУ.

Директива 2013/32/ЕУ врло детаљно регулише саму процедуру одлучивања о захтеву за међународну заштиту. Лице заинтересовано за такву заштиту подноси захтев што је пре могуће<sup>21</sup> и на основу тога стиче право боравка у држави где је захтев поднет. Захтев се разматра појединачно, објективно и непристрасно, уз обавезно вршење интервјуа са апликантом.<sup>22</sup> Одлука о захтеву мора бити у писаној форми, а ако је негативна, мора садржати образложење и поуку о правном леку.<sup>23</sup> Током поступка апликанту су загарантована одређена права (информисаност о поступку, постојање тумача, комуницирање са представницима UNHCR-а, бесплатни заступник у другостепеном поступку). Посебне гаранције предвиђене су за малолетнике који путују без пратње, као и за жртве мучења, силовања или других тешких облика насиља.<sup>24</sup> С друге стране, апликант има и одређене обавезе, као што су: појављивање пред надлежним органима, подношење докумената које поседују, давање информација о свом тренутном пребивалишту, допуштање фотографисања и снимања његових изјава.<sup>25</sup>

Директива захтева од држава да о поднетом захтеву одлуче у року од 6 месеци, а у случају сложенијих предмета или масовног прилива предмета, у додатном року од 9 месеци.<sup>26</sup> Државама се допушта да у одређеним ситуацијама воде убрзани поступак за разматрање захтева и поступак на граници.<sup>27</sup> Ипак и у тим поступцима морају бити испоштоване основне гаранције прописане за редовну процедуру.

### **3.3. Садржина заштите**

Инструменти ЕУ гарантују заштиту трећим држављанима и лицима без држављанства избеглим у државе чланице услед прогањања или других озбиљних претњи којима су били изложени. Наведена лица уживају ту заштиту када стекну статус избеглице или корисника супсидијарне заштите, али и док чекају да се одлучи о њиховом захтеву.

---

21 Чл. 9. Уколико држава потенцијалним тражиоцима азила онемогући улазак на њену територију, она тиме крши принцип *non-refoulement*; (Stoyanova, 2008: 6)

22 Процедура и гаранције приликом спровођења интервјуа детаљно су регулисане чл. 14–17.

23 Чл. 11.

24 Чл. 24–25.

25 Чл. 13.

26 Чл. 31(3).

27 Чл. 31(8).

### 3.3.1. Заштита подносиоца пре доношења одлуке о захтеву

Пошто лица која поднесу захтев за међународну заштиту проводе у држави чланици ЕУ више месеци чекајући доношење коначне одлуке, било је нужно регулисати њихову заштиту и у том периоду. Правила о тој заштити налазе се у Директиви 2013/33/ЕУ о условима прихвата, која на истоветан начин уређује положај лица која траже избеглички статус и лица која траже супсидијарну заштиту.

Директива јемчи тражиоцима међународне заштите већи број права. Најпре, она обавезује чланицу ЕУ да у року од три дана од подношења захтева, апликанту изда исправу којом потврђује подношење захтева,<sup>28</sup> чиме он стиче право да остане у тој држави<sup>29</sup> и да се креће унутар њених граница. Међутим, апликанту се може ограничити слобода кретања забраном уласка у нека подручја, одређивањем једног места у којем мора боравити<sup>30</sup> или одређивањем притвора<sup>31</sup>. Важно је истаћи да је експлицитно забрањено притварање лица једино због тога што је поднело захтев за међународну заштиту, чиме је у потпуности испоштован чл. 31 Конвенције о избеглицама.<sup>32</sup>

За разлику од претходне, нова Директива садржи прецизнија правила о притвору.<sup>33</sup> Она наводи разлоге за његово одређивање (нпр. утврђивање идентитета, заштита националне безбедности и јавног реда, трансфер у државу надлежну за одлучивање о захтеву), с тим да се и у тим ситуацијама морају предвидети алтернативне мере (редовно јављање органима, новчано јемство или боравак у одређеном месту).<sup>34</sup> Како би се спречиле могуће злоупотребе, предвиђене су бројне друге гаранције за притворена лица (обавезно судско разматрање одлуке о о притвору, бесплатно заступање, задржавање се врши у центрима за смештај, а ако

---

28 Чл. 6.

29 Одлука државних власти да страном држављанину прихвати захтев за добијање азила и формално му признају статус избеглице не претвара то лице у избеглицу. Та одлука има само декларативни карактер пошто је особа суштински била избеглица већ у моменту подношења захтева за азил. Због тога се одредбе о невраћању примењују и на тражиоце азила који су поднели уредне захтеве. Апликант има право да остане у држави чланици до окончања другостепеног поступка, уз одређене изузетке (чл. 9, ст.1 и 46, ст. 5–6 Директиве 2013/32/ЕУ).

30 Чл. 7.

31 Чл. 8.

32 Чл. 31 Конвенције забрањује изрицање казни избеглицама због њиховог илегалног уласка или боравка на територији државе уговорнице.

33 Чл. 8–11.

34 Чл. 8.

се врши у затворима, онда апликанти морају бити одвојени од осталих затвореника). У истом циљу прописано је да апликанта треба задржати у притвору што је краће могуће, мада се нигде не ограничава дужина притвора, што се сматра крупним недостатком.

Врло важно право за подносиоце захтева садржано је у чл. 17 Директиве, који обавезује државе да апликантима без финансијских средства обезбеде материјалне услове прихвата који им омогућавају егзистенцију и штите њихово здравље.<sup>35</sup> Подносиоци захтева могу бити смештени у просторијама на граници или аеродромима, центрима за смештај или приватним објектима прилагођеним за њихово становање.<sup>36</sup> Државе чланице могу ограничити или укинути материјалне услове прихвата уколико апликант не да потребне информације, напусти место боравишта, не учествује у поступку интервјуа или поднесе накнадни захтев за добијање азила у другој чланици.<sup>37</sup>

Подносиоцима захтева су гарантована и бројна друга права. Њима се најкасније у року од 9 месеци мора обезбедити приступ тржишту рада, с тим што приликом запошљавања предност могу имати грађани ЕУ или легални имигранти.<sup>38</sup> Подносиоци захтева имају право на хитну медицинску помоћ и основно лечење,<sup>39</sup> али не и на напредније облике здравствене заштите, што је у супротности са чл. 12 Пакта о економским, социјалним и културним правима који сваком лицу јемчи право на „највише доступне стандарде физичког и душевног здравља (Toscano, 2013: 23). Малолетницима се гарантује право на школовање под сличним условима као и домаћим држављанима.<sup>40</sup> Директива (чл. 21–25) садржи посебна правила о заштити рањивих особа (малолетници, жртве насиља, труднице, болесници и особе са инвалидитетом), која су знатно унапређена у односу на ранију верзију.

На крају, свим апликантима је загарантовано право жалбе на одлуке о одобравању, укидању или ограничавање права зајемчених Директивом, при чему по жалби, макар у последњем степену, мора одлучивати суд.<sup>41</sup> У жалбеном поступку апликанту се мора обезбедити бесплатно заступање,

---

35 Држава, на пример, неће имати ту обавезу уколико се апликант запосли и остварује довољна средства за егзистенцију.

36 Чл. 18.

37 Чл. 20.

38 Чл. 15.

39 Чл. 19.

40 Чл. 14.

41 Чл. 26.

осим ако надлежно тело сматра да жалба нема реалних шанси за успех. Овим је учињен значајан напредак у односу на ранију Директиву код које је пружање правне помоћи било факултативно, али условљавање овог права проценом успешности жалбе знатно отежава његово остваривање.

### 3.3.2. Заштита након признавања заштићеног статуса

Директива о квалификацијама из 2011. године предвиђа исту заштиту избеглица и лица која су стекла право на супсидијарну заштиту. Тиме су укинуте раније разлике садржане у Директиви из 2004. године, тако да данас избеглице и корисници супсидијарне заштите имају готово исти третман.

Најважније право лица којима је одобрена међународна заштита јесте право останка у држави чланици која им је признала такав статус.<sup>42</sup> Држава не сме извршити њихов насилни повратак у земљу из које су избегли (*direct refoulement*), нити у државу из које би могли бити трансферисани у земљу порекла (*indirect refoulement*). Начело *non-refoulement* представља темељ међународне заштите предвиђене Директивом о квалификацијама и оно је заправо само потврда забране садржане у чл. 33(1) Конвенције о избеглицама. Насилни повратак избеглице може се извршити једино уколико држава применом индивидуалног приступа (UNHCR, 2007: пара. 10) процени да то лице представља реалну претњу за њену безбедност или опасност за друштво због извршења нарочито тешког кривичног дела.

Поред забране насилног повратка, корисницима међународне заштите гарантовано је и право на информисање, спајање породица, добијање дозволе за боравак,<sup>43</sup> добијање путних исправа, запошљавање, образовање, нострификацију диплома, социјалну и здравствену заштиту, конкурисање за социјални смештај, слободу кретања унутар државе чланице, приступ програмима за интеграцију у друштво и помоћ у случају добровољне репатријације. Посебне мере предвиђене су за заштиту малолетника одвојених од родитеља. Код уживања највећег броја права, корисници међународне заштите изједначени су са домаћим држављанима, осим код неких права где се изједначавају са осталим странцима у тој чланици (нпр. образовање пунолетних особа, социјални смештај, слобода кретања).

---

42 Чл. 21.

43 Избеглице добијају дозволу боравка у трајању од најмање три године, а корисници супсидијарне заштите у трајању од најмање једне године (чл. 24).



### 3.4. Привремена заштита

Привремена заштита у ЕУ пружа се у случају масовног прилива расељених лица из трећих држава која се не могу вратити у земљу порекла, нарочито уколико постоји ризик да се применом правила о азилу тај прилив не би могао решити без негативних последица за система азила и заштиту угрожених лица.<sup>44</sup> Одлуку о постојању „масовног прилива“ којим се покреће механизам привремене заштите доноси Савет, на предлог Комисије. Привремена заштита расељених лица траје годину дана, са могућношћу продужења.

Одобравање привремене заштите не значи признавање статуса избеглице, али се тим лицима мора омогућити подношење захтева за азил. Иако немају статус избеглице, држава је дужна да расељеним лицима изда боравишну дозволу, на основу чега она стичу право на запошљавање, образовање, смештај, спајање породица, социјалну и здравствену заштиту.

Механизам установљен Директивом 2001/55 до сада није примењиван, иако су UNHCR и ЕП више пута то сугерисали (Ohlsson, 2015: 28–29). Комисија и Савет нису се одлучили на тај корак чак ни током лета 2015. Године, када су стотине хиљада блискоисточних и афричких миграната стизале у ЕУ.

### 4. Мере предузете као одговор на масовни прилив миграната

Рат у Сирији, који је отпочео 2011. године, утицао на значајно повећање прилива миграната у ЕУ, што се може видети из следеће табеле:<sup>45</sup>

Година	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015 (првих 6 месеци)
Број поднетих захтева за азил у ЕУ	226330	266395	260835	309820	336015	432055	627770	395000

Овакво повећање броја миграната довело је до крупних проблема. Велики број особа који су разним пловилима желеле да стигну до Европе страдао је на том путу. Масовни прилив миграната довео је у тежак положај неке чланице ЕУ (Грчка, Италија, Малта, а касније Мађарска, Аустрија, Немачка и Хрватска). Због великог броја миграната који је стизао на њихову

<sup>44</sup> Чл. 2 Директиве 2001/55. Повод за доношење ове Директиве били су и ратни сукоби на простору бивше СФРЈ.

<sup>45</sup> <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tps00191&plugin=1>

територију Бугарска и Мађарска су подигле жичану ограду ка Турској, односно Србији и Хрватској, док су Аустрија и Немачка увеле привремене контроле на унутрашњим границама.

Како би се смањило страдање миграната на мору, ЕУ је покренула заједничке контролно-спасилачке акције Тритон и Посејдон. Тим акцијама пружа се помоћ Италији и Грчкој ради спречавања кријумчарења људи и спасавања угрожених миграната. Поред тога, појачане су и активности Еуропола на откривању и спречавању кријумчарења миграната.

У циљу решавања проблема насталих на простору ЕУ услед масовног прилива миграната, Комисија је средином маја 2015. године усвојила Европску агенду о миграцијама у којој су побројани проблеми у области миграција и могући начини њиховог решавања. У документу је као приоритет Комисије наведена потпуна и кохерентна примена легислативе о азилу, ради чега ће она прибегавати и покретању поступака због непоштовања обавеза.<sup>46</sup> Комисија је као циљ поставила и брзу репатријацију лица чији су захтеви за азил одбијени<sup>47</sup> као и брже процесуирање захтева за азил који су резултат злоупотребе.<sup>48</sup>

Већ крајем маја Комисија је усвојила први пакет мера за имплементацију Европске агенде о миграцијама, међу којима је свакако најважнији предлог одлуке о привременим мерама ради помоћи Италији и Грчкој<sup>49</sup> и Акциони план за борбу против кријумчарења миграната.<sup>50</sup> Почетком септембра уследио је и други пакет мера који, између осталог, обухвата предлоге нове одлуке о релокацији тражилаца азила, одлуке о установљењу листе сигурних земаља, одлуке о стварању фонда за Африку и Акциони план за повратак илегалних миграната.

На основу поменутих предлога, Савет је септембра усвојио две одлуке о релокацији тражилаца азила.<sup>51</sup> У првој је одлучено да се на територију других држава чланица изврши премештање 24.000 тражилаца заштите

---

46 European Commission, A European Agenda on Migration, COM(2015) 240 final, 13.5.2015, p. 12.

47 На пример, у 2013. години спроведено је само 39,2% одлука о повратку.

48 European Commission, A European Agenda on Migration, p. 9, 17.

49 European Commission, Proposal for a Council Decision establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece, COM(2015) 286 final, 27.5.2015.

50 European Commission, EU Action Plan against migrant smuggling 2015-2020, COM(2015) 285 final, 27.5.2015.

51 Правни основ за усвајање ових одлука је чл. 78(3) Уговора о функционисању ЕУ, што представља његову прву примену у пракси.

из Италије и 16.000 из Грчке,<sup>52</sup> док је у другој одобрено премештање још 120.000 тражилаца заштите<sup>53</sup> (15.600 из Италије, 50.400 из Грчке и 54.000 из других чланица<sup>54</sup>). Овим одлукама утврђене су обавезујуће квоте за сваку државу чланицу на основу којих ће оне морати да приме предвиђени број релоцираних апликаната. У циљу реализације одлуке, држава ће за сваког примљеног апликанта добити 6.000 евра, а држава из које он одлази 500 евра (за трошкове транспорта).

Овим одлукама Савета извршено је ограничено и привремено дерогирање правила Даблинске регулативе III. Ипак, Даблинска регулатива се и даље примењује као *lex generalis*, док усвојене одлуке имају карактер *lex specialis*. За одлучивање о међународној заштити и даље је примарно надлежна „прва држава“, осим у ситуацијама када због релокације о том захтеву одлучује држава у коју је апликант премештен. Остаје да се види како ће ове мере бити спроведене, нарочито због чињенице да је Савет другу одлуку донео квалификованом већином, а не једногласно, што представља преседан у области азила. Против те одлуке су гласале четири државе, и то Мађарска, Румунија, Чешка и Словачка.

Поред привремених мера за пресељење, Комисија је предложила и стварање трајног система за релокацију подносилаца захтева за међународну заштиту.<sup>55</sup> Комисија је предложила измену Даблинске регулативе III како би се одступило од редоследа надлежности утврђеног тим актом. Према чл. 33а Предлога, Комисија је овлашћена да утврди постојање стања у некој држави које угрожава спољне границе ЕУ услед екстремног притиска изазаваног масовним и диспропорционалним приливом држављана трећих држава који траже азил и да услед тога одобри примену механизма релокације тражилаца азила. Овај механизам је погоднији од привременог јер омогућава ЕУ да брже делује, јер једино Комисија одлучује о постојању стања угрожености, што аутоматски за собом повлачи примену унапред утврђених квота за релокацију. Овај стални механизам би се примењивао у кризним ситуацијама у датој држави и то само у одређеном периоду.

---

52 Одлука Савета (ЕУ) 2015/1523 од 14. септембра 2015. године о увођењу привремених мера у области међународне заштите у корист Италије и Грчке, ОЈ ЕУ, L 239/146.

53 Одлука Савета (ЕУ) 2015/1601 од 22. септембра 2015. године о увођењу привремених мера у области међународне заштите у корист Италије и Грчке, ОЈ ЕУ, L 248/80.

54 У предлогу Комисије тих 54.000 апликаната се односило на Мађарску, међутим, та држава је касније одустала од релокације апликаната са њене територије.

55 European Commission, Proposal for a regulation establishing a crisis relocation mechanism, COM(2015), 450 final, 9.9.2015.

У циљу додатног растерећења држава чланица од неоправданих захтева за међународном заштитом, Комисија је предложила усвајање заједничке листе сигурних земаља,<sup>56</sup> која ће заменити досадашње националне листе. Применом критеријума из Анекса I Директиве 2013/32/EУ, Комисија је као сигурне државе иницијално оквалификовала Албанију, Босну и Херцеговину, Македонију, Црну Гору, Турску и Косово (у складу са Резолуцијом 1244). Креирање такве листе не значи да ће сви захтеви за азил лица из тих држава аутоматски бити одбачени. И та лица имају право да њихов захтев буде појединачно размотрен, с тим што се том приликом може применити убрзана процедура одлучивања, као и бржи повратак лица чији захтев за азил не буде прихваћен.

Комисија има врло амбициозне циљеве за будуће деловање у области азила. Она најављује покретање широке дебате ради усвајања законика о азилу, међусобног признавања одлука о азилу, установљења јединственог процеса доношења одлука о азилу.<sup>57</sup> Међутим, реализација тих дугорочних циљева умногоме ће зависити од успешности решавања тренутне мигрантске кризе у ЕУ.

## 5. Закључак

Установљењем минималних стандарда у првој фази развоја ЗЕСА остварен је одређени степен хармонизације правила о азилу, али то није било довољно. И даље је шанса за добијање азила умногоме зависила од тога у којој држави је захтев поднет, а велика шареноликост била је изражена и у погледу услова прихвата, поступка одлучивања и садржине одобрене заштите. У другој фази учињен је корак напред, јер су уместо ранијих минималних, сада установљени заједнички стандарди у области азила. Ипак, поновно прибегавање директивама, а не регулативама, показује да у ЕУ још увек не постоји спремност за истинску хармонизацију у овој сфери.

Чини се да највећи недостатак ЗЕСА представља занемаривање начела солидарности и правичне поделе одговорности држава чланица, експлицитно поменутог у чл. 80 Уговора о функционисању ЕУ. Задржавање правила да о захтеву за азил одлучује држава кроз коју је апликант ушао у ЕУ представља најочигледнији пример одступања од тог начела. Примена поменутог правила довела је до непропорционалног оптерећења држава чланица, пошто је последњих година највећи број угрожених лица ушао у ЕУ кроз чланице на њеним јужним границама. Друго одступање од начела

---

56 European Commission, Proposal for a regulation establishing an EU common list of safe countries of origin, COM(2015) 452 final, 9.9.2015.

57 European Commission, A European Agenda on Migration, p. 17.

солидарности и правичне поделе терета није нормативне, већ фактичке природе. Усвојени заједнички стандарди нису још увек у потпуности имплементирани у свим државама чланицама, тако да међу њима постоје значајне разлике у погледу пружања заштите и њене садржине. Услед тога уочљиво је секундарно кретање миграната, који, углавном, теже да уточиште пронађу у Немачкој и скандинавским земљама.

Ради превазилажења изнетих проблема, нужно је изменити даблинска правила и инсистирати на потпуној имплементацији усвојених стандарда. Не сме се дозволити да неке државе чланице сносе највећи терет заштите избеглица само зато што се налазе најближе кризним подручјима или, пак, због тога што друге чланице не поштују своје обавезе. Управо се и мере усвојене 2015. године ради решавања избегличке кризе крећу у том правцу, мада су још увек благе и ограниченог домаћаја. Разлог за такав минималистички приступ треба тражити у противљењу неких држава чланица које своје националне интересе стављају изнад интереса ЕУ и хуманитарних потреба угрожених лица.

## Литература

Bauloz, C., Ineli-Ciger, M., Singer, S., Stoyanova, V. (2015). Introducing the Second Phase of the Common European Asylum System. In C.Bauloz, M.Ineli-Ciger, S.Singer and V.Stoyanova (eds.), *Seeking Asylum in the European Union* (pp. 1-22). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers

Cherubini, F. (2015). *Asylum Law in the European Union*. London: Routledge

Директива 2011/95/ЕУ (измењена), ОЈ ЕУ, L 337/9

Директива 2013/32/ЕУ (измењена), ОЈ ЕУ, L 180/60

Директива 2013/33/ЕУ (измењена), ОЈ ЕУ, L 180/96

Директива Савета 2003/9/ЕЗ, ОЈ ЕУ, L 31/18

Директива Савета 2004/83/ЕЗ, ОЈ ЕУ, L 304/12

Директива Савета 2005/85/ЕЗ, ОЈ ЕУ, L 326/13

EU Council, The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, ОЈ ЕУ, C 53/01

European Commission, Proposal for a regulation establishing an EU common list of safe countries of origin, COM(2015) 452 final, 9. 9. 2015

European Commission, Proposal for a regulation establishing a crisis relocation mechanism, COM(2015), 450 final, 9. 9. 2015

European Commission, Proposal for a Council Decision establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece, COM(2015) 286 final, 27. 5. 2015

European Commission, EU Action Plan against migrant smuggling 2015–2020, COM(2015) 285 final, 27. 5. 2015

European Commission, A European Agenda on Migration, COM(2015) 240 final, 13. 5. 2015

European Commission, Policy Plan on Asylum: An integrated approach to protection across the EU, COM(2008) 360 final, 17. 6. 2008

European Council, Presidency Conclusions of the Tampere European Council, 15-16 October 1999

European Council, The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens, OJ EU, C 115/1

Gil-Bazo, M.T. (2008). The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law. *Refugee Survey Quarterly*. 3(27). 33–52

Katsiaficas, C. (2014). *The Common European Asylum System as a Protection Tool: Has the European Union Lived Up to Its Promises?*. Athens: Bridging Europe

Kaunert, C., Leonard, S. (2012). The European Union Asylum Policy After the Treaty of Lisbon and the Stockholm Programme: Towards Supranational Governance in a Common Area of Protection?. *Refugee Survey Quarterly*. 2(31). 1–20

Конвенција о имплементацији Шенгенског споразума од 14. јуна 1985. године, ОЈ ЕС, L 239/19

*Конвенција о одређивању државе надлежне за разматрање захтева за азил поднетог у једној држави чланици Европских заједница, ОЈ ЕС, C 254/1*

Mallia, P. (2011). Case of M.S.S. v. Belgium and Greece: A Catalyst in the Rethinking of the Dublin II Regulation. *Refugee Survey Quarterly*. 3(30). 107–128

Moreno-Lax, V. (2014). Life After Lisbon: EU Asylum Policy as a Factor of Migration Control. In D.A. Arcarazo and C.Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm* (146-167). Oxford: Hart Publishing

Одлука Савета (ЕУ) 2015/1523 од 14. септембра 2015. године о увођењу привремених мера у области међународне заштите у корист Италије и Грчке, ОЈ ЕУ, L 239/146

Одлука Савета (ЕУ) 2015/1601 од 22. септембра 2015. године о увођењу привремених мера у области међународне заштите у корист Италије и Грчке, ОЈ ЕУ, *L 248/80*

Ohlsson, N. (2015). *Challenging the principle of solidarity in the Common European Asylum System*, Master thesis. Lund: Lund University

Peers, S., Moreno-Lax, V., Garlick, M., Guild, E. (2015). *EU Immigration and Asylum Law, Vol. 3*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers

Регулатива (ЕУ) 603/2013 (измењена), ОЈ ЕУ, *L 180/1*

Регулатива (ЕУ) 604/2013 (измењена), ОЈ ЕУ, *L 180/31*

Регулатива Савета (ЕЗ) 2725/2000, ОЈ ЕС, *L 316/1*

Регулатива Савета (ЕЗ) 343/2003, ОЈ ЕУ, *L 50/1*

Stoyanova, V. (2008). The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*. 1(3). 1-11

Toscano, F. (2013). *The Second Phase of the Common European Asylum System: A Step Forward in the Protection of Asylum Seekers?*. Brussels: Institute for European Studies

UNHCR (2007). *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*. Geneva

UNHCR (2001). *Fair and Efficient Asylum Procedures*, EC/GC/01/12

UNHCR (1992). *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva

**Nebojša Raičević, LL.D.**

*Associate Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**BUILDING THE COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM  
AND ITS ADJUSTMENT TO MASS REFUGEE FLOWS**

**Summary**

*Once the Schengen Agreement came into force, there was a need to adopt a framework of common rules which would regulate some asylum-related issues in the newly- created Schengen area without internal borders. The first step in that course was made in 1990 by adoption of the Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum, as an instrument of classical intergovernmental cooperation. Whereas the Maastricht Treaty did not bring any significant developments in the field of asylum policy, the Amsterdam Treaty was a significant turning point in this field. Under this Treaty, the asylum policy became part of the first pillar of EU, which implies that the Brussels institutions were given the authority to embark on the process of establishing the Common European Asylum System (CEAS). In the first phase of development of the CEAS system (1999-2005), the EU adopted a number of binding Community acts which laid down minimum asylum standards. Drawing upon the shortcomings observed during the implementation of the adopted directives and regulations, the EU embarked on their review and recast. The instruments adopted in the second phase of developing the CEAS system (2006-2013) were much more detailed and advanced in terms of regulating both the procedure for providing international protection and the contents of that protection. However, such a concept of the CEAS has turned out to be quite ineffective in the circumstances of mass migrant flows. For this reason, in 2015, the EU has adopted a range of measures aimed at eliminating the observed shortcomings.*

**Keywords:** *asylum, European Union, Common European Asylum System, refugees, subsidiary protection.*



**Мр Анђела Ђукановић,\***  
Истраживач сарадник,  
Институт за међународну  
политику и привреду, Београд

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.43:341.645(4)

Рад примљен: 29.10.2015.  
Рад прихваћен: 13.11.2015.

## **ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА И ИЛЕГАЛНИХ МИГРАНАТА – ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА\*\***

**Апстракт:** *С обзиром на трајно присутан интерес држава да сузбијају нежељене миграционе токове, заштита људских права тражилаца азила и илегалних миграната је често била у другом плану. Европски суд за заштиту људских права има значајну улогу у заштити људских права тражилаца азила и илегалних миграната кроз групу различитих људских права, у склопу којих је развио и посебне стандарде који су од велике важности. Привремене мере из члана 39. Пословника Суда такође имају посебан значај. Суд се у случајевима који се тичу илегалних миграната и тражилаца азила често налазио у донекле незахвалној позицији, обзиром на противречности које могу проizaћи из заштите људских права и легитимног циља држава да контролишу улазак, боравак и протеривање странаца. Из скорашње праксе Суда је посебно значајна пресуда у случају М. С. С. против Белгије, која је имала запажен утицај на схватање заједничког система азила у ЕУ, као и у случају Хирси Јама и други против Италије.*

**Кључне речи:** *Европски суд за људска права, Савет Европе, Европска унија, тражилац азила, илегални мигрант.*

---

\* andjela@diplomacy.bg.ac.rs

\*\* Чланак представља репринт изворног научног рада објављеног у часопису „Међународни проблеми“, вол. LXV. број 4. из 2013. године, стр. 481-510.

## 1. Увод

Један од основних елемената суверенитета државе представља право државе да регулише улазак, излазак, односно боравак странаца на сопственој територији.<sup>1</sup> Услед чињенице да су државе одувек биле заинтересоване да сузбијају нежељене миграционе токове, заштита људских права тражилаца азила, односно илегалних миграната је често била запостављена.

Право на азил представља категорију међународног права, и предвиђено је чланом 14., став 1. Универзалне декларације о људским правима из 1948. године: „Свако има право да тражи и ужива у другим земљама азил од прогањања“.<sup>2</sup> Иако није реч о правно обавезујућем документу, може се рећи да право на тражење азила представља део обичајног међународног права (Lehmann, 2011:743). Конвенција о статусу избеглица, донета у оквиру Уједињених нација 1951. године, не садржи експлицитно право на азил, већ у члану 33. садржи принцип невраћања (*non-refoulement principle*): „Ниједна држава уговорница неће протерати или вратити силом, на ма који начин то било, избеглицу на границе територије где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, вере, држављанства, припадности некој социјалној групи или његових политичких мишљења“ и имплицитно право на тражење азила (Lavgyesen, 2012: 203). Пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године не предвиђа право на азил.

За разлику од тражилаца азила, илегални мигранти напротив, представљају категорију домаћег права, односно процена илегалности (односно ирегуларности) статуса мигранта се врши искључиво у складу са дефиницијом која је прихваћена у домаћем праву. Илегалност се у суштини састоји у недостатку неопходних дозвола за улазак и останак на територији државе.<sup>3</sup> Једини аспект који се тиче илегалних миграната, а

---

1 *H.L.R. v. France*. Представка бр. 24573/94.

2 Universal Declaration of Human Rights. Paris. 10 December 1948. General Assembly Resolution 217 A (III).

3 У овој области је присутна значајна неконзистентност у погледу терминологије. Наиме, у литератури и документима се користе различити придеви: „ирегуларни“, „илегални“, „нерегистровани“, „неодобрени“, „недозвољени“, који се онда комбинују са различитим именицама: „мигранти“, „имигранти“, „странци“, „страни држављани“. Може се приметити да се последњих година термин „илегалан“ у све мањој мери користи, односно његово место све више заузима термин „ирегуларан“, са образложењем да се у контексту људских права он сматра мање понижавајућим, односно да ниједно људско биће не може бити илегално, као и да је реч о нешто ширем појму. Видети више у: (Triandafyllidou 2010: 2) У том смислу се онда такође може рећи и да људско биће не

који је дефинисан међународним правом јесте илегалан улазак предвиђен чланом 3. Протокола УН против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом из 2000. године. (Међутим и овај појам се везује за домаће право: „Илегалан улазак представља прелазак границе без испуњења потребних захтева за легалан улазак у државу примаоца“ (Lehmann, 2011:739).<sup>4</sup> Илегални мигранти, наравно имају право на одређену међународну заштиту, упркос илегалности њиховог боравка, односно уласка у неку земљу, али не представљају категорију лица која је међународним правом посебно заштићена. Донекле је од значаја и Међународна конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица од 1990. године, у којој се у извесној мери штите права радника који су илегални мигранти.<sup>5</sup> Међутим, врло мали број земаља чланица Савета Европе ју је ратификовао, при том ниједна од њих није чланица ЕУ.<sup>6</sup> Од значаја је и принцип међународног права о обавези помоћи или спасавања оних који се налазе у невољи на мору, који је кодификован у већем броју међународних уговора.<sup>7</sup>

Са правом на азил и мигрантима је уско повезано и право свакога да напусти земљу, укључујући ту и сопствену земљу, предвиђено у члану 13. Универзалне декларације о људским правима, као и у члану 12. Пакта о грађанским и политичким правима.<sup>8</sup>

---

може бити ирегуларно. Можда би ипак било правилније када је то могуће користити термин који се односи на радњу (миграција) односно статус, дакле не на субјекта (мигрант). Тако је на пример у извештају Опште комисије за међународне миграције, основане у оквиру Уједињених нација, прихваћен термин „миграната са ирегуларним статусом“ (Migration in an Interconnected World: New Directions for Action - Report of the Global Commission on International Migration, *Global Commission on International Migration (GCIM)*. 5 Oct 2005: 32). Ипак, поменута коректност би изискивала употребу и сувише сложених реченица за „мигранта чији је боравак, статус или улазак ирегуларан“. У сваком случају, последњих година је евидентно фаворизовање термина „ирегуларан“. Законска решења у земљама Европе се такође разликују у овом смислу.

4 Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime. United Nations. Palermo. 2000.

5 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. United Nations General Assembly. A/RES/45/158. 69th plenary meeting. 18 December 1990.

6 Само Босна и Херцеговина, Азербејџан, Албанија и Турска. Преузето: 11.04.2013. [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en)

7 United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982. *Treaty Series*. Vol. 1833. United Nations, New York, 1998, Article 28.

8 International Covenant on Civil and Political Rights. United Nations. General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. Article 12.

Тражиоци азила и илегални мигранти, представљају уско повезане категорије лица, јер у пракси често долази до промене у њиховом статусу у смислу да илегални мигрант постане тражилац азила и обрнуто, уколико је захтев за азил одбијен лице у питању може постати илегални мигрант. При том је евидентно да тражиоци азила имају обезбеђен већи обим заштите од онога који се односи на илегалне мигранте.<sup>9</sup> Основна разлика између њих лежи у њиховим мотивима. За илегалне мигранте се често претпоставља да су њихови мотиви углавном економске природе (осим наравно у случају трговине људима), а када је реч о тражиоцима азила, мотив на основу којег могу добити азил, јесте страх од прогона у држави порекла било због расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или припадности некој групи или због политичких уверења.<sup>10</sup> Треба имати у виду да сиромаштво може бити резултат кршења социјалних, економских и других права. Социјална и економска права могу имати ефекат који је по тежини сличан ономе који настаје услед кршења традиционално схваћених грађанских и политичких права (Lehmann, 2011:748).

## **2. Регулатива у области заштите људских права азиланата и илегалних миграната – европски систем заштите људских права**

### ***2.1. Савет Европе***

Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода од 1950. године (у даљем тексту: Конвенција) се не предвиђа посебно право на азил, нити заштита илегалних миграната. Међутим, присутан је низ људских права које Европски суд за људска права примењује у односу на тражиоце азила и илегалне мигранте. Осим тога, Суд је у својој пракси развио низ принципа који су од значаја за заштиту тражилаца азила и илегалних миграната, о чему ће касније бити више речи. Од значаја је и Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања којом је установљен Европски комитет за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака, који има вансудску, превентивну улогу у заштити лица

---

9 20 Years of Combating Torture: 19th General Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) (1 August 2008-31 July 2009). Committee for the Prevention of Torture. 20 October 2009: 37.

10 Мотиви тражилаца азила представљају правну категорију, односно у неку руку услов за добијање азила, док се мотиви илегалних миграната налазе изван сфере права.

која се налазе у притвору.<sup>11</sup> Европска социјална повеља од 1961. године<sup>12</sup> (ревидирана 1996. године) такође може бити од помоћи у заштити права илегалних миграната и тражилаца азила, односно била би пожељна њена примена у већој мери. У контексту заштите људских права илегалних миграната, који су често и жртве трговине људима релевантна је и Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима<sup>13</sup> из маја 2005. године, донета у циљу спречавања и сузбијања трговине људима, заштите људских права жртава трговине људима и унапређења међународне сарадње у сузбијању трговине људима.<sup>14</sup>

## **2.2. Европска унија**

За разлику од Конвенције, Повељом Европске уније о основним правима од 7. децембра 2000. године (у даљем тексту: Повеља) се чланом 18. посебно предвиђа да право на азил „мора бити гарантовано, уз дужно поштовање Конвенције о статусу избеглица из 1951. године (Женевска конвенција) и Протокола о статусу избеглица из 1967. године као и у складу са Уговором о Европској унији и Уговором о функционисању Европске уније“.<sup>15</sup> У Повељи је први пут након Универзалне декларације о људским правима из 1948. године, експлицитно предвиђено право на азил. Наравно, Повеља такође садржи и круг општих људских права из Конвенције, која се не односе искључиво на заштиту права тражилаца азила и илегалних миграната, а која су релевантна за заштиту њихових људских права. Од значаја је и члан 19. Повеље, којим се предвиђа да „нико не може бити удаљен, протеран или екстрадиран у државу у којој постоји озбиљан ризик да ће он или она бити подвргнути смртној казни, мучењу или другим нехуманим или деградирајућим поступцима или казнама.“<sup>16</sup> У текст Повеље је дакле укључен стандард који је усвојен у пракси Европског суда за људска права поводом члана 3. Конвенције (забрана мучења). Принцип је такође

---

11 European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Council of Europe. ETS No. 126, Strasbourg, 26.XI.1987.

12 European Social Charter (revised). CETS No.: 163. Council of Europe. Strasbourg. 3.V.1996.

13 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings. Council of Europe. CETS No.: 197. Warsaw. 16.V.2005.

14 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings. Preamble.

15 Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the European Union*. C 83/391 30.3.2010. Article 18.

16 Charter of Fundamental Rights of the European Union. Article 19.

предвиђен и у члану 3. Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих казни или поступака УН из 1984. године.<sup>17</sup>

Када је реч о секундарном законодавству ЕУ, може се рећи да је од 1999. године, тачније након ступања на снагу Уговора из Амстердама, започет процес хармонизације у области илегалних миграција и азила (Уговором из Амстердама су пренета овлашћења на ЕУ у погледу спољашње контроле граница, азила и имиграције).<sup>18</sup> Од тада па до данас су у овој области усвојене бројне директиве и уредбе. Поједини прописи ЕУ су били релевантни у пракси Европског суда за људска права, а у једном случају је дошло и до колизије са системом заштите људских права установљених Конвенцијом.<sup>19</sup> Може се приметити да иако се у већини секундарног законодавства ЕУ истиче да је од суштинског значаја заштита људских права, ипак је оно преваходно усмерено ка борби против илегалних миграција, и на усвајање заједничких стандарда у погледу процедуре пријема у азил.

У контексту праксе Европског суда за људска права посебну пажњу заслужује Уредба 343/2003 (*Dublin II Regulation*), путем које је установљена одговорност само једне државе чланице ЕУ за испитивање захтева за азил, како би се избегло слање тражилаца азила из једне земље у другу, и како би се спречиле злоупотребе различитих система азила који су присутни у ЕУ.<sup>20</sup> Њоме је установљен хијерархијски систем како би се утврдило која држава чланица је одговорна за испитивање конкретног захтева за азил. Систем који је успостављен путем Уредбе 343/2003 (Даблински систем) је често критикован због његовог неуспеха да заштити људска права тражилаца азила. Тако се наводи да поменути систем још увек није у функцији, односно није испуњен захтев да тражиоци азила уживају једнаку процедуралну и материјалну заштиту у свим државама чланицама, због чега захтеви многих појединаца који су пребачени на основу њега нису разматрани на исправан начин.<sup>21</sup> Такође је критикован и из разлога што може довести

---

17 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. United Nations. *Treaty Series*. vol. 1465. 10 December 1984: 85.

18 The Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts. Amsterdam 2 October 1997. *Official Journal of the European Communities*. C 340/1. 10. 11. 1997: 5.

19 *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC]. Представка бр. 30696/09.

20 Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national. *Official Journal of the European Union*. L 50/1. 25.2.2003. Article 1.

21 UNHCR comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for

до повећане примене притвора, како би се осигурала његова примена, тј. трансфер тражилаца азила у државу чланицу која је одговорна да у складу са Даблинским системом одлучује о захтеву.<sup>22</sup> У овом смислу је посебно значајан случај *M. C. C.* против Белгије и Грчке пред Европским судом за људска права (у даљем тексту „Суд“), у којем је утврђено кршење Конвенције које је настало услед примене Даблинског система у односу на подносиоца представке.<sup>23</sup> Наиме, подносилац представке, афганистански држављанин је ушао у Европску унију преко Грчке, затим је стигао у Белгију где је затражио азил. У складу са Уредбом 343/2003 белгијска Канцеларија за странце поднела је захтев грчким властима да преузму одговорност за разматрање захтева за азил (чланом 10. став 1. Уредбе 343/2003 се предвиђа да: „када тражилац азила из треће земље на ирегуларан начин пређе границу државе чланице, држава чланица у коју је ушао је надлежна за испитивања његовог захтева за азил“). Подносилац представке је уложио жалбу Одбору за жалбе странаца наводећи да му прети ризик од притвора у лошим условима у Грчкој, као и да у процедури азила у Грчкој постоји низ неправилности. Након што му је одбачен захтев за обуставу извршења, враћен је у Грчку. Иначе, од Суда је тражио примену привремене мере из члана 39. Пословника Суда, тј. суспензију одлуке о његовом враћању у Грчку, међутим Суд је одбио његов захтев.<sup>24</sup> По уласку у Грчку био је у притвору четири дана у лошим условима, након тога је пуштен, и затим живео у лошим условима на улици без средстава за живот. Када је покушао да изађе из Грчке са кривотвореном личном картом, ухапшен је и враћен у притвор где га је полиција према његовим наводима тукла, да би потом опет био враћен на улицу. Суд је утврдио кршење члана 3. Конвенције у односу на Грчку, у вези услова у притвору (иако је он кратко трајао) као и у вези са условима живота, када је био пуштен из притвора. Утврђено је кршење члана 3. и у односу на Белгију, будући да су белгијске власти морале бити упознате са неправилностима процедуре азила у Грчкој,

---

determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person («Dublin II») (COM(2008) 820 3 December 2008) and the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of [the Dublin II Regulation] (COM(2008) 825 3 December 2008). UN High Commissioner for Refugees. 18 March 2009; 2. Преузето: 03. 04. 2013. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49c0ca922.html>

22 Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe. *European Council on Refugees and Exiles (ECRE)*. AD3/3/2006/EXT/МН. March 2006: 162.

23 *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC]. Представка бр. 30696/09.

24 *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC]. Par.: 32.

као и да су подносиоца представке протеривањем изложили условима живота и притвора који су у Грчкој били понижавајући. И најзад, у вези са члановима 2. и 3. Суд је утврдио и кршење права на делотворан правни лек (члан 13. Конвенције) од стране Белгије. Импликације ове пресуде су значајне, будући да трансфери у складу са Дабилнским системом не могу да се предузимају док Грчка не побољша услове пријема тражилаца азила (Clayton, 2011:771).

### **3. Пракса Европског суда за људска права у заштити људских права азиланата и илегалних миграната**

#### ***3.1. Релевантне одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода***

Ова Конвенција не предвиђа посебно право на тражење азила или заштиту која би се посебно односила на илегалне мигранте. Међутим, присутан је низ људских права која су значајна за њихову заштиту. Такође, опште је познато да Конвенција представља један отворен систем, који је подложен еволуцији кроз праксу Европског суда за људска права, и у његовој пракси су се развили и принципи који су од директног значаја за заштиту права тражилаца азила и илегалних миграната.

Навешћемо пре свега круг права која могу бити релевантна за заштиту људских права тражилаца азила и илегалних миграната у контексту праксе Суда. То је пре свега право на живот (члан 2. Конвенције), мада се Суд у случајевима који се тичу протеривања на територију државе где би живот подносиоца представке могао бити угрожен, одлучивао пре да испитује представку у контексту члана 3. Конвенције (забрана мучења), него права на живот (Mole, Catherine, 2010: 89). Дакле, осим права на живот, посебно је значајна и забрана мучења (члан 3. Конвенције), затим право на слободу и безбедност (члан 5. Конвенције), право на поштовање приватног и породичног живота (члан 8. Конвенције), право на делотворан правни лек (члан 13. Конвенције), затим забрана колективног протеривања странаца (члан 4. Протокола бр. 4.). Релевантан је и члан 1. Протокола бр. 6. уз Конвенцију о укидању смртне казне. Наиме, Суд је у пракси поводом овог члана установио да појединац неће бити екстрадиран у земљу за коју постоје материјални и суштински докази за веровање да ће у њој бити подвргнут смртној казни (Mole, Catherine, 2010: 90). И ту је и низ права у погледу којих није присутна значајнија пракса Суда. То су: право



на склапање брака (члан 12. Конвенције),<sup>25</sup> забрана дискриминације (члан 14. Конвенције) заједно са Протоколом бр. 12., и слобода кретања (члан 2. Протокола бр. 4.). У контексту заштите илегалних миграната који су жртве трговине људима значајна је и забрана ропства и принудног рада (члан 4. Конвенције). Пракса Суда је поводом овог права и уопште гледано ретка, мада су присутни поједини случајеви у којима је утврђено кршење члана 4. Конвенције у овом контексту.<sup>26</sup> Када је реч о члану 1. Протокола бр. 7. Конвенције, који се тиче заштите у поступку протеривања странаца, он садржи процедуралне гаранције које се не односе на илегалне мигранте, већ само на странце који законито бораве на територији државе.<sup>27</sup>

Међутим, у Конвенцији је чланом 16. предвиђено ограничење политичке активности странаца: „Ниједна одредба чланова 10. (слобода изражавања), 11. (слобода окупљања и удруживања) и 14. (забрана дискриминације) се не сме тумачити тако да спречава Високе стране уговорнице да ограничавају политичку делатност странаца“. Овакво ограничење је присутно једино у Конвенцији, а Парламентарна скупштина Савета Европе је препоручила брисање ове одредбе још 1977. године. Поводом ове одредбе праксе Суда готово да нема, али треба имати у виду и да државе и у склопу чланова 10. и 11. Конвенције могу ограничити ова права (Mole, Catherine, 2010: 205).

Кроз праксу Суда се показало да се у односу на случајеве протеривања странаца не примењује члан 6. Конвенције (право на правично суђење), будући да је обавеза поштовања овог права условљена схватањем предмета поступка у питању, тј. он се мора тицати утврђивања „грађанских права и обавеза“ или „кривичне оптужбе“ (Bryan, Langford, 2010: 463). Тако је у случају Маоуиа против Француске Суд заузео став да се: „одлука којом се странац овлашћује да остане у земљи чији није држављанин,

---

25 Тако је у једном случају Суд утврдио кршење члана 12., у вези са установљеном обавезом подношења захтева за добијање потврде о одобрењу закључења брака, која је била предвиђена у имиграционом систему Велике Британије и Северне Ирске. *O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*. Представка бр. 34848/07.

26 *Siliadin v. France*. Представка бр. 73316/01.

27 „Странац који законито борави на територији једне државе не може се из ње протерати, осим на основу одлуке донете у складу са законом, и има право: да изнесе разлоге којима оспорава протеривање; да се његов случај преиспита; и да у ту сврху буде заступљен пред надлежном власти или лицем или лицима која та власт одреди. Странац се може протерати и пре него што искористи своја поменута права, ако је протеривање неопходно у интересу јавног реда или се заснива на разлозима националне безбедности“. European Convention on Human Rights as amended by Protocoles Nos. 11 and 14, supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13. European Court of Human Rights - Council of Europe. Преузето: 18.04.2013. [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/Convention_ENG.pdf). Article 4. of Protocol 4.

не тиче утврђивања његових грађанских права и обавеза, или било које кривичне оптужбе против њега у смислу члана 6. став 1. Конвенције“, као и да „члан 1. Протокола бр. 7. Конвенције садржи гаранције које се односе на протеривање странаца“. <sup>28</sup> Као што је и раније напоменуто, члан 1. Протокола бр. 7. Конвенције се не односи на илегалне мигранте, већ само на странце који законито бораве на територији државе. Иначе, исто важи и у односу на одлуке о протеривању странаца, тј. у односу на њих се такође не примењује члан 6. Конвенције, будући да Суд сматра да је реч „посебној превентивној мери за сврхе имиграционе контроле“. <sup>29</sup> Већина земаља чланица сматра да је поступак протеривања странаца у сфери управног поступка, и тиме изван јаких процедуралних гаранција предвиђених у члану 6. Конвенције, и у складу са тим би требао бити регулисан слабијим гаранцијама, предвиђеним у члану 1. Протокола бр. 7. Конвенције (Bryan, Langford, 2010: 465). Овде је у принципу изостала примена аутономног концепта појма „кривичне оптужбе“ од стране Суда (који као такав није везан његовим одређењем у домаћем праву, нпр. чињеницом да је протеривање странаца у домаћем праву у сфери управног поступка), будући да је Суд предодредио каква је природа поступка протеривања странаца. (Bryan, Langford, 2010: 468).

У контексту заштите тражилаца азила и ирегуларних миграната, пракса Суда је дакле најбројнија у погледу забране мучења, права на слободу и безбедност, права на поштовање приватног и породичног живота као и права на делотворан правни лек, због чега ћемо им посветити посебну пажњу. Осим тога, у склопу ових права су се развили и посебни стандарди везани за тражиоце азила и за ирегуларне мигранте. Такође, значајна је и примена привремених мера из члана 39. Пословника Суда.

### **3.2. Забрана мучења (члан 3. Конвенције)**

Чланом 3. Конвенције се предвиђа да: „Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.“ Забрана мучења је од велике важности за заштиту права илегалних миграната и тражилаца азила, и то пре свега у погледу услова у притвору. Тако је Суд у случају *Доугоз против Грчке*, утврдио кршење члана 3. Конвенције. <sup>30</sup> Наиме, била је реч о лицу које је чекало протеривање у Сирију у притвору у Грчкој. С обзиром на услове у којима је било у притвору (препуна и прљава

28 *Maouia v. France* [GC]. Представка бр. 39652/98. Par.: 35-36.

29 *Maouia v. France* [GC]. Par.: 39.

30 *Dougoz v. Greece*. Представка бр. 40907/98. Par.: 45.; Слично: *Peers v. Greece*. Представка бр. 28524/95.

ћелија, недостатак дневног светла, свежег ваздуха, топле воде, места за спавање и сл.) и то у трајању од 18 месеци, Суд је утврдио кршење члана 3. Конвенције.

Међутим, у пракси Суда примена ове одредбе у односу на илегалне мигранате и тражиоце азила се најчешће јавља у вези са принципом невраћања. Поменути принцип се развио у пракси и Суд се при том ослонио на члан 3. Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих казни или поступака УН из 1984. године,<sup>31</sup> као и члан 33. Конвенције о статусу избеглица, из 1951. године.<sup>32</sup> Суд је имајући у виду основне вредности Конвенције, заузео став да у случају када држава свесно преда бегунца другој држави, знајући да ће тамо бити изложен опасности од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања, таква екстрадиција бити у супротности са духом ове одредбе, иако то није експлицитно наведено у Конвенцији.<sup>33</sup>

У теорији је дакле Суд у целости пренео цео спектар обавеза из члана 3. Конвенције на случајеве који се тичу принципа невраћања, што би значило и осим неоправдане употребе физичке силе и мере које имају социоекономску димензију (Lehmann, 2011: 752). Тако је у појединим случајевима Суд утврдио да ће у случају изостанка адекватне медицинске неге, односно лечења лица које се налази у затвору бити реч о повреди члана 3. Конвенције.<sup>34</sup> Ипак, у пракси се чини да у случајевима које се тичу депортације странаца није укључен овако широк спектар обавеза у погледу члана 3. Конвенције (Lehmann, 2011: 752). Када је дакле реч о случајевима који се тичу лоших услова лечења у земљи у коју се лице у питању протерује, Суд је само у случају постојања врло изузетних

---

31 „1. Ниједна држава чланица неће протерати, истерати нити изручити једно лице другој држави ако постоје озбиљни разлози да се посумња да може бити подвргнуто тортури. 2. Да би утврдили постојање таквих разлога, надлежни органи водиће рачуна о свим релевантним околностима, укључујући, евентуално, постојање низа систематских, озбиљних, очигледних или масовних повреда права човека у тој држави.“ Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Article 3.

32 „Ниједна држава уговорница неће протерати или вратити силом, на ма који начин то било, избеглицу на границе територије где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, вере, држављанства, припадности некој социјалној групи или његових политичких мишљења“. Convention Relating to the Status of Refugees. United Nations Conference on the Status of Refugees and Stateless Persons at Geneva. 2-25 July 1951. *United Nations*. Article 33.

33 *Soering v. the United Kingdom*. Представка бр. 14038/88. Paras.: 88, 91.

34 *McGlinchey and Others v. the United Kingdom*. Представка бр. 50390/99. Paras.: 57-58; *Kudła v. Poland, (GC)*. Представка бр. 30210/96. Paras.: 94-95.

околности утврдио постојање кршења члана 3. Конвенције. Тако је у случају Д. против Уједињеног Краљевства Суд утврдио постојање оваквих, изузетних околности, будући да је била реч о лицу које је оболело од АИДС-а, и док се налазило у притвору у Енглеској предложено је његово протеривање. При том је било у завршној фази болести, без подршке породице, и сматрало се да би његово протеривање значило смањење трајања његовог животног века.<sup>35</sup> Међутим Суд се ограничио: „странци који су након одслужења казне подвргнути протеривању, не могу остати на територији државе како би имали предности медицинске или друге помоћи од стране државе из које се протерују.“<sup>36</sup> Тако је у случају Н. против Уједињеног Краљевства, држављанка Уганде, такође од АИДС-а, тврдила да у Уганди лекови који су јој неопходни нису доступни, и да се не могу приуштити у руралним областима. Међутим, Суд је сматрао да овде ипак није реч о изузетним околностима, иако прихвата чињеницу да би њен повратак у Уганду утицао на дужину њеног очекиваног животног века. Дакле, ипак је сматрао да није дошло до повреде члана 3. Конвенције, будући да се није налазила у завршној фази болести, и јер није било јасно у којој мери болест напредује.<sup>37</sup>

Када је реч о ризику од прогона, у принципу је потребно да он потиче од власти државе у питању Суд је, међутим, заузео став да „не може бити искључена могућност да се члан 3. Конвенције такође примени и у случајевима када опасност потиче од лица која нису јавни званичници“, али такав ризик мора бити „стваран“, као и да званичне власти нису биле вољне, или у стању да обезбеде адекватну заштиту.<sup>38</sup> Иначе, у Директиви 2004/83/ЕЗ се у члану 6. наводе субјекти од којих може потицати страх од прогона, међу којима су наведени и недржавни актери, уколико држава, односно странке или организације које контролишу државу нису у могућности, односно нису вољне да обезбеде заштиту од прогона.<sup>39</sup>

Ризик од прогона дакле мора бити „стваран“, што Суд процењује у сваком конкретном случају, реч је о „прагу озбиљности“ (*тхресхолд оф севериту*). Дакле „мора постојати минимум озбиљности како би ризик у питању био у домањају члана 3. Конвенције. Процена овог минимума је по природи

35 *D. v. the United Kingdom*. Представка бр. 30240/96.

36 *D. v. the United Kingdom*. Par.: 54.

37 *N. v. The United Kingdom*, [GC], Представка бр. 26565/05. Par.: 50.

38 *X. v. Sweden*. Представка бр. 60959/00; *Salah Sheekh v. the Netherlands*. Представка бр. 1948/04. Par.: 147.

39 Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted. Article 6.

ствари релативна, и зависи од конкретних околности случаја<sup>40</sup>. Осим тога, изгледа да поменути ризик мора бити личне природе, тј. како је Суд у једном случају указао, докази који се тичу подносилаца представке, као и општа ситуација на Шри Ланци нису показали да је њихов положај гори од положаја већине младих припадника заједнице Тамила који се враћају у своју земљу, као и да сама могућност лошег поступања при повратку, није сама по себи довољна да доведе до кршења члана 3. Конвенције.<sup>41</sup> У овом случају није утврђено кршење Конвенције, упркос чињеници да су подносиоци представке при повратку били подвргнути поступању које је у супротности са чланом 3. Конвенције (Mole, Catherine, 2010: 43) Тешко је дакле повезати апсолутни карактер ове одредбе са чињеницом да неко лице мора да доказује не само да се налази у стварном ризику од забрањеног поступања, већ и да је тај ризик већи од ризика других који се налазе у сличним околностима (Mole, Catherine, 2010: 43).

Када је реч о тренутку процене ризика, процена се мора вршити у складу са чињеницама које су биле познате, или требало бити познате у време протеривања.<sup>42</sup> Међутим, уколико у тренутку подношења представке није још дошло до протеривања, релевантно време за процену ризика је тренутак у којем Суд разматра представку, дакле тренутна процена услова је одлучујућа.<sup>43</sup> Тако на пример, у случају Томић против Уједињеног Краљевства, лице српске националности, (чији је захтев за азил у Енглеској дефинитивно одбијен 2003. године) које у време подношења представке још увек није било протерано, је тврдило да би повратком у Хрватску било у ризику од прогона. Међутим, представка је одбијена будући да су непријатељства у Хрватској престала, а да према мишљењу Суда садашња ситуација у Хрватској не представља ризик у смислу принципа невраћања за подносиоца представке.<sup>44</sup> Када лице у питању још увек није протерано у време разматрања случаја од стране Суда, уколико Суд сматра да би подносилац представке био у ризику од прогона у случају протеривања, донеће одлуку којом ће прогласити да би његовим протеривањем дошло до повреде члана 3. Конвенције (дакле неће донети одлуку да је реч о кршењу Конвенције).<sup>45</sup>

---

40 *Cruz Varas and Others v. Sweden*. Представка бр. 15576/89. Par.: 83.

41 *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*. Представка бр. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87. Par.: 111.

42 *Cruz Varas and Others v. Sweden*. Par.: 37.

43 *Chahal v. the United Kingdom*. Представка бр. 22414/93. Par.: 86.

44 *Tomic v. United Kingdom*. Представка бр. 17837/03.

45 *Chahal v. the United Kingdom*. Представка бр. 22414/93.

Забрана мучења из члана 3. Конвенције је дакле апсолутне природе, а Суд је заузео став да је ова заштита подједнако апсолутна и у случајевима који се тичу протеривања. Тако на пример активности појединца у питању, колико год оне биле непожељне и опасне се не могу узети у обзир, односно држава не може правдати протеривање разлозима националне сигурности када је присутан ризик од прогона (као што је то случај са низом људских права која нису апсолутне природе, односно могу се дерогирати).<sup>46</sup>

Посебно је занимљив случај Хирси Јама и други против Италије, из скорашње праксе Суда, који је изазвао доста медијске пажње, а тиче се илегалних миграната који су пресретнути од стране италијанских власти, које су спречиле њихов долазак на територију Италије, тачније на острво Лампедуза.<sup>47</sup> Наиме, између Италије и Либије је закључен низ споразума који се тичу имиграционе контроле, у складу са којим су италијанске власти пресретале на мору бродове са имигрантима, који су затим враћани у Либију. Три италијанска брода граничне полиције и обалне страже су маја 2009. године, пресрела три брода која су превозила око 200 миграната (35 наутичких миља од острва Лампедуза, дакле изван територијалног мора и спољњег морског појаса), који су затим враћени војним бродовима на територију Либије. У овој групи су се налазили и подносиоци представке (11 држављана Сомалије и 13 држављана Еритреје), који су тврдили да нису били обавештени о томе која је њихова права дестинација нити је појединачно спроведена процедура њихове идентификације, као и да нису имали могућност да поднесу захтев за азил.<sup>48</sup> Суд је испитао питање надлежности Италије, будући да је свака држава дужна у складу са чланом 1. Конвенције да штити права и слободе у оквиру своје надлежности, и указао на свој став од раније да је надлежност у принципу територијална, али у изузетним околностима може произаћи из ефективног спровођења контроле државе над неким местом, или када њени агенти спроводе физичку контролу и моћ над лицима.<sup>49</sup> Такође, екстратериторијална надлежност обухвата и активности дипломатских или конзуларних представника у иностранству као и на броду или авиону који је регистрован односно носи заставу те државе.<sup>50</sup> Затим је заузео став да су лица у питању од тренутка када су укрцани на бродове италијанских оружаних снага ради повратка, до тренутка њихове предаје либијским властима подносиоци представке били под сталном и ексклузивном *de jure*

---

46 *Chahal v. the United Kingdom*. Par.: 80.

47 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC]. Представка бр. 27765/09.

48 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC]. Paras.: 11, 87.

49 *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC]. Представка бр. 55721/07. Paras.: 131-140.

50 *Medvedyev and Others v. France* [GC]. Представка бр. 3394/03, ECHR 2010. Paras.: 65, 67.

*u de facto* контролом од стране италијанских власти, и да су у складу са тим наводна кршења у надлежности Италије.<sup>51</sup> Суд је затим утврдио да је до кршења члана 3. Конвенције дошло на два начина. Прво, Суд је утврдио да је до кршења дошло услед чињенице да су подносиоци представке били у ризику од нехуманог или понижавајућег поступања у самој Либији, и при том је указао на чињеницу да у периоду у питању, у Либији није важио ниједан закон који штити избеглице, па се самим тим није правила ни разлика између илегалних миграната и избеглица. Суд се при том ослонио и на различите извештаје који се тичу периода у питању, као нпр. извештаји делегације Високог комесеријата УН за избеглице, *Human Rights Watch-a*, *Amnesty International-a*, а који указују на лоше услове у притвору, случајеве мучења и недостатак медицинске неге.<sup>52</sup> Међутим, Суд је утврдио кршење члана 3. Конвенције и услед чињенице да су подносиоци представке били изложени ризику од понижавајућег и нехуманог поступања због могућег арбитрарног повратка из Либије у њихове земље порекла, тј. Еритреју и Сомалију. Суд је заузео став да страна уговорница која спроводи повратак, мора осигурати да земља посредник нуди задовољавајуће гаранције којима се спречава да лице буде враћено у земљу порекла без процене ризика са којима је суочено.<sup>53</sup> У истом случају је Суд утврдио и кршење забране колективног протеривања странаца (члан 4. Протокола бр. 4. Конвенције), као и права на делотворан правни лек (члан 13. Конвенције). Може се приметити да је поменута пресуда Суда заиста значајна за заштиту људских права миграната, будући да се у овом контексту доводе у питање стратегије појединих земаља у борби против илегалних миграција.

### **3.3. Право на слободу и безбедност (члан 5. Конвенције)**

Основна сврха права на слободу и безбедност јесте да се осигура да нико не буде лишен слободе на произвољан начин. Притвор неког лица може бити законит само уколико је одређен на основу неког од разлога који су наведени у члану 5. став 1. Конвенције, док се у ставовима 2-5 члана 5. Конвенције предвиђају процедуралне гаранције које морају бити поштоване.<sup>54</sup>

---

51 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Представка бр. 27765/09. Paras.: 81-82.

52 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Par.: 125.

53 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Par.: 147.

54 1. Свако има право на слободу и безбедност личности. Нико не може бити лишен слободе осим у следећим случајевима и у складу са законом прописаним поступком: а) у случају законитог лишења слободе на основу пресуде надлежног суда; б) у случају законитог хапшења или лишења слободе због неизвршења законите судске одлуке или ради обезбеђења испуњења неке обавезе прописане законом; ц) у случају законитог

Са правом на слободу и безбедност је уско повезано и право на слободу кретања (члан 2. Протокола бр. 4).<sup>55</sup> Које од овог права је применљиво у конкретном случају зависи пре свега од чињенице да ли је дошло до лишења слободе, или до ограничења слободе кретања, што представља чињеницу коју процењује Суд у складу са околностима конкретног случаја. У овом смислу је интересантан случај Амур против Француске, који се тичао тражилаца азила пореклом из Сомалије, који су на аеродрому у Паризу били задржани двадесет дана у хотелу који је адаптиран за задржавање тражилаца азила, а који се налази у међународној транзитној зони.<sup>56</sup> Суд

хапшења или лишења слободе ради привођења лица пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је извршило кривично дело, или када се то оправдано сматра потребним како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство по његовом извршењу. д) у случају лишења слободе малолетног лица на основу законите одлуке у сврху васпитног надзора или законитог лишења слободе ради његовог привођења надлежној власти. е) у случају законитог лишења слободе да би се спречило ширење заразних болести, као и законитог лишења слободе душевно поремећених лица, алкохоличара или уживалаца дрога или скитница. ф) у случају законитог хапшења или лишења слободе лица да би се спречио његов неовлашћени улазак у земљу, или лица против кога се предузимају мере у циљу депортације или екстрадиције.

2. Свако ко је ухапшен мора бити обавештен без одлагања и на језику који разуме о разлозима за његово хапшење и о свакој оптужби против њега.

3. Свако ко је ухапшен или лишен слободе сходно одредбама из става 1. ц) овог члана мора без одлагања бити изведен пред судију или друго службено лице законом одређено да обавља судске функције и мора имати право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења. Пуштање на слободу може се условити јемствима да ће се лице појавити на суђењу.

4. Свако ко је лишен слободе има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и наложити пуштање на слободу ако је лишење слободе незаконито.

5. Свако ко је био ухапшен или лишен слободе у супротности с одредбама овог члана има утуживо право на накнаду. European Convention on Human Rights as amended by Protocoles Nos. 11 and 14, supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13. Article 5.

55 1. Свако ко се законито налази на територији једне државе има, на тој територији, право на слободу кретања и слободу избора боравишта.

2. Свако је слободан да напусти било коју земљу, укључујући и сопствену.

3. Никаква ограничења не могу се поставити у односу на вршење ових права сем оних која су у складу са законом и која су неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради очувања јавног поретка, за спречавање криминала, за заштиту здравља или морала или ради заштите права и слобода других.

4. Права из става 1. могу се, такође, у извесним областима подвргнути ограничењима која су уведена у складу са законом и оправдана јавним интересом у демократском друштву. European Convention on Human Rights as amended by Protocoles Nos. 11 and 14, supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13. Article 2. of Protocol 4.

56 *Amuur v. France*. Представка бр. 19776/92.



је дакле испитивао да ли је дошло до лишења слободе или до ограничења слободе кретања, и испитао врсту, трајање, ефекте, односно природу мере у питању, и при том утврдио да је ипак применљив члан 5. Конвенције, односно да је дошло до његове повреде.

У првој реченици члана 5. Конвенције се предвиђа да лишење слободе мора бити законито, дакле у складу са домаћим и међународним правом, тј. не може бити произвољно. „Међутим, ове речи не упућују само једноставно на домаће право“, већ се „такође односе на квалитет права, захтевајући да буде у сагласности са начелом законитости“.<sup>57</sup> Квалитет права у овом контексту, значи да закон који овлашћује лишење слободе, мора бити у довољној мери прецизан и доступан како би се избегао ризик од произвољности. Како је Суд указао у случају Амур против Француске, ово је посебно значајно када је реч о рањивим лицима као што су тражиоци азила, и имајући у виду потребу за усклађивањем захтева за заштитом људских права са једне стране, и захтева које налажу имиграционе политике држава са друге стране.<sup>58</sup>

У контексту права илегалних миграната и тражилаца азила релевантан је пре свега став 1. тачка б) члана 5. Конвенције, по којем је дакле лишење слободе могуће: „у случају законитог хапшења или лишења слободе због неизвршења законите судске одлуке или ради обезбеђења испуњења неке обавезе прописане законом“. Имигранти се ретко задржавају у притвору због неизвршења законите судске одлуке. Други део одредбе је релевантан, и тиче се само случајева где право намеће обавезу доказивања идентитета, и дозвољава лишење слободе како би се лице приморало да испуни ову специфичну и конкретну обавезу (Mole, Harby). Када је реч о ставу 1. тачка ц) члана 5. Конвенције дакле „случај законитог хапшења или лишења слободе ради привођења лица пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је извршило кривично дело, или када се то оправдано сматра потребним како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство по његовом извршењу“, ова одредба се примењује само у вези са кривичним делима повезаним са преласком границе (Mole, Harby). И најзад, став 1. тачка ф) члана 5. Конвенције предвиђа ситуацију која је уско повезана са илегалним мигрантима и тражиоцима азила: „у случају законитог хапшења или лишења слободе лица да би се спречио његов неовлашћени улазак у земљу, или лица против кога се предузимају мере у циљу депортације или екстрадиције“, тј. примењује се на две ситуације.

---

57 *Amuur v. France*. Par.: 50.

58 *Amuur v. France*. Par.: 50.

Као што је раније наведено, члан 5. став 2. Конвенције, садржи извесне процедуралне гаранције које се морају обезбедити лицима која се налазе у притвору: „Свако ко је ухапшен мора бити обавештен без одлагања и на језику који разуме о разлозима за његово хапшење и о свакој оптужби против њега“. Суд је тумачио ову одредбу у смислу да свако ухапшено лице мора бити обавештено на једноставном језику који може разумети, о суштинским правним и чињеничним основима његовог хапшења, како би могао да пред судом испита законитост његовог хапшења, уколико је то неопходно.<sup>59</sup>

Од значаја може бити и члан 5. став 3. Конвенције: „Свако ко је лишен слободе има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и наложити пуштање на слободу ако је лишење слободе незаконито“. Случај Гарабајев против Русије на пример, се тичао подносиоца представке који је лишен слободе док је чекао на екстрадицију, међутим његово лишење слободе никада није било разматрано од стране суда, упркос његовим жалбама. До разматрања је дошло тек након екстрадиције, и Суд је сматрао да се оно не може сматрати ефикасним, тј. сматрао је да је дошло до кршења члана 5. став 4. Конвенције.<sup>60</sup>

### **3.4. Право на поштовање приватног и породичног живота (члан 8. Конвенције)**

У складу са чланом 8. став 1. Конвенције: „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке“, а у ставу 2. се предвиђа да се „јавне власти неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других“.

Суд је први пут оквалификовао депортацију странца као повреду права на породичан живот 1991. године (Thum, 2008: 87).<sup>61</sup> Ово право је релевантно пре свега у светлу чињенице да многи тражиоци азила, односно илегални мигранти у земљи у којој су тражили заштиту, односно у коју су емигрирали могу имати формиране јаке личне и породичне везе. Дакле када појединац има јаке породичне везе или установљену породицу у једној земљи, његово протеривање би могло представљати кршење члана 8. Конвенције.

<sup>59</sup> Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom. Представка бр. 12244/86, 12245/86 и 12385/86. Par.: 40.

<sup>60</sup> Garabayev v. Russia. Представка бр. 38411/02.

<sup>61</sup> Реч је о случају: Moustaqim v. Belgium. Представка бр. 12313/86.

Постојање породичног живота представља чињенично питање које зависи од стварног постојања блиских породичних веза у пракси.<sup>62</sup>

У случају Боултиф против Швајцарске, на пример, подносилац представке, алжирски држављанин је у Швајцарску ушао са туристичком визом и потом се оженио швајцарском држављанком. Сматрао је да му је повређено право на породичан живот, будући да му није обновљена дозвола за боравак. Суд је поновио при том свој став од раније да „Конвенција не гарантује право странцима да улазе или бораве на територији поједине земље. Међутим, протеривање лица из земље у којој живе блиски чланови његове породице, може представљати кршење права на породичан живот из члана 8. Конвенције.“<sup>63</sup> Суд је утврдио кршење члана 8. став 1. Конвенције, и при том указао да у овом случају није била реч о мешању државе које је у складу са захтевима из члана 8. став 2. Конвенције.

За разлику од породичног живота, приватан живот руководе односи између лица који нису чланови породице. Приватан живот представља широк термин и обухвата различит круг елемента из личне сфере (Mole, Catherine, 2010: 182). У случају Сливенко против Литваније подносиоци представке, руски држављани, су протествовали због њиховог протеривања из Литваније након што су њихови захтеви за даљим бораваком на основу Руско-литванског споразума из 1994. године о повлачењу трупа одбијени. Суд је у овом случају сматрао да је дошло до повреде права на приватан живот, будући да су протерани из земље у којој су развили јаку мрежу личних, друштвених и економских веза које чине приватан живот сваког људског бића.<sup>64</sup> У овом случају се чини да је прихваћен шири домаћај „приватног живота“. Треба, међутим, претпоставити да је реч о сасвим специфичном случају (Thum, 2008).

Према мишљењу Суда право на приватан живот представља и концепт који обухвата право на физички и морални интегритет особе. У том смислу занимљив је раније наведен случај Н. против Уједињеног Краљевства, у којем је Суд сматрао да, иако прихвата чињеницу да би повратак држављанке Уганде која је оболела од АИДС-а назад у Уганду утицао на њен очекивани животни век, није дошло до повреде члана 3. Конвенције. Суд је одбио да разматра представку у погледу члана 8. Конвенције, будући да ју је испитао у вези са чланом 3. Конвенције, међутим поједине судије су у издвојеном мишљењу сматрале да, иако није била реч о „посебним околностима“ које се захтевају у склопу члана 3. Конвенције, ипак је у

---

62 *K. and T. v. Finland* [GC]. Представка бр. 25702/94. Par.: 150.

63 *Boultif v. Switzerland*. Представка бр. 54273/00. Par.: 40.

64 *Slivenko v. Latvia* [GC]. Представка бр. 48321/99. Par.: 96.

овом случају било неопходно посебно испитивање у контексту члана 8. Конвенције који гарантује право на физички и морални интегритет.<sup>65</sup> Међутим, у случају Бенсаид који се тицао ментално оболелог лица, чије би се стање према извештају доктора значајно погоршало повратком у Алжир, Суд се ипак упустио у разматрање повреде члана 8. Конвенције, али је сматрао да интегритет подносиоца представке није суштински угрожен у довољној мери, односно ризик од погоршања здравља не сме бити хипотетички.<sup>66</sup>

### **3.5. Право на делотворни правни лек (члан 13. Конвенције)**

У складу са чланом 13. Конвенције: „Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира на то да ли су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.“ Члан 13. Конвенције је дакле релевантан у поступцима који се тичу имиграције, будући да члан 6. Конвенције није применљив у поменутих случајевима. Заштита из члана 13. Конвенције је посебно важна, обзиром да државе често покушавају да заобиђу испитивање суштине захтева за азил путем различитих префињених процедуралних метода (Spijkerboer, 2009: 49).

Делотворан правни лек из члана 13. Конвенције се не мора састојати од суда у формалном смислу речи, међутим „националне власти“, чак и ако није реч о суду, морају имати карактер који подсећа на суд у смислу надлежности и независности. Конвенција пружа право на делотворан правни лек не само када је неко од других права из Конвенције повређено, али тада захтев за делотворним правним леком мора имати посебан квалитет (*arguable claim*), што представља питање које зависи од процене Суда (Spijkerboer, 2009: 50).

Суд је на пример у случају Чонка против Белгије утврдио кршење члана 13. Конвенције заједно са чланом 4. Протокола бр. 4. Конвенције зато што странци немају никакву гаранцију да ће надлежни Државни савет уопште донети одлуку, или чак размотрити случај пре протеривања или да ће власти одобрити минимални разуман период за подношење молбе.<sup>67</sup> У раније наведеном случају Хирси Јама и други против Италије, Суд је такође утврдио постојање повреде права на делотворан правни лек, заједно са чланом 3. Конвенције као и чланом 4. Протокола бр. 4. Конвенције. Суд је сматрао да подносиоци представке нису имали никакву могућност

65 *N. v. The United Kingdom*. Представка бр. 26565/05. Joint dissenting opinion of judges Tulkens, Bonello And Spielmann. Par.: 26.

66 *Bensaid v. the United Kingdom*. Представка бр. 44599/98. Par.: 48.

67 *Čonka v. Belgium*. Представка бр. 51564/99. Par.: 84.

да поднесу жалбу пред надлежним властима, као ни процену њихових захтева пред властима пре него што је мера њиховог пребацавања ка Либији предузета.<sup>68</sup>

### **3.6. Забрана колективног протеривања странаца (члан 4. Протокола бр. 4. Конвенције)**

У Протоколу бр. 4. уз Конвенцију се у члану 4. забрањује колективно протеривање странаца, с тим да није реч о заштити која је лимитирана на странце који законито бораве на територији једне државе (као што је то случај са чланом 1. Протокола бр. 7. Конвенције).

У случају Хирси Јама и други против Италије, Суд је навео свој ранији став да се под колективним протеривањем странаца подразумева: „било која мера надлежних власти којом се странци као група приморавају да напусте земљу, осим у случају када је таква мера предузета након, и на основу разумне и објективне процене индивидуалне ситуације сваког појединог странца у оквиру групе.“<sup>69</sup> Након што је утврдио да у овом случају нема препрека екстратериторијалној примени члана 4. Протокола бр. 4. Конвенције (будући да се појам протеривања углавном повезује са територијом државе, односно углавном се спроводи са територије државе), Суд је утврдио кршење забране колективног протеривања странаца, обзиром да је пребацавање подносилаца представке предузето без икакве врсте процене појединачне ситуације сваког од подносилаца представке. Такође није оспорена чињеница да подносиоци представке нису подвргнути процедури појединачне идентификације од стране италијанских власти.<sup>70</sup>

### **3.7. Привремене мере (члан 39. Пословника Суда)**

Привремене мере представљају можда најзначајније средство Суда у заштити лица која се налазе у ризику од протеривања, предвиђено чланом 39, став 1. Пословника Суда: “Судско веће или председник судског већа може на захтев странке у поступку, друге заинтересоване особе или на сопствену иницијативу наложити странкама привремену меру за коју сматра да треба бити усвојена у интересу странака или правилног вођења поступка“.<sup>71</sup> Суд одређује привремене мере у само неколико специфичних

---

68 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Представка бр. 27765/09. Par.: 207.

69 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Par.: 166.

70 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Par.: 185.

71 Rules of Court. *European Court of Human Rights*. 1 September 2012. Strasbourg. Article 39.

ситуација, али најчешће у случајевима који се тичу протеривања и екстрадиције (осим тога у случају извршења смртне казне, заштите здравља у контексту притвора и можда евентуално ради заштите доказа, али знатно ређе) (Наеск, Burbano Herrera, 2003: 631).

Дакле привремене мере се углавном захтевају како би се спречило предстојеће протеривање или екстрадиција, у случајевима у којима постоји опасност од мучења, нехуманог или деградирајућег поступања или чак од губитка живота, што наравно зависи од процене Суда. Из праксе Суда се може закључити да се привремене мере одређују кад су испуњена следећа три услова: мора бити реч о предстојећој и изузетној околности и да не постоји више ниједан доступан домаћи правни лек који се може у том смислу применити, затим мора постојати висок степен вероватноће да ће протеривањем бити прекршена одредба Конвенције (тј. члан 3. и члан 2. Конвенције) и најзад, мора постојати озбиљан ризик од неповратне штете (Mole, Catherine, 2010: 218). Уколико Суд одобри захтев за привременом мером, подносилац представке или његов представник ће о томе одмах обавестити надлежне домаће власти (у чијој је надлежности притвор, протеривање или екстрадиција подносиоца захтева) како би се спречило протеривање или екстрадиција, пре него што буде могуће да се то учини званичним путем (нпр. преко представника одговорне државе), (Наеск, Burbano Herrera, 2003: 654). Када је реч о њиховој природи, дуго се сматрало да је њихов карактер необавезан, тј. тачније до 2003. године, када је Суд у пракси заузео став да су ипак обавезујуће за државе уговорнице (Наеск, Burbano Herrera, 2003: 656). Тако је прво у случају Чонка против Белгије на пример, Суд одредио привремену меру, међутим белгијске власти су одлучиле да не поштују одлуку Суда, тако да су лица у питању протерана (Наеск, Burbano Herrera, 2003: 660). У одлуци о прихватљивости представке, Суд је окарактерисао акцију Белгије као тешко компатибилну са вољом за сарадњу на лојалан начин са Европским судом за људска права. Нешто касније је Суд дефинитивно заузео став да су привремене мере правно обавезујуће.<sup>72</sup>

У последње време је дошло до алармантног пораста броја захтева за привременим мерама у контексту имиграционих питања и питања азила. Указано је да је дошло до пораста од чак преко 4000% у периоду између 2006. и 2008. године, а многи захтеви су некомплетни и без адекватне документације, тако да Суд не може да обави исправну процену, а такође постоји страх да пријаве лица која су у стварној опасности неће бити

---

72 *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*. Представка бр. 46827/99, 46951/99. Par.: 110.

разматране на исправан начин.<sup>73</sup> Државе су позване да са једне стране не протерују лица, уколико након разматрања свих информација постоји ризик од озбиљне и неповратне штете, а са друге стране је указано и да Суд не представља жалбено веће за имиграциона питања и питања азила у Европи.<sup>74</sup>

#### **4. Завршне напомене**

Илегални мигранти и тражиоци азила представљају ранљиве групе лица, које често предузимају огромне ризике како би доспели у државе Европе. Међутим државе, и то пре свега чланице Европске уније им приступају примарно као проблему. Може се приметити да се Суд у случајевима који се тичу илегалних миграната и тражилаца азила налазио у неку руку незахвалној позицији, обзиром на противречности које могу произићи из заштите људских права и легитимног циља држава уговорница да контролишу улазак, боравак и протеривање странаца. Суд је у погледу заштите права тражилаца азила и илегалних миграната развио значајну праксу, и треба имати на уму да Суд придаје велику важност околностима конкретног случаја, користећи се при том неодређеним појмовима. (нпр. да је реч о „стварном“ ризику у вези члана 3. Конвенције или у вези квалитета захтева из члана 13. Конвенције). Понекад је тешко инкорпорисати праксу Суда у домаће правне системе, будући да су закони који се тичу имиграције и азила често врло сложени. Међутим, Суд у извесној мери оставља државама дискреционо право, у смислу да државе могу тумачити Конвенцију на различит начин. У принципу, Суд ће утврдити кршење Конвенције у случајевима када домаћи правни поредак изазове резултат који се не може толерисати (Thum, 2008: 106). У светлу преоптерећености Суда представкама, Суд ће такође лакше утврдити кршење Конвенције у случајевима када постоји већи број представки из поједине земље поводом истог питања.

Поштовање људских права тражилаца азила и илегалних миграната у складу са Конвенцијом и праксом Суда је од великог значаја и за Републику Србију. Познато да је број тражилаца азила у Србији током последњих година порастао (са 52 захтева у 2008. години, на 3100 захтева у 2012. години), такође је присутан и значајан број илегалних миграната.

---

73 Statement Issued by the President of the European Court of Human Rights concerning Requests for Interim Measures (Rule 39 of the Rules of Court). *European Court of Human Rights*. Преузето: 20. 04. 2013. [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B76DC4F5-5A09-472B-802C-07B4150BF36D/0/20110211\\_ART\\_39\\_Statement\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B76DC4F5-5A09-472B-802C-07B4150BF36D/0/20110211_ART_39_Statement_EN.pdf),

74 Statement Issued by the President of the European Court of Human Rights concerning Requests for Interim Measures (Rule 39 of the Rules of Court).

та, додуше по природи ствари је тешко имати тачне податке у погледу броја илегалних миграната (Francesca Rolandi e Adél Alaker). У појединим истраживањима се указује да се у Републици Србији не пружа адекватна брига тражиоцима азила (Јелаčić, Zorić, Брајковић). Суд још увек није донео пресуду против Републике Србије које се тиче кршења права тражилаца азила или илегалних миграната. Ипак, број поднетих представки против Републике Србије је од 2011. године значајно порастао, па остаје да се види у наредном периоду да ли ће се у неким од донетих пресуда утврдити кршење људских права ових категорија лица (тренутно је пред Судом око 10.000 случајева против Србије о којима још увек није одлучено).<sup>75</sup> Треба имати у виду и да је добар досије пред Судом такође од значаја за пријем у чланство у ЕУ. Тако је на пример Турска упорно одбијала да плати досуђен износ на име правичног задовољења у случају *Лоизидоу* против Турске.<sup>76</sup> Након што је као услов у Споразум о придруживању Турске Европској унији укључена обавеза поштовања пресуда Суда, досуђени износ је коначно био исплаћен.<sup>77</sup> Осим тога, пресуде Суда које се тичу тешких кршења људских права илегалних миграната и тражилаца азила, као на пример у случају Хирси Јама и други против Италије, представљају значајан објект пажње међународне јавности. О значају праксе Суда такође говори и пресуда у случају М. С. С. против Белгије, која је имала запажен утицај на схватање заједничког система азила у ЕУ (шире о томе Gragl). Поменута пресуда има и практичне импликације на регулисање миграционих токова у Европи, тј. будући да се трансфер не може предузимати док Грчка не побољша услове пријема тражилаца азила, односно док се не буде сматрала сигурном земљом од стране Европског суда за људска права. Ово питање је од значаја и за Републику Србију, будући да се у складу са Одлуком о утврђивању листе сигурних држава порекла и сигурних трећих држава, Грчка налази на листи сигурних трећих држава.<sup>78</sup>

## Литература

Bryan, I., Langford, P. (2010). *Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European*

---

75 Serbia – press country profile, European Court of Human Rights, Internet: [http://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Serbia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Serbia_ENG.pdf), 23.05.2013.

76 *Loizidou v. Turkey, Loizidou v. Turkey*. Представка бр. 15318/89.

77 Interim Resolution Res DH(2001)80. *Committee of Ministers*. 26 June 2001; Resolution ResDH(2003)190. *Committee of Ministers*. 2 December 2003.

78 Одлука о утврђивању листе сигурних држава порекла и сигурних трећих држава. *Службени гласник Републике Србије*. бр. 67. 2004.



Convention on Human Rights. *Nordic Journal of International Law*. Vol. 79. Issue 4, 457-479

Clayton, G. (2011). Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v Belgium and Greece. *Human Rights Law Review*. Vol 11. br. 4. 758-773

Haeck, Y., Burbano Herrera, C. (2003). Interim measures in the case law of the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 21/4. 625-675

Jelačić, M., Zorić, J., Brajković, R., Maloletni tražiocci azila u Srbiji: na ivici dostojanstva, Преузето: 23.05.2013. [http://www.azil.rs/doc/2011\\_maj\\_Grupa\\_484\\_Maloletni\\_trazioci\\_azila\\_srpski\\_2.pdf](http://www.azil.rs/doc/2011_maj_Grupa_484_Maloletni_trazioci_azila_srpski_2.pdf)

Lavrysen, L. (2012). European Asylum Law and the ECHR: An Uneasy Coexistence. *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 4. Issue 1. 217-262

Lehmann, M. J. (2011). Rights at the Frontier: Border Control and Human Rights Protection of Irregular International Migrants. *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 3. Issue 2. 733-775

Mole, N., Harby, C. Immigration, Asylum and Detention. *The Aire Centre Advice on Individual Rights in Europe*. Преузето: 30. 04. 2013. <http://www.refworld.org/pdfid/4158297d4.pdf>

Mole, N., Meredith, C. (2010). *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing. 283

Rolandi e Adel Alkaler, F. (F. Rolandi e Adél Alaker). Zahtev za azil: u Srbiji sanjajući Evropu“, *Centar za pomoć i zaštitu tražilaca azila*. Преузето: 23.05.2013. <http://www.apc-cza.org/sr-YU/liste-sigurnih-drzava/2-uncategorised/102-zahtev-za-azil-u-srbiji-sanjajuci-evropu.html>

Spijkerboer, T. (2009). Subsidiarity and ‘Arguability’: the European Court of Human Rights’ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases. *International Journal of Refugee Law*. Volume 21. Issue 1. 48-74

Thym, D. (2008). Respect for Private and Family life under Article 8 ECHR in Immigration cases: A Human Right to regularize illegal stay?. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 57. 87-112

Triandafyllidou, A. (2010). *Irregular Migration in Europe: Myths and Realities*, Ashgate Publishing, Burlington, 2010

Gragl, P., The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg’s M.S.S.Judgment and its Implications for the European Union’s Legal Order, Преузето: 02.05. 2013. [www.academia.edu](http://www.academia.edu)

Судске одлуке

*Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC]. Представка бр. 55721/07. Пресуда од 7. јула 2007. године

*Amuur v. France*. Представка бр. 19776/92. Пресуда од 25. јуна 1996. године

*Bensaid v. the United Kingdom*. Представка бр. 44599/98. Пресуда од 6. фебруара 2001. године

*Boultif v. Switzerland*. Представка бр. 54273/00. Пресуда од 2. августа 2001. године. (Sect. 2), ECHR 2001-IX

*Chahal v. the United Kingdom*. Представка бр. 22414/93, Пресуда од 15. новембра 1996 године, Rep. 1996-V, fasc. 22

*Cruz Varas and Others v. Sweden*. Представка бр. 15576/89. Пресуда од 20. марта 1991. године

*Čonka v. Belgium*. Представка бр. 51564/99. Пресуда од 5. фебруара 2002. године. (Sect. 3), ECHR 2002-I

*D. v. the United Kingdom*. Представка бр. 30240/96. Пресуда од 2. маја 1997. године

*Dougoz v. Greece*. Представка бр. 40907/98. Пресуда од 6. марта 2001. године. (Sect. 3), ECHR 2001

*Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*. Представка бр. 12244/86, 12245/86 и 12385/86. Пресуда од 30. августа 1990. године

*Garabayev v. Russia*. Представка бр. 38411/02. Пресуда од 7. јуна 2007. године. (Sect. 1) (Eng)

*H.L.R. v. France*. Представка бр. 24573/94., Пресуда од 29. априла 1997 године. 1997-III, fasc. 36

*Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC]. Представка бр. 27765/09. Пресуда од 23. фебруара 2012. године. ECHR 2012

*K. and T. v. Finland* [GC]. Представка бр. 25702/94. Пресуда од 12. јула 2001. године. ECHR 2001-VII

*Kudła v. Poland* [GC]. Представка бр. 30210/96. Пресуда од 26. октобра 2000. године

*M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC]. Представка бр. 30696/09. Пресуда од 21. јануара 2011. године

*Maouia v. France* [GC]. Представка бр. 39652/98. Пресуда од 5. октобра 2005. године. ECHR 2000-X

*Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*. Представка бр. 46827/99, 46951/99. Пресуда од 3. фебруара 2003. године

*McGlinchey and Others v. the United Kingdom*. Представка бр. 50390/99. Пресуда од 29. априла 2003. године. (Sect. 2) ECHR 2003-V

*Medvedyev and Others v. France* [GC]. Представка бр. 3394/03. Пресуда од 29. марта 2010. године. ECHR 2010

*Moustaquim v. Belgium*. Представка бр. 12313/86. Пресуда од 18. фебруара 1991. године

*N. v. The United Kingdom* [GC]. Представка бр. 26565/05, Пресуда од 27. маја 2008. године

*O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*. Пресуда од 14. децембра 2010. године. Представка бр. 34848/07. (Sect. 4) ECHR 2010

*Peers v. Greece*. Представка бр. 28524/95. Пресуда од 19. априла 2001. године, (Sect. 2) ECHR 2001-III

*Siliadin v. France*, Представка бр. 73316/01. Пресуда од 21. јула 2005. године. (Sect. 2) ECHR 2005-VII

*Slivenko v. Latvia* [GC]. Представка бр. 48321/99. Пресуда од 9. октобра 2003. ECHR 2003-X

*Soering v. the United Kingdom*. Представка бр. 14038/88. Пресуда од 7. јула 1989. године

*Tomic v. United Kingdom*. Представка бр. 17837/03. Одлука о прихватљивости представке од 14. октобра 2003. године

*Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*. Представка бр. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87. Пресуда од 30. октобра 1991. године

*X. v. Sweden*. Представка бр. 60959/00. Одлука о прихватљивости представке од 22. октобра 2002. године

*Salah Sheekh v. the Netherlands*. Представка бр. 1948/04. Пресуда од 11. јануара 2007 године. (Sect. 3)

***M.Sc. Anđela Đukanović,***

*Research Associate,*

*Institute for International Politics and Economics, Belgrade*

***PROTECTION OF ASYLUM SEEKERS AND ILLEGAL MIGRANTS HUMAN RIGHTS - PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS***

***Summary***

*Protection of asylum seeker and Illegal migrants human rights, has often been difficult due to the need of states to regulate unwanted migration flows. European Court of Human Rights plays an important role in protecting the rights of these individuals, through a set of human rights. Requests for interim measures under Rule 39 of the Rules of Court also have great importance. In cases involving illegal migrants and asylum-seekers, Court was often in difficult position, given the contradictions that could arise from the protection of human rights and the legitimate aim of the Contracting States to control the entry, residence and expulsion of aliens. Recent Courts judgment in case of M. S. S. against Belgium is particularly important, because of its remarkable influence on the perception of a common asylum system in the EU, as well as the judgment in the case of Jama Hirsi and Others v. Italy.*

***Key words:*** *European Court of Human Rights, Council of Europe, European Union, asylum seeker, illegal migrant.*

**Др Зоран Радивојевић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.217(4-672EU):340.13

Рад примљен: 28.09.2015.

Рад прихваћен: 03.11.2015.

## **УЛОГА КОМИСИЈЕ У ДОНОШЕЊУ И ИЗВРШЕЊУ ПРАВНИХ АКТА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ\*\***

**Апстракт:** У оквиру надлежности које су оснивачким уговором поверене Комисији посебан значај има њена улога у доношењу и извршењу правних аката Европске уније. Комисији је, најпре, поверена улога главног предлагача правних аката и иницијатора политике Уније. У исто време, она се појављује у улози доносиоца правних аката Уније. Као орган који доноси правни акт Комисија може да делује на основу сопствених овлашћења предвиђених оснивачким уговором или права које су јој делегирани Савет и Европски парламент. Том приликом Комисија се само изузетно појављује у улози носиоца изворних овлашћења, док случајеви преношења овлашћења од стране Савета и Парламента представљају правило. Најзад, Комисија располаже извршним овлашћењима ради спровођења правно обавезујућих аката Уније. Лисабонски уговор доноси неке значајне новине у погледу овакве улоге Комисије у процесу доношења и извршења правних аката ЕУ. Овим уговором је задржана и делимично проширена надлежност иницијативе Комисије у законодавном поступку, као и у областима заједничке спољне и безбедносне политике и полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима. Кад су у питању правни акти које доноси Комисија, поред њених изворних законодавних овлашћења, Лисабонски уговор у правни систем ЕУ уводи потпуно нову категорију правних аката под називом делегирани акти. Њих доноси Комисија на основу овлашћења садржаног у законодавном акту са циљем да се допуне или измене они његови елементи који немају суштински значај. У погледу извршне надлежности Комисије, Лисабонски уговор имплементациону функцију оставља и даље државама чланицама,

\* zoranr@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је припремљен у оквиру пројекта „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту“ бр. 179079, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

*с тим што поред Комисије и Савета, којима се може поверити спровођење правних аката, као новог актера уводи Европски парламент, дајући му право да учествује у регулисању система комитологије доношењем регулативе у редовном законодавном поступку.*

**Кључне речи:** *Комисија, Савет, Европски парламент, Европска унија, иницијатива, законодавни поступак, делегирани акти, имплементациони акти, регулатива, комитологија.*

## 1. Увод

У оквиру надлежности које су оснивачким уговором поверене Комисији посебан значај има њена улога у поступку доношења и извршења законских аката Европске уније, као и оних правних аката који немају законодавни карактер, јер се управо кроз тај процес ствара и имплементира право ЕУ. У овом поступку Комисија се најпре појављује као предлагач правних аката и иницијатор европских интеграција. У исто време, она може да буде орган који доноси правни акт на основу изворних овлашћења предвиђених оснивачким уговором или права делегираног од стране Савета и Европског парламента. Коначно, Комисија располаже извршним овлашћењима ради спровођења правно обавезујућих аката Уније (Радивојевић, 2005: 89).

Лисабонски уговор доноси неке значајне новине у погледу овакве улоге Комисије у процесу доношења и имплементације правних аката Уније. Овим уговором је проширена и делимично измењена надлежност иницијативе Комисије у законодавном поступку, као и у областима заједничке спољне и безбедоносне политике и полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима. Кад су у питању правни акти које доноси Комисија, поред њених изворних законодавних овлашћења, Лисабонски уговор је задржао могућност усвајања делегираних аката на основу пренетих овлашћења. У оквиру извршне надлежности Комисије новину представља одредба којом се укида досадашњи монопол Савета у регулисању комитологије. Сада је дата могућност да и Европски парламент на равноправној основи са Саветом учествује у прописивању облика контроле држава чланица над вршењем имплементационих овлашћења Комисије.

## 2. Комисија као предлагач правних аката

Комисији је оснивачким уговорима поверена улога главног предлагача правних аката и иницијатора политике Уније (Radivojević, Knežević-Pređić, 2008: 117). У тој улози Комисија се појављује као најважнији и готово искључиви иницијатор у редовном законодавном поступку, пошто се

регулативе, директиве и одлуке могу усвојити само на њен предлог. Веома је мало законских аката који се доносе без предлога Комисије. Тако Уговор о функционисању Европске уније (даље: УФЕУ), који ближе уређује ову материју, садржи посебне одредбе које предвиђају ситуације у којима право законодавне иницијативе могу имати државе чланице, Европски парламент, Европска централна банка, Суд правде или Европска инвестициона банка<sup>1</sup>. У погледу аката који немају законодавни карактер Комисија има право иницијативе само када то предвиђају оснивачки уговори<sup>2</sup>.

Поверавајући улогу искључивог предлагача правних аката, творци оснивачких уговора очито су сматрали да Комисија, као независна институција, може да обезбеди предлог акта који је истовремено технички коректан и усмерен на постизање циљева ЕУ (Кнежевић-Пређић, Радивојевић, 2009: 99). Та монополска функција представља моћно средство које стоји на располагању Комисији у процесу доношења правних аката. Наиме, искључиво право предлагања правног акта у себи садржи неколико битних ужих овлашћења. На првом месту то је право Комисије да одлучи да ли ће уопште израдити предлог конкретног правног акта. Комисија се не може принудити да сачини предлог правног акта Уније, иако оснивачки уговор у неким случајевима од ње захтева да размотри да ли такав предлог треба поднети. Тако Лисабонски уговор даје право Савету да, „одлучујући простом већином, од Комисије затражи предузимање свих радњи које сматра корисним за остваривање заједничких циљева и да му поднесе одговарајуће предлоге“.<sup>3</sup> Европски парламент, такође, може „већином од укупног броја чланова, тражити од Комисије да му поднесе одговарајући предлог о питањима која према његовом мишљењу захтевају израду аката на нивоу Уније ради спровођења овог Уговора“.<sup>4</sup>

Међутим, из ових одредаба не може се извести обавеза Комисије да сачини предлог правног акта Уније, а још мање њена дужност да га изради у складу становиштем поменутих институција. Она је једино обавезна да пажљиво размотри сваки захтев који јој упуте Савет и Парламент и да на одговарајући начин одговори надлежном парламентарном комитету или припремном телу Савета (Lenaerts, Bray, Cambien, 2011: 662). Уосталом, Лисабонски уговор изричито прописује да, уколико не прихвати или не поднесе предлог, Комисија има само обавезу да о својим разлозима

---

1 Чл. 294, став 15.

2 Чл.17, став 2 Уговора о Европској унији (даље: УФЕУ).

3 Чл. 241 УФЕУ.

4 Чл. 225 УФЕУ.

обавести Савет или Парламент. Из тога произилази да Комисија и надаље задржава искључиво право иницијативе, пошто осим дужности да своје одбијање образложи, нема обавезу да удовољи захтевима ових органа.

С друге стране, као један од инструмената партиципативне демократије, Лисабонски уговор прописује могућност да најмање милион грађана Европске уније из већег броја држава чланица позове Комисију да у границама своје надлежности поднесе одговарајући предлог о неком питању за које грађани сматрају да је неопходно да буде регулисано правним актом Уније.<sup>5</sup> Поступак и услове под којима грађани могу да покрену ову иницијативу, укључујући и најмањи број држава из којих они морају долазити, ближе се уређују регулативама које доносе Европски парламент и Савет у редовном законодавном поступку.<sup>6</sup> Међутим, ни у овом случају Комисија нема дужност да прихвати иницијативу грађана ЕУ (Dashwood, Rodger, Spaventa, Wyatt, 2011: 73).

Када се определи да користи своје право иницирања усвајања правног акта Уније, Комисија предлаже и правни основ на бази кога акт треба усвојити. То, између осталог, значи да Комисија у свом формалном предлогу наводи конкретну одредбу оснивачког уговора на основу које се усваја правни акт. Како се, по правилу, на исти начин утврђује и поступак у коме се тај акт доноси, Комисија тако предлаже и законодавну процедуру по којој акт треба усвојити. Отуда је избор правног основа изузетно важно овлашћење Комисије које је до сада неретко било предмет спорова међу институцијама Уније које учествују у одлучивању (Knežević-Predić, et al. 2009: 100). При томе, ово овлашћење Комисије није неограничено. Како је у више наврата истакао Суд правде, избор правног основа мора бити заснован на објективним чиниоцима који су подложни правосудној контроли, а посебно утемељен на циљу и садржини мере.<sup>7</sup>

Да ли ће формални предлог Комисије бити усвојен, зависи од других органа који коначно доносе законодавни акт, а то су Савет и Европски парламент. Предлог Комисије је ипак изузетно значајан, будући да одлучивање које одступа од њега захтева измену начина одлучивања у Савету и поштрава услове за усвајање правног акта. Наравно, реч је о оним случајевима када је за усвајање правног акта у Савету потребна већина. Ако се Савет, наиме, одлучи да мења или допуњава предлог који му је упутила Комисија, за доношење акта потребна је не квалификована већина, већ једногласност

---

5 Чл.11, став 4 УЕУ.

6 Чл. 24, став 1 УФЕУ.

7 Case C-338/01, *Commission v. Council, Recovery of Indirect Taxes* (2004).



његових чланова.<sup>8</sup> Практично то значи да се већински систем гласања у Савету примењује само ако је његова одлука у складу са предлогом Комисије. Одатле произилази јак утицај који Комисија има у улози овлашћеног предлагача законских аката.<sup>9</sup>

Прелазак са већинског на једногласно одлучивање може, међутим, да спречи сама Комисија. Она остаје “господар” свог предлога током читавог процеса одлучивања, све до формалног изјашњавања у Савету (Radivojević, et al. 2008: 118). Комисија се може определити да измени свој предлог у било ком моменту током расправе у Савету или пре тога у радним групама и Комитету сталних представника држава чланица (COREPER). Том приликом нема никаквих формалних захтева које Комисија мора да испуни да би свој предлог изменила.<sup>10</sup> Предлог измене чак не мора бити поднет у писменом облику,<sup>11</sup> већ је довољно да члан Комисије усмено одобри компромисни предлог, макар се њиме значајно одступало од првобитног предлога Комисије.<sup>12</sup>

Коначно, а упркос одсуству изричите одредбе у оснивачким уговорима, постоји широка сагласност да Комисија има право, као саставни део њеног искључивог овлашћења предлагања законских аката, да повуче свој предлог чиме се поступак одлучивања зауставља. У овом случају, међутим, Комисија је у обавези да Савету и Европском парламенту претходно саопшти своју намеру да предлог повуче. Право повлачења акта Комисија не сме да користи тако да онемогући друге институције да врше своја овлашћења заснована на оснивачком уговору. Такво њено понашање представљало би злоупотребу права на законодавну иницијативу.

Према Протоколу о примени начела супсидијарности и пропорционалности,<sup>13</sup> Комисија спроводи широке консултације пре него што

---

8 Чл. 293 став УФЕУ. Изузеци од тог правила предвиђени су чл. 294 (ставови 10 и 13), 310, 312, 314 и 315 (став 2) УФЕУ.

9 Постоје, међутим, неке области деловања ЕУ у којима Комисија према одредбама оснивачких уговора своје право иницијативе врши подношењем препорука, а не у форми прелога законских аката (видети: чл. 121, став 2; чл. 126, став 7; чл. 143, став 1; чл. 144, став 2; чл. 148, став 4, чл. 207, став 3; чл. 218, став 3; чл. 219, став 1). У овим случајевима утицај Комисије на процес одлучивања је много мањи, пошто Савет може да измени или допуни препоруку коју му је она упутила истом већином која је прописана за доношење одлуке. Уз то, Комисија не може да лиши Савет права на одлучивање тиме што ће повући своју препоруку. Видети: *case C 27/04 Commission v. Council* (2004).

10 Чл. 293, став 2 УФЕУ.

11 *Case C 280/93 Germany v. Council* (1994).

12 *Case C-445/00 Austria v. Council* (2003).

13 Протокол (бр.2) уз Лисабонски уговор.

предложи законски акт, осим у посебно хитним случајевима. Ове консултације морају водити рачуна, у случају када је то потребно, о регионалној и локалној димензији предложеног акта. Свој предлог законског акта Комисија мора образложити у светлу поштовања начела супсидијарности и пропорционалности и, када је то неопходно, уз предлог израдити посебан додатак који детаљно разматра ово питање. Комисија је, такође, у обавези да образложи финансијске аспекте предложеног правног акта, односно да оцени његов финансијски учинак.

С друге стране, према Протоколу о улози националних парламената<sup>14</sup>, Комисија је у обавези да све своје предлоге, укључујући иницијативе групе држава чланица или Европског парламента, захтеве Суда правде или Европске инвестиционе банке и препоруке Европске централне банке, достави на службеним језицима ЕУ националним парламентима паралелно са достављањем Европском парламенту и Савету. Национални парламенти имају рок од шест недеља да доставе Савету, Европском парламенту и Комисији образложено мишљење о усклађености предлога законског акта са начелом супсидијарности. Изузев у хитним, посебно образложеним случајевима, Савет не може пре истека овог рока да уврсти предлог акта у свој дневни ред ради усвајања става у законодавном поступку.

Уколико најмање једна трећина свих гласова који припадају националним парламентима, а сваки парламент располаже са два гласа, укаже на непоштовање овог начела у предлогу законског акта (тзв. рано упозорење или жути картон), Комисија је дужна да размотри свој предлог у светлу датих примедба. Након тога она може одлучити да предлог задржи, измени или повуче. Међутим, ако се предлог акта усваја на основу члана 76 УФЕУ, тј. у области слободе, безбедности и правде, за оспоравање је довољна једна четвртина гласова који припадају националним парламентима.

У случају да се акт усваја у редовном поступку, а његовом предлогу се због повреде начела супсидијарности противи више од половине гласова додељених националним парламентима (тзв. наранџасти картон), Комисија је дужна да преиспита свој предлог. Уколико, пак, одлучи да остане при предлогу, обавезна је да у свом образложеном мишљењу наведе разлоге због којих сматра да је предлог законског акта у складу са начелом супсидијарности. Ово образложење, заједно са ставом националних парламената, доставља се Савету и Парламенту ради разматрања у законодавном поступку. Ови органи заузимају свој став о спојивости предлога законског акта са начелом супсидијарности у току првог читања. Уколико 55% чланова Савета и већина гласалих у Парламенту оцени да је

---

14 Протокол (бр.1) уз Лисабонски уговор.

повређено начело супсидијарности, предлог законског акта неће се даље разматрати.

Од искључивог права Комисије на предлагање правних аката постоји неколико изузетака. У неким ужим областима деловања Уније Савет има право да самостално доноси акте, не чекајући предлоге Комисије<sup>15</sup>. Надлежност иницијативе Комисије ограничена је у још неком областима деловања ЕУ. Тако, у области монетарне политике право на иницијативу додељено је и Европској централној банци.<sup>16</sup> У области заједничке спољне и безбедносне политике предлоге могу да подносе Високи представник Уније и државе чланице на потпуно равноправној основи. Том приликом Високи представник предлоге може подносити самостално или уз подршку и заједно са Комисијом. Овде се, међутим, не могу доносити законски акти, већ се усвајају само одлуке<sup>17</sup>.

Кад је у питању полицијска и правосудна сарадња у кривичним стварима, Лисабонски уговор садржи значајну новину у поређењу са ранијим трећим стубом Европске уније. Према овом решењу, право законске иницијативе имају паралелно Комисија и државе чланице, али не више на равноправној основи. За разлику од Комисије, државе то право не могу користити појединачно, већ је потребно да предлог законског акта поднесе група састављена од најмање једне четвртине укупног броја држава чланица<sup>18</sup>.

Најзад, ексклузивно право предлагања Комисије, тамо где није изричито искључено, није апсолутно (Radivojević, Knežević-Predić, 2012: 77). Оно је ограничено стратешким решењима које су државе чланице усагласиле и записале у оснивачким уговорима, а затим и општим смерницама и приоритетима које дефинише Европски савет<sup>19</sup>.

### **3. Комисија као доносилац правних аката**

Као орган који доноси правне акте Комисија може да делује на основу сопствених овлашћења предвиђених оснивачким уговором или када је на то овласте Савет и Европски парламент. Комисија се само изузетно појављује у улози носиоца изворних овлашћења, док случајеви преношења овлашћења од стране Савета и Парламента представљају правило.

---

15 Чл. 160, 243, 286 (став 7), 301 (став 3), 337 и 342 УФЕУ.

16 Члан 129 УФЕУ.

17 Чл. 22 и 42 УЕУ.

18 Чл. 76 УФЕУ.

19 Чл. 15, став 1 УЕУ.

Лисабонски уговор предвиђа изворна овлашћења Комисије за доношење правних аката у неколико области деловања Уније. Реч је првенствено о оним одредбама оснивачког уговора које дају право Комисији да као чувар правног поретка ЕУ оцењује испуњење обавеза од стране држава чланица у области права конкуренције и слободе кретања радне снаге<sup>20</sup>. У свим овим случајевима Комисија самостално, без икаквог учешћа Савета или било ког другог органа, доноси обавезујуће правне акте. Том приликом она може да доноси како појединачне одлуке, тако и регулативе или директиве као акте опште природе.

Много више законодавних овлашћења Комисија добија на основу делегације од стране законодавних органа Уније. До ступања на снагу Лисабонског уговора могућност делегације заснивала се на чл. 202 Уговора о Европској заједници (даље: УЕЗ) којим је Савету поверена искључива и општа надлежност за преношење властитих овлашћења на Комисију, уз могућност успостављања сталне контроле над коришћењем делегираних овлашћења на основу правила донетих унапред. Таква је правила Савет усвојио као тзв. Одлуку о комитологији која предвиђа оснивање посебних комитета састављених од представника држава на нивоу експерата. У зависности од степена контроле постојала су три типа ових комитета (саветодавни, управни и регулаторни), а самим тим и три врсте поступака њиховог учешћа у поступку доношења одлуке од стране Комисије (Кнежевић-Пређић, et al. 2009: 111–113).

Лисабонским уговором механизам комитологије замењен је могућношћу да Комисија на основу овлашћења пренетих од стране Савета и Европског парламента усваја инструменте који се називају делегирани акти. Увођење нове врсте аката у правни систем ЕУ имало је првенствено за циљ да делатност ових органа усмери само на основне и суштинске елементе законодавне политике, док се усвајање детаљних правила делегира Комисији која је несумњиво способна да обезбеди експертску анализу, руководећи се, при томе, интересима ЕУ. У исто време, ново решење представља покушај да се унутар извршне надлежности Уније установи јасније разликовање између квазизаконодавних и чисто имплементационих овлашћења Комисије (Dashwood, A. et al. 2011: 86).

Према слову Лисабонског уговора код делегираних аката ради се о правним актима који немају законодавни карактер, али су општепримењиви<sup>21</sup>. Одсуство њиховог законодавног карактера значи да они нису донети у редовном или посебном законодавном поступку. С друге стране, ови

---

20 Чл. 45 (став 3, тачка г), 106 и 108 УФЕУ.

21 Чл. 290 став 2 УФЕУ.

акти имају општи и апстрактни карактер, будући да нису упућени индивидуалним субјектима нити се примењују на неки појединачни случај или ситуацију<sup>22</sup>

Сврха доношења делегираних аката је да се измене или допуне они елементи законодавног акта који немају суштински значај. У том погледу Лисабонски уговор садржи изричиту одредбу према којој су суштински елементи резервисани искључиво за законодавне акте и не могу бити предмет преношења овлашћења<sup>23</sup>. Међутим, Уговор не даје дефиницију делова правног акта који немају суштински значај, па ће одговор на питање шта се сматра битним или небитним елементима правног регулисања зависити од околности конкретног случаја. Коначну одлуку о томе да ли се ради о питању које може бити предмет делегираног акта донеће у крајњем случају Савет и Парламент као главни актери законодавног процеса,<sup>24</sup> с тим што њихов избор подлеже судској контроли.

У досадашњој пракси Суд правде био је у прилици да се изјасни о томе, рекавши да схватање о томе шта је битан елемент материје која се регулише „треба резервисати за одредбе које су намењене за давање конкретног облика основним упутствима политике Уније.<sup>25</sup> Према ставу Суда делегирана законодавна овлашћења Комисије смела су се тицати битног дела неке материје само уколико су законодавни органи довољно прецизно дефинисали значајне појмове материје која је предмет регулисања и тиме сузили и конкретизовали легислативне могућности Комисије унутар битног дела материје.<sup>26</sup> Насупрот томе, када се делегација тиче небитних делова материје, дозвољена је генерална делегација овлашћења и без њене конкретизације. Ова судска пракса установљена је пре него што је Лисабонским уговором уведена нова категорија делегираних аката, тако да остаје да се види како ће одредбе овог уговора утицати на будуће одлуке Суда.

Циљ преношења овлашћења на Комисију може бити двојак: да се делегираним актом измене неки небитни елементи законодавног акта или да се изврши њихова допуна. У овом другом случају постојећим одредбама

---

22 Више о томе: Joint CEPS, EGMONT-The Royal Institute for International Relations and European Policy Centre Study. 2010: 91–92.

23 Чл.290, став 1 УФЕУ.

24 Исто мишљење прихваћено је у Радној групи IX која је образована да би предложила поједностављење правних аката и поступака одлучивања у ЕУ; видети: Working Group IX on the Simplification of Legal Procedures and Instruments. 29 November 2002:10.

25 Case C-240/90, *Germany v. Commission* (1992).

26 Case C-104/97, *Atlanta v. EC* (1999) ECR I, 1999, p.6983, para.76.

се додају нове, а да се при томе оне саме не мењају. (Сарета, 2009: 135) Акти које Комисија усвоји на основу делегираних овлашћења морају у свом називу носити ознаку „делегирани”.

Кад је у питању контрола над Комисијом у поступку доношења делегираних аката, творци Лисабонског уговора обавезали су законодавце да у свом законском акту изричито утврде циљеве, садржај, домашај и трајање пренетих овлашћења.<sup>27</sup> Од степена разраде ових елемената у законодавном акту зависиће обим овлашћења Комисије током усвајања делегираних аката. Савет и Европски парламент слободни су да од случаја до случаја одређују ова ограничења, али притом морају водити рачуна да она буду довољно јасна, прецизна и детаљна, као и да омогуће Комисији ефективно вршење пренетих овлашћења.<sup>28</sup>

Износећи своје виђење ових одредаба о контроли, Комисија је заузела став да из разлога ефикасности и брзине предност треба дати преношењу овлашћења на неодређено време над клаузулама којима се аутоматски ограничава трајање делегираних овлашћења. Поред тога, Комисија је изразила спремност да у припремној фази спроведе на систематски начин консултације са стручњацима из националних органа свих држава чланица који ће бити одговорни за спровођење делегираних аката када они буду усвојени. На крају консултација Комисија ће обавестити експерте о закључцима за које сматра да се могу извести из дискусија, као и о својим првим реакцијама и даљим корацима. Притом Комисија задржава потпуну самосталност у поступку доношења делегираних аката, тако да је искључена била каква формална и институционална улога националних представника у овом процесу (Héritier, Moury, Bishoff, Bergström, 2013: 52).

Међуинституционални споразум који је у међувремену закључен између Савета, Комисије и Парламента предвиђа да је Комисија у току припремања и израде нацрта делегираних аката дужна да обезбеди истовремено, благовремено и прикладно упућивање релевантних докумената Савету и Парламенту, као и да унапред спроведе одговарајуће и транспарентне консултације, укључујући и експертски ниво.<sup>29</sup> Од значаја је одредба Оквирног споразума о односима Комисије и Парламента који овом органу гарантује могућност да добије све информације и документе о састанцима

---

27 Чл.290, став 1 УФЕУ.

28 Више о томе: Joint CEPS, EGMONT-The Royal Institute for International Relations and European Policy Centre Study. 2010: 93.

29 Common Understanding between the Council, the Commission and the European Parliament of April 11, 2011 on *Implementation of Article 290 of the TFEU – Delegated Acts*. Brussels April 2011 (8753/11).

одржаним са националним експертима у оквиру рада на припреми и спровођењу законодавства ЕУ. На захтев Парламента Комисија може, такође, да позове његове експерте да присуствују овим састанцима. Том приликом представници Парламента могу да користе прикупљене информације у даљим фазама поступка одлучивања.

Законским актом могу се изричито предвидети услови под којима се врши пренос овлашћења на Комисију. У Лисабонском уговору није прецизирано о којим је условима реч, већ су само наведени неки примери. Тако се законодавним актом може предвидети овлашћење Парламента и Савета да повуку делегирано овлашћење. Друга могућност је да се ступање на снагу делегираног акта услови непротивљењем, тј. неулагањем приговора од стране ових органа у року који је прописан законским актом. Одлуке у оба случаја Парламент доноси већином од укупног броја чланова, а Савет квалификованом већином.<sup>30</sup> Оваква контрола се спроводи накнадно (ex post) пошто је Комисија већ донела делегирани акт, а не током поступка усвајања (ex ante), што овој институцији оставља доста широку слободу приликом вршења пренетих овлашћења.<sup>31</sup>

#### 4. Извршна овлашћења Комисије

Извршне надлежности у оквиру права ЕУ углавном су у рукама држава чланица. Правни поредак ЕУ почива на принципу да је извршавање обавеза које проистичу из њених правних аката поверено државама чланицама (Кнежевић-Предић, Радивојевић, 2011: 301). Стога је имплементација у правном систему Уније препуштена државама чланицама као њихово право и обавеза.<sup>32</sup>

Као изузетак од овог општег правила прописано је да се Комисији, а у знатно ужем обиму и Савету, може препустити надлежност за усвајање мера неопходних за спровођење правно обавезујућих аката Уније. Имплементационе акте усваја Комисија у оним случајевима када правно обавезујући акт Уније захтева једнообразну примену у свим државама чланицама. Доношење имплементационих мера може се поверити Савету само у посебно оправданим случајевима<sup>33</sup> или када је то изричито

---

30 Чл. 290, став 2 УФЕУ.

31 Видети: Joint CEPS, EGMONT-The Royal Institute for International Relations and European Policy Centre Study. 2010: 94.

32 Чл. 291, став 1 УФЕУ.

33 Став 2. У тим случајевима Савет мора веома темељно и детаљно да образложи разлоге за због којих му је препуштено доношење неопходних имплементационих

предвиђено Уговором у области заједничке спољне политике и политике безбедности.<sup>34</sup>

Имплементациона овлашћења поверавају се Комисији самим актом који треба спровести, при чему се, за разлику од делегираних аката, не мора радити о законодавном акту. Довољно је да то буде правно обавезујући акт Уније. Имплементациони акт мора бити у потпуности сагласан са основним актом, што значи да је у оквиру спровођења Комисији дато само овлашћење за допуну тог акта, али не и на његову измену. У сваком случају Комисија може доносити имплементационе акте опште природе који по слову Лисабонског уговора немају законодавни карактер. Акти које Комисија доноси у оквиру својих извршних овлашћења морају у свом називу садржати ознаку „имплементациони”.<sup>35</sup>

С обзиром на то да је спровођење права ЕУ остављено државама чланицама, оне задржавају право да контролишу начин на који Комисија врши извршну надлежност. Правила и општа начела механизма контроле држава чланица над извршним овлашћењима Комисије прописују Европски парламент и Савет. Дајући право Парламенту да уређује начин контроле, Лисабонски уговор укида монопол који је до сада имао Савет у регулисању система комитологије (Meškić, Samardžić, 2012: 150). Ови органи то чине заједнички и унапред доношењем регулативе у редовном законодавном поступку.<sup>36</sup>

Поступајући на основу наведене одредбе, Парламент и Савет су 16. фебруара 2011. године усвојили Регулативу о утврђивању општих правила и начела контроле држава чланица над вршењем имплементационих овлашћења Комисије.<sup>37</sup> Овим актом, који замењује ранију Одлуку Савета о комитологији,<sup>38</sup> задржан је саветодавни поступак контроле, али су укинута дотадашњи поступци уз учешће управног и регулаторног комитета, регулаторни поступак са контролом и заштитна процедура. Као нови облици контроле предвиђени су поступак испитивања и хитна

---

мера Видети: case 16/88 *Commission v. Council* (1989); case C-257/01 *Commission v. Council* (2005); case C-133/06 *European Parliament v. Council* (2008).

34 Чл. 24 и 26 УЕУ.

35 Чл. 291, став 4 УФЕУ.

36 Чл. 291, став 3 УФЕУ.

37 Regulation No 182/2011 laying down rules and general principles concerning mechanisms for control by Members States of the Commission's exercise of implementing powers, *Off. Journal EU*. L 55/2011.

38 Council Decision of 17 July 2006 amending Decision 1999/468/EC laying down procedures for exercise of implementing powers conferred on the Commission, 2006/512/EC, *Off. Journal EU*. L 200/ 2006.



процедура. Тачније речено, поступак испитивања по својој суштини представља комбинацију већ познатих елемената управног и регулаторног поступка (Lenaerts, et al. 2011: 699), док је новина само хитна процедура.

У свим овим поступцима контрола се остварује преко комитета чије су чланови представници држава чланица, а којима председава представник Комисије, али без права гласа. Поред њих, установљен је апелациони комитет састављен од представника држава чланица које сада непосредно, а не више преко Савета, одлучују у ситуацијама када дође до неслагања између Комисије и одговарајућег комитета.

Поступак уз учешће саветодавног комитета (advisory procedure) установљен је као правило за усвајање имплементационих аката. Он се, наиме, примењује у свим случајевима када није предвиђена процедура испитивања, али и унутар подручја примене ове процедуре, ако је то оправдано посебним разлозима.<sup>39</sup> Саветодавни поступак даје Комисији најшира овлашћења у доношењу имплементационог акта. Њена је обавеза да комитету достави нацрт имплементационог акта и од њега затражи мишљење у одређеном року. Комитет у року који одреди председавајући, у зависности од хитности материје, усваја мишљење о нацрту, ако је потребно и гласањем. Постоји могућност да се у одређеним оправданим случајевима за усвајање мишљења примени писмена процедура.

Комисија има обавезу да приликом доношења имплементационог акта крајње пажљиво размотри закључке који произилазе из расправе у комитету, као и да у што већој мери узме у обзир мишљење које је он усвојио.<sup>40</sup> Међутим, мишљење комитета, чак и када је негативно, није обавезно нити спречава усвајање нацрта акта. У овом поступку право одлучивања у целисти припада Комисији, која коначно доноси имплементациони акт.

Слобода одлучивања Комисије знатно је ограничена у поступку испитивања (examination procedure). Ова процедура се примењује за усвајање имплементационих аката општег домаћаја и других аката који се односе на програме са значајним последицама, заједничку политику у области пољопривреде и рибарства, животну средину, безбедност, заштиту здравља и сигурности људских бића, животиња и биљног света, заједничку трговинску политику и опорезивање.<sup>41</sup>

---

39 Чл. 2, став 3 Регулative. Видети: case C-378/00, *Commission v. European Parliament and Council* (2003); case C-122/04 *Commission v. Council and European Parliament* (2006).

40 Видети чл. 3, ставови 2, 5 и 6 и чл. 4, ставови 1 и 2 Регулative.

41 Чл. 2, став 2 Регулative.

Поступак испитивања се одвија на идентичан начин као и у претходном случају до момента усвајања мишљења. По овој процедури Комисија нацрт имплементационог акта доставља комитету који мишљење усваја квалификованом већином у року који утврди председавајући. Ако у том року комитет усвоји позитивно мишљење, Комисија на основу свог нацрта доноси имплементациони акт. У случају изостанка мишљења комитета Комисија, такође, може да усвоји имплементациони акт, осим у изузетним ситуацијама, као и када основни акт предвиђа да се имплементациони акт не може усвојити без мишљења комитета или ако се проста већина чланова комитета изјасни против нацрта акта.<sup>42</sup>

Међутим, негативно мишљење комитета има за последицу блокаду доношења имплементационог акта у Комисији. У овом случају Комисија има две могућности: да истом комитету поднесе измењени текст предлога акта у року од два месеца од доношења негативног мишљења или да нацрт акта у року од месец дана упути апелационом комитету ради даљег разматрања. Уколико апелациони комитет квалификованом већином усвоји позитивно мишљење или не дâ мишљење, Комисија може да на основу свог нацрта донесе имплементациони акт. Негативно мишљење апелационог комитета, пак, коначно лишава Комисију могућности усвајања имплементационог акта.<sup>43</sup>

Хитна процедура (*accelerated procedure*) примењује се када императивни разлози оправдавају непосредну примену имплементационог акта. У том случају Комисија је овлашћена да донесе и одмах примени имплементациони акт. Такав акт остаје на снази најдуже у року од шест месеци, али је дужност Комисије да најкасније 14 дана од његовог усвајања затражи мишљење комитета. Уколико је у питању акт за чије се усвајање иначе примењује поступак испитивања, негативно мишљење комитета принуђује Комисију да одмах укине имплементациони акт донет по хитној процедури.<sup>44</sup>

Упркос укидању монопола Савета, контролна функција Парламента и даље је ограничена само на имплементационе акте који се доносе на основу основног акта усвојеног у редовном законодавном поступку. Такав положај Парламент је имао и на основу раније важеће тзв. друге Одлуке о комитологији, измењене 2006. године. Уколико је, наиме, основни акт усвојен у редовном законодавном поступку, Савет и Парламент могу указати Комисији на то да сматрају да се имплементационим актом прекорачују

---

42 Чл. 5, став 4 Регулative.

43 Видети чл. 5, ставови 2, 3 и 4 и чл. 6, став 3 Регулative.

44 Чл. 8 Регулative.

овлашћења утврђена у основном акту. У том случају Комисија после разматрања примедби Савета и Парламента овим органима саопштава да ли ће имплементациони акт усвојити, изменити или повући.<sup>45</sup>

## 5. Закључна разматрања

Новине наведене у овом раду јасно показују да су творци Лисабонског уговора извршили неколико битних измена када је у питању улога Комисије у процесу предлагања, доношења и извршења правних аката Европске уније. Те промене нису увек и свуда једнаке по обиму или материји, а ни по својој важности. Неке од њих само потврђују и проширују постојећа овлашћења Комисије, док друге сежу до редефинисања поделе правних аката ЕУ.

Свака најмања промена тиче се основне функције и полуге моћи Комисије коју чини њено искључиво право иницијативе у усвајању правних аката ЕУ. Комисија се појављује као ексклузивни предлагач у редовном законодавном поступку, пошто се законски акти могу усвојити само на њен предлог. Кад је у питању полицијска и правосудна сарадња у кривичним стварима, Лисабонски уговор доноси значајну новину у поређењу са ранијим трећим стубом, будући да право законске иницијативе Комисија више не дели са државама чланицама на равноправној основи. У области заједничке спољне и безбедносне политике надлежност иницијативе подељена је између држава чланица и Високог представника за спољне послове и безбедносну политику који је нови актер у овом домену.

Лисабонски уговор у правни систем ЕУ уводи потпуно нову категорију правних аката под називом делегирани акти. Њих доноси Комисија на основу овлашћења садржаног у законодавном акту са циљем да се допуне или измене они његови елементи који немају суштински значај. У исто време, Лисабонски уговор предвиђа потпуно нови механизам контроле над Комисијом који се спроводи изван постојећег поступка комитологије и у коме Савет заједно са Парламентом врши двоструку контролу. С једне стране, сваки од ових органа може одлучити да повуче делегацију, а с друге, ступање не снагу делегираног акта се може условити тиме да они не ставе приговор у року који је предвиђен законодавним актом.

На први поглед мање уочљива измена тиче се извршне надлежности Комисије, односно начина на који је конципирано функционисање извршне власти у ЕУ. Лисабонски уговор извршну функцију оставља и даље државама чланицама, с тим што поред Комисије и Савета, којима

---

45 Чл. 11 Регулative.

се може поверити спровођење правних аката, као новог актера уводи Европски парламент, дајући му право да учествује у регулисању система комитологије доношењем регулативе у редовном законодавном поступку (Радивојевић, 2009: 215).

Остаје отворено питање како ће у пракси функционисати подела на делегиране и имплементационе акте, посебно са становишта односа новог механизма контроле над радом Комисије и већ познатог, али нешто измењеног система комитологије. Искуства у првим годинама примене Лисабонског уговора показују скоро апсолутну доминацију имплементационих над делегираним актима. Тако су, рецимо, у току 2010. године од 589 регулатива Комисије само четири усвојене као делегирани акти, док су све од укупно 66 директива донете као имплементациони акти. Наредне три године Комисија је просечно усвајала око 600 регулатива и 70 директива, али међу њима није било ниједног акта који је у свом називу носио ознаку “делегирани” (Héritier, et al. 2013: 56). Оваква премоћ имплементационих аката највероватније је резултат настојања држава чланица да и даље задрже непосредан утицај над коришћењем пренетих извршних овлашћења, а то им систем комитологије кроз формално и институционализовано учешће њихових представника омогућава у далеко већој мери него новоустановљени механизам контроле вршења делегираних овлашћења Комисије.

## Литература

Case 16/88 *Commission v. Council* (1989) ECR-3457

Case C-240/90 *Germany v. Commission* (1992) ECR I-5383

Case C 280/93 *Germany v. Council* (1994) ECR I-4973

Case C-104/97 *Atlanta v. EC* (1999) ECR I-6983

Case C-378/00 *Commission v. European Parliament and Council* (2003) ECR I-937

Case C-445/00 *Austria v. Council* (2003) ECR I-1461

Case C-257/01 *Commission v. Council* (2005) ECR I-34

Case C-338/01 *Commission v. Council, Recovery of Indirect Taxes* (2004) ECR I-4829

Case C 27/04 *Commission v. Council* (2004) ECR I-6649

Case C-122/04 *Commission v. Council and European Parliament* (2006) ECR I-2001

Case C-133/06, *European parliament v. Council* (2008) ECR I-3189

Common Understanding between the Council, the Commission and the European parliament (2011). *Implementation of Article 290 of the TFEU - Delegated Acts*. Brussels April 2011 (8753/11)

Council Decision of 17 July 2006 amending Decision 1999/468/EC laying down procedures for exercise of implementing powers conferred on the Commission, 2006/512/EC, *Official Journal of the European Union*. L 200 (17 July 2006)

Ćapeta, T. (2009). *Pravni akti EU*, U: Rodin, S. Ćapeta, T. Lang, I.G. (ur.) *Reforma EU: Lisabonski ugovor*. Zagreb: Narodne novine. 119–140

Dashwood, A. Dougan, M. Rodger, B. Spaventa, E. Wyatt, D. (2011). *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Oxford: Hart Publishing

Héritier, A. Moury, C. Bishoff, C. Bergström C.F. (2013). *Changing Rules of Delegation: A Contest for Power in Comitology*. Oxford: Oxford University Press

Knežević-Predić, V. Radivojević, Z. (2011). *Pravni akti Evropske unije i postupak njihovog donošenja*. *Pravni život*. 12 (IV). 295–309

Knežević-Predić, V. Radivojević, Z. (2009). *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik

Lenaerts, K. Nuffel, P.V. Bray, R. Cambien, N. (2011). *European Union Law*. London: Sweet & Maxwell – Thomson Reuters

Meškić, Z. Samardžić D. (2012). *Pravo Evropske unije I*. Sarajevo: TDP GIZ BMZ

Radivojević, Z. Knežević-Predić, V. (2012). *Postupci odlučivanja u Evropskoj uniji posle Lisabonskog ugovora*. U: Dimitrijević, D. Miljuš, B. (ur.) *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije*. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, Institut za uporedno pravo i Hans Zajdel Fondacija. 74–99

Radivojević, Z. Knežević-Predić, V. (2008). *Institucije Evropske unije*. Niš: Sven

Радивојевић, З. (2009). *Нова институционална реформа Европске уније. Анали Правног факултета у Београду*. 1(LVII). 191–216

Радивојевић, З. (2005). *Европска комисија. Зборник радова Правног факултета у Нишу*, XLVI. 73–98

Regulation No 182/2011 laying down rules and general principles concerning mechanisms for control by Members States of the Commission's exercise of implementing powers. *Official Journal of the European Union*. L 55 (16 February 2011)

The Treaty of Lisbon: A Second Look at the Institutional Innovation. (2010). *Joint Study*. Brussels: CEPS, EGMONT-The Royal Institute for International Relations and European Policy Centre Study

Working Group IX on the Simplification of Legal Procedures and Instruments. (2002). *Final Report*. ONV 424/02

**Zoran Radivojević, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

### **THE ROLE OF THE EUROPEAN COMMISSION IN THE ENACTMENT AND EXECUTION OF LEGAL ACTS OF THE EUROPEAN UNION**

#### **Summary**

*Under the EU founding treaties, the European Commission has been entrusted with a range of responsibilities, the most significant of which are the enactment and execution of EU legal acts. First of all, the Commission has a major role in proposing new legal acts and initiating common EU policies and measures. Concurrently, the Commission may be given the authority to adopt some general EU legal acts, acting either on the basis of the original powers it has been vested under the founding treaties or on the basis of rights it has been delegated by the European Council and the European Parliament. Yet, only in exceptional cases can the Commission act in the capacity of the holder of original powers; in most cases, it acts on the basis of the delegated authorities conferred by the Council and the Parliament. Finally, the Commission has executive powers, which are aimed at ensuring a uniform implementation of the legally binding EU acts.*

*The Lisbon Treaty has brought significant changes in terms of the Commission's role in the process of enactment and execution of EU legal acts. Under this Treaty, the Commission has retained and partly extended its authority to propose new legislation in the legislative procedure, as well as its competences in the field of foreign and security policy, and police and judicial cooperation in criminal matters.*

*In addition to the original legislative powers entrusted to the Commission, the Lisbon Treaty introduced a completely new category of legal acts into the EU legal system. The delegated acts are adopted by the Commission on the basis of the authorization contained in a legislative act for the purpose of supplementing or amending some non-substantial elements of that legislative act.*

*In terms of the Commission's executive powers, the Lisbon Treaty still leaves the implementation of EU law and policies to the Member States. However, apart from the Commission and the Council, which may be entrusted with the implementation of legal acts, the Treaty introduced a new actor: the European Parliament, which is given the authority to participate in the regulation of the comitology system by adopting regulations in the ordinary legislative procedure. Although such a change is insufficient to deprive the Commission of its status of the chief executive authority, it is sufficient (particularly in light of the new regulation on comitology) to justify a conclusion about an altered role of the Commission in exercising its executive function in the EU legal system.*

**Keywords:** *European Commission, Council, European Parliament, European Union, initiatives, legislative procedure, delegated acts, implementing acts, regulations, comitology.*





**Др Мирослав Поповић,\***

Библиотека Одељења за историју

Филозофски факултет Универзитета у Београду

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.131:340.13](497.11)“1846/1865“

Рад примљен: 15.09.2015.

Рад прихваћен: 18.10.2015.

## **ОСНОВЕ НОРМАТИВНОГ РЕГУЛИСАЊА КРИВИЧНОГ СУДСКОГ ПОСТУПКА У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ (1846–1865)\*\***

**Апстракт:** У раду који је пред нама представља се развој кривично-процесних норми у Кнежевини Србији у периоду од 1846. до 1865. године, од доношења Устројства окружних судова 1846. до ступања на снагу Законика о кривичном судском поступку 1865. године. Циљ је да се, колико је могуће у једном чланку, реконструишу до сада несистематизоване норме кривичног судског поступка пре кодификације.

**Кључне речи:** законске норме, судови, судство, кривични судски поступак, Кнежевина Србија.

Кривичнопроцесне норме у периоду од 1846, када је донето ново *Устројство окружних судова*, па до доношења *Законика о кривичном судском поступку* 1865. године, којим је кривични поступак коначно регулисан, од велике су важности за историјскоправну науку. Дају нам слику на који начин се судило у кривичним делима пре кодификације, те како је текао развој кривичнопроцесне науке и њене примене у пракси. Виде се норме на којима се учила и формирала судска пракса, усавршавала се и, уз стални рад, долазила до нових, све бољих решења. Организацијом судства и нормама грађанског судског поступка у периоду 1838–1858. бавили смо се у претходним истраживањима (Поповић, 2010: 157–176; Поповић, 2014 1: 427–451; Поповић, 2014 2: 177–191; Поповић, 2015: 193–207). На норме кривичног судског поступка у периоду 1838–1846. осврнули смо се у докторској дисертацији, а пре нас то је учинио Зоран Мирковић у својој магистарској тези (Мирковић, 1997: 2–47; Поповић, 2014 3: 67–77).

\* miroslav.popovic@f.bg.ac.rs

\*\* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту Министарства просвете, науке и технолошког развоја *Српска нација – интегративни и дезинтегративни процеси* (Ев. бр. 177014).

Према *Устројству окружних судова* из 1846. године, у оквир кривичних дела која су била у надлежности окружних судова, спадали су сви злочини које је починила једна или више особа, попут побуне против државне власти, нарушавања општег мира и поретка, злоупотребе власти, убиства, абортуса, наношења телесних повреда, подметања пожара, крађе, преваре, пљачке, отмице, силовања, блудних радњи, полигамије. Ту су спадала и слична, али мања кривична дела, преступи, која су по природи и намери спадала у злочине, али нису у великој мери угрожавала безбедност. У преступе су спадала и кривична дела која су садржавала нарушавање законских уредби и јавни преступи против народног добра и општих правила понашања. Дужност окружних начелстава и среских старешина била је да се злочини и преступи спрече, а окривљени ухвате и предају суду, док је окружни суд имао да окривљене испита, невине ослободи, а кривце осуди и казни. Особа која је предала окривљеног суду сматрала се његовим јавним тужиоцем. Општински кметови, срески старешина или окружни начелник били су дужни да прикупе све доказе и околности кривичног дела, да их испитају и заједно са окривљеним предају суду. Окружни суд је прво имао да утврди да ли је од затварања окривљеног од стране среских или окружних власти до предаје суду, прошло више од 24 сата и да ли је окривљени пре предаје суду претрпео какво зло, пошто није требало да трпи више него што је било нужно да се обави испитивање и донесе пресуда. Окривљени је позиван на „одговор“ и све његове изјаве суд је требало да назначи и уважи, те, у складу са величином кривице, опасношћу лица и доказима, донесе одлуку да ли ће се окривљени бранити са слободе.

Тек после детаљног испитивања свих околности, суд је могао да приступи изрицању пресуде, и то већином гласова у пуном заседању, а у случају подељених мишљења превагу је односила страна на чијој је био председник. Судовима је било забрањено да примењују мучење и батине да би принудили окривљеног на признање. Окривљени је кажњаван за очигледну и доказану лаж пред судом и био под надлежношћу суда округа у којем је живео. Ако је починио кривично дело у другом округу и у њему ухаћен, ишао је пред суд тог округа. Није се могло двапут судити особи за кривично дело, ако је особа већ једном слобођена од оптужби пред судом. Изузетак је био случај кад је окривљени ослобођен због недостатка доказа, до којих се дошло касније, после првог суђења.

Суд је требало да води рачуна да само кривци буду кажњени, њихова деца и сродници нису сносили кривицу, а казна је морала бити сразмерна кривици. Међу законским казнама на првом месту биле су смртна, вечита робија, заточење привремено или трајно, робија са тежим или лакшим

оковима или без окова, затвор лакши јавни или кућни, телесна казна (до сто удараца штапом, не више од 50 удараца одједном, или до сто удараца бичем). Затим следе новчане казне, на које је окривљени осуђиван у случају мањег престапа, за који, према тежини, не би следила казна већа од 25 удараца штапом, ни затвор дужи од једног месеца. Новчане казне нису могле бити веће од 25 талира. У казне је даље спадало лишење чина и звања или привремено удаљавање са дужности, лишење посебно добијених преимућстава, одликовања и права. Новчана казна се никад није смела употребити за личну корист судских лица, већ је требало да се слије у касу судских прихода. Од казне се разликовала накнада за штету, која је требало, сразмерно штети, да се дода уз казну. Казна конфискације добара била је забрањена. Свештеници, чиновници и званичници нису потпадали под телесну казну. Када је војно лице у току службе починило кривично дело, судио му је војни суд. Ако је кривично дело почињено ван службе или током привременог отпуста, поступак се водио пред надлежним окружним судом, а на извршење казне кривац је имао да се преда војном суду.

Пресуда је требало да буде јасна и разумна, те да садржи све потребне елементе. Кад је пресуда била донета и предочена окривљеном, он се, у случају ослобађајуће пресуде, одмах пуштао на слободу. У супротном, у случају да казна није била већа од 50 удараца штапом или робије од три месеца, суд је требало да пресуду спроведе на извршење. Ако је казна била већа, суд је морао пре извршења своју пресуду поднети на разматрање Апелационом суду. Окружни суд је спроводио на извршење пресуде које је Апелациони суд потврдио или изменио.<sup>1</sup>

У случајевима кад је постојала јака сумња која се односила на окривљеног и све околности које поткрепљују ту сумњу, али се она није могла потврдити, 15. јуна 1846. судовима је прописано да тада против окривљеног користе строжије мере. Такође, суд је имао да обавештења и ислеђења која су му слале полицијске власти сматра истинитим и да се управља према њима, осим у случају кад би се при судском ислеђењу доказало супротно. Према Распису од 29. јуна 1847, суд је требало да окривљене одмах испита и осуди, да не би продужавањем рока добили прилику да побегну.<sup>2</sup>

У случају када се чиновнику судило због крађе, цела плата му је задржавана од дана када је окривљени предат суду. Плата чиновника која је задржана припадала је државној каси. Штета начињена крађом није се могла подмирити од задржане плате, јер је лопов био дужан да штету надокнади

---

1 Устројеније судова окружних од 26.01/7.02. 1846. (чл. 9–30), у: Петровић, 1856: 468–471.

2 Архив Србије (=АС), Министарство правде (=МП), 7-1846; Петровић, 1856: 215.

од своје имовине, а не од плате. Ако чиновници нису били у стању да се о свом трошку издржавају док су били пред судом, давало им се онолико колико и другим ухапшеним од суме која је била одређена за издржавање ухапшених.<sup>3</sup>

Министарство правде је 1847, у договору са Министарством унутрашњих послова, препоручило окружним судовима да убудуће окривљене не осуђују на телесну казну док у судским актима не буде уверење о њиховом здравственом стању. Ради тога је увек требало позвати надлежног лекара, који је долазио у начелство, обилазио судске апсенике и издавао уверења за суд.<sup>4</sup> Расписом из фебруара 1853. године, прописано је да убудуће полицијске, а не судске власти организују лекарске посете окривљенима, и то када буду хтеле да изврше телесну казну по пресуди суда.<sup>5</sup>

Према Решењу од 29. маја 1847. године, окривљени који би починили злочин на турској територији требало је да се, по поднетој тужби, узму у редовно ислеђење пред судом. Ако је особа, која је починила кривично дело у Турској, порицала оптужбу, требало је да се затвори и пусти на слободу само уз јако јемство и да се преко Министарства правде и иностраних послова затраже докази од тужиоца.<sup>6</sup>

Расписом од 28. фебруара 1850. године, прописано је да судови воде рачуна о пунолетности окривљеног. Наиме, уколико би се суду учинило да окривљени има више година него што тврди, требало је да га поново упита за године. Ако би остао при свом првом одговору, суд је тражио уверење о годишту окривљеног с друге стране, од родитеља, сродника, комшија или из књиге крштених.<sup>7</sup>

Према ранијим законима и подзаконским актима, право кажњавања имао је суд, а не полиција. Судови који су били пренатрпани нису могли да посвете много пажње мањим кривичним делима, која су неадекватно извиђана и за која се споро судило. Према Илији Гарашанину, министру унутрашњих послова, полиција без права кажњавања није имала потребну снагу. Септембра 1849. године Државном савету предата су на разматрање два законска пројекта, *Устројеније полиције* и *Закон полицајни*. Гарашанин је изнео ставове Министарства унутрашњих послова, према којима полиција није имала власт и уважавање у народу, те су полицијске власти биле

---

3 Министар правде Паун Јанковић Апелационом суду, 26.09/8.10. 1846, АС, МП, 11-1846.

4 АС, Касациони суд, нефасцикулисана грађа, Н. 95/1847

5 АС, Касациони суд, ф5 р741/1853

6 АС, Касациони суд, ф9 р1774/1850; Петровић, 1856: 207.

7 Петровић, 1856: 205–206.

принуђене да остављају некажњеним полицијске преступе да не би долазиле са преступником да воде поступак пред судом. Примирителни судови нису пресуђивали поверене им преступе да се не би замерили својим житељима и многи оштећени се нису обраћали суду, да не би губили време и излагали се још већој штети. Пошто суд није у одговарајућој мери прихватао ислеђивање полицијских власти, они који су признали преступ полицији, па га порекли пред судом, бивали су проглашени невиним, и то је био повод неспоразумима између судова и полицијских власти. Спорост судова могла се отклонити када би полиција расправљала мања кривична дела. Полиција није могла за само 24 сата набавити доказе о кривници, а то је био рок полицији да задржи окривљеног. Пројекат *Устројенија Полицајни власти* је комисија знатно изменила – сведен је на 51 члан, и 18. маја 1850. објављена је уредба под називом *Уредба о томе, како ће полицијске власти са полицијским преступницима поступати и казнити*. Године 1850, 27. маја, издат је *Полицијски казнителни законик* у двадесет глава, који чини целину са *Полицијском уредбом*, и у коме су разврстани полицијски преступи и прописане казне за ова кривична дела. Према *Полицијској уредби*, полицијске власти, надлежне за испитивање и кажњавање полицијских преступа, били су примирителни судови општина, срески начелници, окружни начелници и Управа вароши Београда (Крстић Мистрићеловић, 2009: 416–419, 423).

Примирителни суд је представљао месну или општинску полицијску власт, у својој општини је судио мање полицијске преступе за које је прописана казна до 3 дана затвора, телесна казна до 10 удараца штапом и новчана казна до 2 талира. У случају да је кажњавање превазилазило надлежност примирителног суда, преступник је слат на даљи поступак вишем органу. Примирителни суд општине слао је преступника среском начелнику, примирителни суд окружне вароши окружном начелнику, а примирителни суд вароши Београда Управи вароши Београда. Правила *Устројенија општина* важила су и кад је примирителни суд ислеђивао и решавао полицијске преступе. Пресуда сваке полицијске власти била је извршна, али је кажњени после извршене пресуде имао право жалбе вишој полицијској власти (Крстић Мистрићеловић, 2009: 424).

У срезовима су начелници испитивали и кажњавали полицијске преступе за које је била прописана казна затвора до 12 дана, телесна казна до 25 удараца штапом и новчана казна од 2 до 8 талира, у свакој општини у подручју њиховог среза. Ако је кривица преступника превазилазила надлежности среског начелника, овај га је слао окружном. Полицијски преступ срески начелник је ислеђивао са два месна кмета или два општинара и са среским писаром, који је водио протокол и помагао у раду.

Срески начелник водио је *Протокол поступка с полицијним преступницима*, који је потписивао заједно са писаром. Уколико је срески начелник био у сродству или у завади са окривљеним или на неки начин спречен, могао се изузети из поступка. На пресуду среског начелника, кажњени се могао жалити окружном начелнику (Крстић Мистрицеловић, 2009: 424).

У оквиру своје надлежности, окружни начелник је имао да ислеђује и кажњава преступе за које је предвиђена казна до 30 дана затвора, телесна казна до 35 удараца штапом и новчана казна преко 8 талира. Ако је преступ превазилазио његове надлежности, или спадао у тежа кривична дела, за које казну није прописивао полицијски закон, окружни начелник је окривљеног слао надлежном окружном суду. Окружни начелник је испитивао и решавао дела са двојицом чланова свог начелства, те водио *Протокол о полицијским преступницима* које је испитивао, казнио или ослободио. Ако је окружни начелник излазио у округ по потреби, могао је да узме на одговор и кажњава полицијске преступе у надлежности среског начелника. Кажњени се на пресуду окружног начелника могао жалити Министарству унутрашњих послова. (Крстић Мистрицеловић, 2009: 425)

Ислеђивање и кажњавање полицијских преступа у београдској вароши спадало је у надлежност Управе вароши Београда. Ислеђивање и решавање преступа у својој надлежности управник вароши је вршио са два члана варошке Управе, а поступак се водио према *Устројенију Управитељства вароши Београда*. Жалба на пресуду Управе вароши Београда подношена је Министарству унутрашњих послова.

Полицијски испит је морао бити тачан и довршен, требало је довести тужиоце и сведоке, те предати доказе и тежити да се полицијски поступак са преступником не одуговлачи. Окривљени или оптужени није имао право на заступника током полицијског испита. Полиција је преступнике у надлежности конзулата, посланстава страних дворова и стране курире испитивала без њиховог присуства, па их слала на даљи поступак Министарству унутрашњих послова. Полицијске власти су такође судиле и кажњавале за преступе војника учињених на кућном одсуству. Малолетници су предавани родитељима, таторима или газдама на кажњавање, а школска деца учитељима. Даље су у *Полицијској уредби* изнета основна правила полицијског испита и ислеђења. Прецизирано је шта се може узети за убеђење да би се неко могао окривити, осудити или казнити. Невиност је сматрана доказаном кад би се у потпуности отклонила свака сумња. Испитаник је пуштан као невин и кад нису отклоњене све сумње, али није било довољно доказа. Пресуда је морала садржати кривицу за коју се неко осуђивао, прописану казну и накнаду.

Било је потребно добро образложење за пуштање испитаника као невиног. Полицијска пресуда се извршавала над преступником тамо где је одређивала полицијска власт која је донела пресуду, изузев ако су се оне односиле на свештенике, званичнике и чиновнике, учитеље и остала лица грађанског реда (Крстић Мистрицеловић, 2009: 425–427).

*Полицијска уредба* из 1850, као „један од најдуготрајнијих српских закона“, резултат је измена пројекта који је, као што је речено, поднет Државном савету. Комисија је одбацила установу полицијског суда; пројекат је предвиђао општинске, среске и окружне полицијске судове. Полицијској власти је овом уредбом дат снажан ауторитет за одржање реда и безбедности у земљи (Крстић Мистрицеловић, 2009: 430).

О значају *Полицијског закона* и *Уредбе* сликовито говори Слободан Јовановић: „Полиција добија власт кажњавања, и, што је главно, власт кажњавања бојем. Њене се пресуде одмах извршују; ако ко држи да је бијен на правди Бога, нека се жали после. Дотле немоћна, полиција добија сад штап у руке, који је код нас одувек био символ власти. Од педесетих година, батине се ударају на све стране, и полиција зачас долази до потребног „уваженија“. Више нема говора о томе да полиција није довољно јака: она је у стању да бије, затвара, глоби, свакога ко не слуша“ (Јовановић, 1933: 55–56). „Највеће дело Гарашаниново у министарству унутрашњих дела био је полицајни закон од 1850, о коме смо раније говорили. Тим законом који је дао полицији право да суди иступе и да кажњава телесно, створена је јака полицијска власт, која, само унеколико ублажена, и данас још траје“ (мисли се на време када је С. Јовановић писао своје дело, примедба М. П.) (Јовановић, 1933, 329).

Јула 1851. године одлучено је да до доношења другог законског прописа судови могу пустити окривљене, који су починили мање преступе, да се бране са слободе, уз јемство кметова или других одабраних људи.<sup>8</sup>

Према Решењу од 3. јула 1852. године, судије је требало да окривљенима суде према кривичним законима и уредбама у случајевима кад они постоје, а ако их није било, судили су према здравом разуму и савести. И даље су остале на снази одредбе 18, 21. и 29. члана *Устројства окружних судова* и у складу са њима свака пресуда првостепеног суда којом се окривљени ослобађао или осуђивао била је извршна. Свакоме ко је био ослобођен због недостатка доказа могло се судити по други пут, у случају да је поднета друга тужба са касније откривеним новим доказима. Такође су остали на снази 12. и 13. члан *Устројства Апелационог суда* и 9. члан *Устројства Врховног суда*. Нижи суд морао је своју пресуду и поступак поднети вишем

---

8 АС, Касациони суд, ф9 р1796/1850; Петровић, 1856: 221.

суду само у случају када је више лица починило једно кривично дело, па је нижи суд осудио неке од учесника као више криве на већу казну, а друге на мању или ослободио. Нижи суд није могао извршити пресуде ни над ослобођеним, ни над окривљенима који су осуђени на већу или мању казну, док виши суд не би читаво дело размотрио и донео коначну пресуду над свим учесницима. Такође се инсистирало да се при ослобађању окривљеног назначи да ли је ослобођен као невин или због недостатка доказа. Окривљени је могао бити ослобођен као невин само ако је могао да докаже где је био у време када је кривично дело почињено и ако су постојали докази да је неко друго лице починило кривично дело. У супротном, кад није било доказа да је починио кривично дело, окривљени је требало да буде ослобођен због недостатка довољних доказа.<sup>9</sup>

Законским правилом од 24. септембра 1853. прописано је да ће се злочинцу, за чији се ранији злочин дознало тек након што је за каснији осуђен, поново судити само ако је ранији злочин био већи од каснијег. Уколико је поред злочина почињена и материјална штета, она је, било новог суђења или не, требало да се подмири од имовине починитеља. За овакве случајеве раније није било законског прописа за судски поступак, па је овај имао да важи до појаве кривичног законика и законика о кривичном судском поступку.<sup>10</sup>

Судовима је септембра 1853. саопштен распис Министарства унутрашњих послова из августа исте године, којим се дефинише када је окривљени правилно испитан. Према распису, полиција није смела напасти и послати суду лице против којег уопште не би било или би било веома мало назнака да је починило кривично дело. Правилан испит био је само у случају када га је полиција обавила у складу са својим овлашћењима. Начелство је у писму, уз које је спроводило окривљеног суду, требало да назначи име, презиме и занимање окривљеног, место рођења, вероисповест и године старости, какво кривично део је почињено, место где и време када је почињено, те да ли је у кривичном делу учествовао један или више учесника. Ако их је било више, за сваког редом морало се назначити име и презиме, занимање, место боравка и место рођења. Уколико је било сведока, требало је навести њихово име и презиме, место рођења и укратко шта знају о почињеном кривичном делу. У случају недостатка сведока, али и кад их је било и кад су постојали други докази, наводиле су се околности на основу којих се сумњало да је окривљени починио кривично дело. Наводило се и каквог је владања био окривљени, да ли је раније починио кривично дело и био кажњаван, те душевно здравље окривљеног. У случају да је полиција

---

9 Петровић, 1856: 219–220; АС, Касациони суд, Н. 857/1852; АС, Касациони суд, нефасцикулисана грађа, Н. 305/1854

10 АС, Касациони суд, нефасцикулисана грађа, Н. 1188/1853



послала суду окривљеног који није био прописно испитан, био је од суда враћен полицијским властима на допунски поступак.<sup>11</sup>

Министарство унутрашњих послова се из искуства уверило да је било много случајева којима би се *Полицијски закон* могао допунити и објаснити, те је имало намеру да изда прерађену и допуњену верзију истог *Закона*. У том смислу је прикупило примедбе и мишљења од свих начелстава. Желело је да исто добије од судова, те је замолило Министарство правде да прикупи примедбе на *Закон*, поводом случајева који су се јављали, а за које није било одређених казни у *Полицијском закону*, те су могли ући у нову верзију текста. Министарство правде је октобра 1853. замолило судове да примедбе и мишљења поводом *Полицијског закона* што пре пошаљу.<sup>12</sup>

Није било јасно како судови треба да поступају у случајевима када чиновник није починио кривично дело на службеној дужности већ приватно. Решењем кнеза насталим у сагласности са Саветом, из фебруара 1853, са чиновницима се за ова кривична дела поступало према постојећим општим законима о поступку ислеђивања и суђења, који су важили за све грађане. Да функционисање и посао установе у којој је радио чиновник не би трпели, због испитивања и суђења поводом почињеног кривичног дела, та установа је морала бити обавештена преко Министарства правде о карактеру почињеног преступа, између осталог, да би имала информације о моралном владању свог запосленог.<sup>13</sup>

Писмо кнеза Александра Карађорђевића Савету од 13. јуна 1855, у којем се истицала потреба за новим законима и препоручивало Савету да одреди комисију за израду Кривичног закона и Закона о кривичном судском поступку, представља почетак поновног рада на кривичном законодавству. Савет је у писму од 29. јуна 1855. исказао неслагање са кнежевим предлогом сматрајући да су ови законици непотребни. Сматрао је да у том тренутку било немогуће саставити кривичне законе за Србију, јер, уколико би настали према страним законима било је питање њихове користи за Србију, а није било могуће да се саставе из дотадашњих малобројних прописа и недовољне судске праксе. Кнез је 1. фебруара 1856. препоручио Савету да одреди комисију за израду Кривичног закона, а уз писмо је приложио и статистичке прегледе кривичних дела суђених у 1843, 1844, 1853. и 1854. години. Комисија је за годину дана спремила пројекат, а до издавања законика дошло је тек по повратку кнеза Милоша. Милош је убрзао рад на пројекту *Кривичног законика*, лично га поднео Малогоспојинској народној

---

11 Петровић, 1856: 208–209.

12 АС, Касациони суд, ф5 р833/1853

13 АС, Касациони суд, нефасцикулисана грађа, Н. 224/1853

скупштини 23. септембра 1859, а кнез и Савет су га усвојили 10. априла 1860 (Васиљевић, 1987, 113–115).<sup>14</sup>

Пре доношења *Законика о кривичном судском поступку* 1865. године, кључни пропис кривичнопроцесне проблематике био је Распис Министарства правде о доказима у кривичном поступку од 28. марта 1863, којим је замењен до тада важећи Распис од 23. фебруара 1842, о којем је раније било речи, као нејасан и непотпун. Распис из 1863. се састојао од три главе (*О обвиненију, О сили доказа и О пресуђењу*), са укупно 22 члана. У првој глави објашњава се појам кривице и основи сумње, који су могли бити ближи или даљи, те су они даље, сваки за себе, детаљније дефинисани. Друга глава посвећена је доказима, дефинисани су потпуни и саставни доказ. Потпуни доказ добијао се судским увиђајем, мишљењем вештака, признањем оптуженога, исказом сведока, оштећеног и саучесника који је признао своју кривицу, на основу исправа или писаних докумената и подударањем више непотпуних доказа или више основа сумњи који су чинили саставни доказ. Саставни доказ важио је у случајевима када су у делу постојала два непотпуна доказа који су се подударали један са другим или када је неко одрицао кажњиво дело против кога је било више законских основа сумње и ако су се, у том случају, још неке околности подударале, које су даље подробније дефинисане. Трећом главом, *О пресуђењу*, одређено је на који начин ће суд донети пресуду поводом почињеног кривичног дела у одређеним случајевима.<sup>15</sup> Основи подозрења из овог Расписа објашњени су и поводом њих донети неки нови чланови Расписом од 8. маја 1863. године.<sup>16</sup>

Са израдом *Кривичног законика* 1856, настаје идеја да се изради и кривичнопроцесни, Комисија за израду пројекта *Кривичног законика* изнела је пред Савет потребу за појавом законика о кривичном судском поступку. На Пројекту кривичног поступка радио је Јеврем Грујић, угледајући се на чувеног професора кривичнопроцесног права Митермајера, чија је предавања слушао током својих студија у Хајделбергу. Грујић је након Хајделберга боравио у Паризу и упознао се са институцијом пороте и теоријом слободног судијског уверења. У пројекат који је саставио, унео је пороту и теорију слободног судског уверења, тј. да је судија требало да доноси одлуку по савести и уверењу које је стекао на основу изнетих доказа. Грујићев пројекат је остао по страни, а на законик у кривичном судском поступку се почело радити изнова јануара 1860.

14 Детаљно о доношењу Кривичног законика в. Николић, 1991: 67–94.

15 Циркулар Попечителства Правосуђа о доказима у кривичном поступку од 16/28. марта 1863, у: Живановић, 1967: 388–399.

16 Распис министра правде од 26.04/08.05.1863, у: Живановић, 1967: 403–404.

године. Његова израда поверена је Јовану Филиповићу, члану Касационог суда, рођеном у Сремским Карловцима, који је студирао права у Пожуну (Братислави), а пројект завршио већ маја 1860. године. Савет је нашао замерке пројекту, тражио да га прегледа саветска комисија, а кнез Милош је доношење законика о кривичном судском поступку стално, у више наврата, пожуривао. Милош је од Савета добио незнатно измењен текст Филиповићевог пројекта, изнео своје примедбе, али убрзо умро. Влада кнеза Михаила одлучила је да наново темељно прегледа нацрт, што је потрајало дуже времена, те је министар правде Рајко Лешјанин донео нови Распис о доказним правилима из 1863, о којем је претходно било речи. Садржавао је скоро сва правила из пројекта и представљао превод 11. главе аустријског поступка из 1853. Када је Комисија прегледала нацрт и Лешјанин изнео примедбе, Државни савет је усвојио, а кнез Михаило, 22. априла 1865, одобрио *Законик о поступку судском у кривичним делима*, скраћени превод аустријског *Законика о кривичном поступку* из 1853. године (Павловић, 2008: 231–232).<sup>17</sup>

Постојала су два дела кривичног судског поступка, претходна истрага и поступак пред судом (претрес). Претходна истрага састојала се из две фазе – опште претходне истраге и дослеђења, међуистраге. У питању је била подела претходне истраге на два дела: полицијски (општа истрага) и судски (дослеђење). Среска или окружна полицијска власт је почињала истрагу, пошто је сазнала да је почињено кривично дело, о ислеђењу дела на лицу места састављао се протокол, те је постављено питање да ли би његов деловођа могли бити само писари среза, начелства и судски писари. Расписом од 10. јуна 1867, решено је да је деловођа могло бити и друго писмено лице, које је полицијска власт одредила да помаже иследнику. Било је обавезно присуство два иследна сведока. У почетку није захтевано да буду писмени, али је касније, изменом *Законика* из 1876, то био услов. Полицијска власт је после опште истраге подносила тужбу првостепеном суду. Суд је, размотривши тужбу, уколико би сматрао да су испуњени услови да се окривљеном суди, доносио решење о томе, те је овај постајао оптужени, и решењем је одлучивано да ли ће се оптужени бранити из притвора или са слободе. Предмет је слат иследном одбору на даљи поступак, а одбор су чинили судија и писар. Иследни судија с писаром је требало да припреми све што је било потребно за даљи претрес. Иследни судија је, у стварности, само примао од суда акта из опште истраге са решењем о стављању под суд и претварао се у државног тужиоца, а сва дослеђења је остављао суду да их нареди на главном претресу, те иследни

<sup>17</sup> Детаљно о пројектима и *Законик о кривичном судском поступку* из 1865. в. Мирковић, 1997: 49–141.

судија са улогом државног тужиоца ништа није радио у претходној истрази. У кривичном поступку Србије постојао је полицијски и судски притвор, полицијски је био чување док се не би истражило шта је било потребно, а судски се изрицао на основу истраге и решењем суда. За разлику од раније начелне норме, *Законом о кривичном судском поступку* из 1865. детаљно је дефинисан институт полицијског и судског притвора. Дужина трајања полицијског притвора била је највише до два месеца, али је ова одредба често кршена, пошто није предвиђена казна за иследника који крши пропис, па је могао проћи некажњено. С друге стране, стајао је немар судова за рад полиције у истрази. Установа браниоца се, према *Законоу* из 1865, уводи уздржано, као привилегија за одређена лица, малолетнике, одсутне, болесне, оне који нису говорили српски и све жене. Право на браниоца проширено је допуном из 1868, по којој је оптужени могао имати браниоца на главном претресу, а ако је био оптужен за злочин, морао га је имати. Мане овог прописа о праву на браниоца су те што се право ограничавало на злочине и преступе, и што је лице браниоца могло имати пред судом, али не у претходној истрази (Павловић, 2008: 233–240; Марковић, 1921: 131; Авакумовић, 1889: 148–156).

Према *Законоу о кривичном поступку*, као потпуни доказ, за који је коришћен, за разлику од Расписа од 1863, термин правни доказ, одређен је и саставни доказ, који се добијао подударањем више основа подозрења. Параграф 236, који се односио на саставни доказ био је конфузан, због лошег превода члана 278 *Аустријског законика*, јер законодавац у Србији није видео разлику између члана 278 и 279 истог *Законика*, па их је спојио уједно. У доказном систему *Законика о кривичном судском поступку* из 1865. није било заклетве, са чијим укидањем се почело Расписом о доказним средствима од 1842, а изричиту забрану заклетве изрекао је Апелациони суд 28. септембра 1844. године. Став да суду није било дозвољено да износи претпоставке ван садржаја аката, да побија важност доказа и узима за доказано оно што није по закону, покренуо је питање да ли је *Законик* усвојио позитивну или негативну теорију законских доказа. Под првом се подразумевало да је судија морао узети једну чињеницу за доказану чим се за то стекну законски услови, а под другом да не сме да узме чињеницу за доказану, ако не постоји минимум или извесна количина доказа, који се захтева по закону, али ако он постоји, судији се остављало да по свом уверењу ту чињеницу не узме као истиниту и доказану. Временом се искристалисао став правне науке и судова да је *Законик о кривичном судском поступку* из 1865. заснован на позитивној доказној теорији, мада се у почетку коментаторима чинило да се заснивао на негативној.

У српском законодавству постојале су три врсте судске пресуде: осуђујућа, апсолутно ослобађајућа и релативно (привремено) ослобађајућа, услед недостатка доказа. Прве две врсте пресуде дефинисане су у *Устројству окружних судова* од 1840, а трећа је шире објашњена *Расписом о доказним средствима* из 1842. Мада је аустријска кривичнопроцесна наука критиковала институт ослобађајуће пресуде из недостатка доказа, *Законик о кривичном судском поступку* из 1865. га је задржао. Такође, на Топчидерској скупштини 2. јула 1868, истакнут је захтев за увођењем пороте, а на захтев Духовске уставотворне скупштине, у Устав из 1869. унета је одредба о установљавању поротних судова за разбојништва, опасне крађе и паљевине (чл. 117 Устава из 1869) (Павловић, 2008: 240–246).

Кривични судски поступак између 1846. и 1865. године је у нормативном смислу прошао свој развојни пут, који је почео успостављањем организације судова према Уставу из 1838. и првим устројствима судова из 1839. и 1840. године, преко бројних расписа којима су се тумачиле, допуњавале и мењале правне норме. Представља важан сегмент целокупног законодавства које је тражило најбоља решења за домаће прилике, на основу страних узора, и полако их налазило, уз учење на сопственим грешкама.

## Литература

Авакумовић, Ј. (1889). Енглеска, француска и српска порота. *Гласник Српског ученог друштва*. 69. 97–162

Васиљевић, Т. (1987). *Ђорђе Д. Ценић: развој кривичноправне мисли у Србији XIX века*. Београд: Српска академија наука и уметности

Живановић, Т. (1967). *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865*. Београд: Српска академија наука и уметности

Јовановић, С. (1933). *Уставобранитељи и њихова влада (1838–1858)*. Београд: Геца Кон

Крстић Мистрицеловић, И. (2009). Доношење и значај Полицијске уредбе из 1850. године. *Безбедност*. 1–2 (LI). 414–432

Марковић, Б. (1921). *О доказима у кривичном поступку*. Београд: Геца Кон

Мирковић, З. (1997). *Рецепција аустријског кривичног поступка у српском Законику о кривичном поступку из 1865: магистарски рад*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

- Николић, Д. (1991). *Кривични законик Кнежевине Србије*. Ниш: Градина
- Павловић, М. (2008). *Правна европеизација Србије 1804–1914*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
- Петровић, Ђ. (1856). *Речник закона, уредба, уредбени прописа и пр. и пр. издани у Књажеству Србији од 1827. до половине 1854 год.* Београд: Правителствена књигопечатња
- Поповић, М. (2010). Организација судства у Кнежевини Србији 1838–1846. *Српске студије*. 1 (I). 157–176
- Поповић, М. (2014) 1. Организација и примери рада окружних судова у Кнежевини Србији (1846–1858). *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3 (XLVIII). 427–451
- Поповић, М. (2014) 2. Основне норме грађанског судског поступка у Кнежевини Србији 1838–1846. године. *Зборник радова Филозофског факултета у Приштини*. 2 (XLIV). 177–191
- Поповић, М. (2014) 3. *Судство у Кнежевини Србији (1838–1869): докторска дисертација*, Београд: Филозофски факултет Универзитета у Београду
- Поповић, М. (2015). Основе нормирања грађанског судског поступка у Кнежевини Србији (1846–1853). *Зборник радова Филозофског факултета у Приштини*. 2 (XLV). 193–207

**Miroslav Popović, Ph.D.**

Librarian, History Department,  
Faculty of Philosophy, University of Belgrade

**THE NORMATIVE FRAMEWORK OF CRIMINAL PROCEDURE  
IN THE PRINCIPALITY OF SERBIA (1846-1865)**

**Summary**

*This paper examines the normative framework of criminal procedure in the Principality of Serbia and its development in the period from 1846 to 1865, which is of great importance for legal history. The process of developing criminal procedure legislative framework was based on the legal provisions on judicial powers envisaged in the Constitution of 1838, the first Enactments on the organization of courts issued in 1839 and 1840, and numerous official circular letters which explained and modified the existing legal standards. In the period from 1846 to 1865, there were significant developments in court proceedings. The first judicial standards were established by the Law on the Organization of County Courts adopted in 1846. In the subsequent period, legal provisions on criminal justice proceedings were constantly revised and amended. The legislative efforts ultimately resulted in the adoption of the 1865 Code on Court Procedure in Criminal Offences. The aim of this article is to reconstruct the norms of criminal justice proceedings before the first codification and to examine the development of related judicial practice, none of which have been systematically studied so far.*

**Keywords:** legal norms, courts, judiciary, criminal justice, court proceedings, Principality of Serbia.





**Др Драган Јовашевић\***,  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.618(44)

Рад примљен: 19.05.2015.

Рад прихваћен: 09.09.2015.

## **УБИСТВО У ФРАНЦУСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ\*\***

**Апстракт:** Међу најопасније облике и видове испољавања насилничког криминалитета свакако спадају насилни акти управљени против живота и телесног интегритета других лица. То су крвни деликти међу којима се по свом значају, природи, карактеристикама и последицама издвајају кривична дела убиства за која су у свим савременим кривичним законодавствима запређене тешке казне. Разликују се три врсте убистава. То су: 1) обично убиство, 2) привилегована убиства и 3) тешка или квалификована убиства за која је по правилу прописана најтежа казна. Сва савремена кривична законодавства, па и право Француске, разликују више облика и видова убистава зависно од критеријума за деобу. Управо о појму, садржини, карактеристикама, облицима испољавања и елементима кривичних дела убистава у кривичном праву Француске са теоријског и практичног аспекта говори овај рад.

**Кључне речи:** живот, лишавање, закон, Француска, кривично дело, убиство, одговорност, казна.

### **1. Уводна разматрања**

Од најстаријих времена до савремених писаних правних споменика у свим државама кривична дела против живота представљају нарочито опасне и насилне делатности појединаца и група са којима се друштво – органи кривичноправне репресије – сурово обрачунавало примењујући најтеже врсте и мере казни, као што су смртна казна или казна лишења слободе у дужем (или доживотном) трајању. Но, та заштита није била подједнака за све чланове друштвене заједнице, већ је она зависила, бар

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат спроведеног истраживања на пројекту број 179046 под називом "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

у почетку, од сталешке припадности учиниоца кривичног дела, односно његове жртве. Сва савремена кривична законодавства, па тако и ново француско законодавство из 1992. године (које се наслања на Наполеонов Кривични законик – Code penal из 1810. године) предвиђају строге казне за учиниоце више различитих облика и видова испољавања кривичних дела против живота – убиства (која спадају у природна, општа или атавистичка кривична дела која су иманентна свакој друштвеној заједници без обзира на степен економског, друштвеног или културног развоја).

Тиме се жели нагласити да живот или право на живот спадају међу најзначајнија друштвена добра и вредности (Ђорђевић, 1995: 43–55). При томе, зависно од околности и услова под којима је живот другог лица повређен (нарушен), закони разликују више врста убистава. То су (Јовашевић, Икановић, 2012: 23–25): 1) обично убиство, 2) тешка или квалификована убиства која се јављају у више облика и видова испољавања и за која су прописане најтеже казне које уопште познаје француско кривично законодавство и 3) лако или привилеговано убиство за које је због малог степена друштвене опасности и степена кривице учиниоца прописана блажа казна (чак новчана казна).

Кривични законик Француске (Code Penal France, 2013: 1) који је донет 16. децембра 1992. године (а ступио на снагу 1. марта 1994. године), од када је више пута новелиран (последњи пут су измене Законика ступиле на снагу 12. јула 2013. године), у посебном делу, у Одељку другом под називом: "Напад на човекову личност", у глави првој под називом: "Напад на живот човека" у два поглавља предвиђа кривична дела против живота, зависно од облика кривице (виности) учиниоца. То су: а) прво поглавље – "Умишљајни напад на живот" и б) друго поглавље – "Нехатни напад на живот". Дакле, у ова два поглавља су управо систематизована кривична дела која за објект заштите имају живот другог лица или право на живот. Тиме је живот човека одређен као најзначајнија људска и друштвена вредност. Из назива прве главе Другог одељка Законика произилази да је објект заштите ових кривичних дела одређен као живот или право на живот другог лица.

Једно од најзначајнијих природних, фундаменталних, општецивилизацијских, универзалних људских права, свакако, представља право на живот (Димитријевић, 2005: 11–13). Оно је основ и услов постојања свих других људских права и слобода и спада у најзначајнија, не само лична, већ и општедруштвена добра. Право на живот је гарантовано и бројним међународноправним актима: чланом 6 Међународног пакта о грађанским и политичким правима са факултативним протоколом и чланом 2 Европске

конвенције за заштиту људских права и основних слобода са протоколима број 4, 6, 7, 11, 12 и 13 (Димитријевић, Пауновић, Ђерић, 1997: 222–228).

## **2. Опште карактеристике кривичноправне заштите живота**

Живот човека од најстаријих времена представља објект кривичноправне заштите, али та заштита није била потпуна, нити једнака за све чланове друштва. Кривична дела повреде или нарушавања живота се називају природним или општим (атавистичким) кривичним делима за разлику од друштвених (еволутивних) или политичких кривичних дела која се по начину кажњавања и карактеристикама разликују међу појединим државама и у појединим историјским периодима.

Објект заштите код ових кривичних дела је човек као живо људско биће, тј. његов живот (Turković et al., 2013: 163–166). Заштита живота почиње од момента рађања човека и траје до момента наступања његове смрти. О томе када је човек рођен, односно када почиње заштита живота, у правној теорији се разликују три схватања. Према првом схватању заштита живота почиње са започињањем процеса рађања детета, што значи са процесом његовог одвајања од тела мајке. По другом схватању, живот човека почиње са делимичним или потпуним изласком детета из тела мајке, док по трећем схватању самосталан живот детета почиње са престанком плацентарног и почетком плућног дисања. Највећи број кривичних законодавстава, као и ново француско законодавство, прихвата прво схватање.

У погледу момента наступања смрти, односно момента до када траје кривичноправна заштита живота такође се у правној теорији разликују три схватања. Према првом схватању, смрт наступа са престанком дисања и рада срца и плућа (привидна или клиничка смрт). Према другом схватању, живот човека траје све до наступања биолошке смрти – а то је тренутак када ниједан орган не показује знаке живота и не одвија се ниједна животна функција. Према трећем схватању, које је прихваћено и у француском кривичном праву, смрт човека наступа са настанком церебралне или мождане смрти (престанак рада мозга) која се састоји у гашењу свих можданих функција. Моментом наступања смрти не престаје само кривичноправна заштита живота и здравља, већ је тај моменат од значаја и за пресађивање органа и делова тела.

Учиница ових кривичних дела може да буде свако лице, а у погледу кривице ова се дела могу извршити са умишљајем (глава прва, прво поглавље – “Умишљајни напад на живот”) или са нехатом (глава прва, друго поглавље – “Нехатни напад на живот”).

И кривично право Француске у одељку другом под називом: "Напад на човекову личност", у глави првој под називом: "Напад на живот човека", разликује више облика кривичног дела убиства. То су (Головко, Крылова, 2002: 170–175).

а) прво поглавље: "Умишљајни напад на живот":

1. обично (умишљајно) убиство – члан 221-1,
2. тешко убиство – чл. 221-2 до 221-4 и
3. тровање – члан 221-5 и

б) друго поглавље: "Нехатни напад на живот":

1. убиство из нехата – 221-6

### **3. Обично убиство**

Кривично право Француске разликује два кривична дела обичног убиства. То су:

1. умишљајно убиство – члан 221-1 КЗ и
2. тровање – члан 221-5 КЗ.

Први облик обичног убиства, или како га Кривични законик назива "умишљајно убиство" (*meurtre*), предвиђено је у одредби члана 221-1. Ово дело је дефинисано на најједноставнији начин и то тзв. последичном диспозицијом. То је умишљајно проузроковање (изазивање) смрти другог лица (Головко, Крылова, 2002: 170–175). За ово је дело прописана казна затвора до тридесет година.

Дакле, радња извршења (Bernardini, 2000: 362–364) је свака делатност чињења, нечињења, физички или психички предузета, која је подобна, довољна да доведе до последице – лишења живота или проузроковања (изазивања) смрти другог човека. Она се огледа у изазивању смрти човека, тј. у лишењу живота другог лица. Начин узроковања смрти није од значаја за постојање основног облика овог кривичног дела. Ово дело чине два елемента. То су: а) умишљајно изазивање смртног исхода уз постојање свести о свим обележјима објективне структуре кривичног дела и б) одсуство околности које искључују противправност или кривицу (сходно одредбама општег дела Кривичног законика).

Други или посебан облик обичног убиства носи назив "тровање" (Cotte, 2003: 178–181). Оно је предвиђено у члану 221-5 КЗ. Тровање (*empoisonnement*) представља напад на живот другог човека путем коришћења

супстанци подобних да проузрокују смрт другог лица. Оно што карактерише овај облик убиства јесте употребљени начин, односно средство којим се са умишљајем изазива смрт другог лица. То су различите супстанце или препарати у чврстом, течном или гасовитом стању који су по својим својствима и карактеристикама, односно у количини подобни да проузрокују смрт другог лица. И за ово кривично дело је прописана казна затвора до тридесет година.

Поред Закоником прописане казне затвора на учиниоца овог облика дела се примењују и одредбе члана 132-23 КЗ које се односе на период безбедности. Према овом законском решењу лица која су осуђена на казну затвора у трајању које је мање од десет година немају право на период безбедности у коме се примењују одредбе које се односе на обуставу или смањење казне, привремено одсуство или условни отпуст (став 1). Период безбедности може да траје до половине трајања изречене казне затвора, а у случају изрицања казне доживотног затвора период безбедности траје осамнаест година. Суд је овлашћен да посебном одлуком може овај период повећати највише до две трећине изречене казне, а у случају да је изречена казна доживотног затвора – овај период износи двадесет две године. Такође, суд је овлашћен и да скрати период изречене казне (став 2).

И на крају, у случају да је кривичним делом тровања проузрокована смрт другог лица при постојању једне од околности које су предвиђене у чл. 221-2, 221-3 и 221-4 (када постоји тешко убиство), тада ово кривично дело добија тежу квалификацију за коју је прописана казна доживотног затвора.

#### **4. Тешко убиство**

Тешко убиство или "уморство" Законик прописује у три законска члана (чл. 221-2 до 221-4 КЗ) за које је предвиђена најтежа врста и мере казне коју уопште познаје француско кривично право – казна доживотног затвора. Законик одређује ово дело као умишљајно убиство које је извршено под одређеним околностима, на одређени начин, из одређених побуда (циљева) или према одређеном лицу (Veron, 2002: 278–281).

Последица дела је повреда у виду наступања смрти другог лица. За постојање убиства је потребно да је радња извршења предузета противправно, тако да овог дела нема ако је до лишења живота дошло у нужној одбрани, крајњој нужди, вршењу дужности на пословима јавне и државне безбедности или када прописи службе то дозвољавају или захтевају. Извршилац дела може да буде свако лице. У погледу кривице ово се дело врши само са умишљајем.

Из законског описа тешког убиства произилазе два његова основна елемента. То су: 1) објективни и 2) субјективни елемент. У објективне елементе кривичног дела тешког убиства спадају: а) објект радње – живот или право на живот другог човека, б) радња извршења у смислу предузимања или пропуштања телесног покрета, в) последица предузете радње у виду изазивања смрти другог лица и г) противправност, противзаконитост, неовлашћеност поступања учиниоца. Субјективни елементи (Јовашевић, 2014: 34–35) овог кривичног дела се такође јављају у више облика. То су: а) умишљај (као највиши облик свесне и вољне усмерености учиниоца на проузроковање последице кривичног дела предузетом радњом извршења) и б) кривица (виност) која укључује урачунљивост (Geninet, 2002: 278–281).

Кривични законик Француске предвиђа три облика тешког убиства предвиђена у чл. 221-2, 221-3 и 221-4 (Gattegno, 2003: 215–217).

Први облик тешког убиства из члана 221-2 КЗ за који је прописана казна доживотног затвора јавља се у два вида. То су (Laingui, 1997: 453–455):

1. када умишљајно убиство претходи другом кривичном делу, прати га или следи након њега – ово дело постоји када је убиство извршено у стицају да другим (било којим, а претпоставља се тежим) кривичним делом, било да се сва кривична дела предузета једном јединственом радњом (идеални стицај) или са више радњи (реални стицај), које опет могу бити предузете на истом или различитим местима, у исто или различито време. При томе су могуће различите ситуације: а) да убиство буде извршено пре другог кривичног дела, б) да се убиство и друго кривично дело врше истовремено (паралелно) и в) да убиство буде извршено после другог кривичног дела. Овде се лишење живота другог лица јавља као претходна фаза или фаза уз коју се извршава друго кривично дело или фаза у којој се прикрива раније извршено кривично дело било које врсте у коме је учинилац претходно учествовао у било ком својству (као извршилац или саучесник) и

2. када се умишљајно убиство предузима у циљу припреме или лакшег извршења другог кривичног дела или са циљем помагања извршиоцу другог кривичног дела или његовим саучесницима да побегну или да не буду кажњени. Други вид овог дела постоји када убиство, заправо, представља неопходан услов да се отклони препрека и тако припреми, омогући уопште или олакша извршење неког кривичног дела, без обзира да ли је то друго, накнадно, кривично дело уопште и извршено или покушано. Али његово извршење мора бити мотив, разлог због кога учинилац приступа извршењу убиства. У другом случају убиство се

врши како би се омогућило да извршилац или саучесници у извршењу неког другог, раније извршеног, кривичног дела побегну или на други начин избегну кривично гоњење и кажњавање, односно извршење изречене казне.

Други облик тешког убиства (Rossat, 2001: 289–291) је прописан у одредби члана 221-3 КЗ. Према новели Кривичног законика од 1. фебруара 1994. године (No. 94-89) ово је умишљајно лишење живота другог лица које је извршено са унапред промишљеном намером. То је, заправо, убиство са предумишљајем (assassinat). Најтежи облик умишљаја у виду предумишљаја представља квалификаторну околност за коју се учинилац дела кажњава доживотним затвором. Предумишљај је хладно, дужевремено, трезвено размишљање о извршењу дела, анализирање свих околности извршења, планирање, припремање и доношење одлуке чему следи реализација предузимањем радње лишења живота другог лица (Petrović, Jovašević, 2005: 227–228).

Уз ову казну у смислу члана 132-23 КЗ, ако се као оштећени или жртва јавималолетник који није навршио петнаест година или уколико убиство са предумишљајем прати или му претходе силовање, мучење или друго злостављање (окрутност), поротни суд може учиниоцу посебним решењем повећати период безбедности и до тридесет година (ако изрекне казну доживотног затвора) или може донети одлуку да ниједна од мера наведених у члану 132-23 КЗ не може бити примењена према осуђеном. Такође, изричито је предвиђено да у случају ублажавања казне осуђеном лицу за ово кривично дело услед датог помиловања, период безбедности може трајати колико и сама казна која је одређена актом помиловања, осим када декрет о помиловању не предвиђа другачије решење (Головко, Крылова, 2002: 170–175).

Последњи облик тешког убиства јесте умишљајно убиство (meurtre) из члана 221-4 КЗ. Ово дело према новелама Кривичног законика (No 94-89 од 1. фебруара 1994. године и No 96-647 од 22. јула 1996. године) има више видова испољавања зависно од врсте и својства пасивног субјекта (жртве) као квалификаторне околности. И за ово дело је прописана казна доживотног затвора. Ово дело постоји ако је лишено живота неко од следећих лица (Rossat, 2001: 281–293):

1. малолетник који није навршио петнаест година у време предузимања радње извршења, што мора бити познато учиниоцу дела. Дакле, овде је узраст жртве квалификаторна околност која је обухваћена умишљајем учиниоца,

2. законски или крвни сродник у правој линији, очух или маћеха учиниоца где квалификаторну околност представља својство законског или крвног сродника учиниоца,

3. лице које је посебно рањиво због узраста, болести, телесне повреде, стања бременитости, физичког или психичког недостатка, а то је било очигледно или извесно учиниоцу. Овде се ради о немоћном лицу које услед физичке или психичке немоћи или неспособности није у стању, у могућности да заштити свој живот, што је познато учиниоцу дела и такво стање искоришћава за лишење живота немоћног лица,

4. магистрат, поротник, адвокат, државни службеник, представник закона овлашћен од стране министра правде, војно лице, службеник полиције, царине, пенитенцијарне администрације или други представник државне власти или лице које врши дужност на основу јавне службе при извршењу или у вези са извршењем тих функција или дужности, ако је статус оштећеног очигледан или изванредно познат учиниоцу. Ово кривично дело квалификује две околности: а) својство пасивног субјекта које мора бити познато учиниоцу дела и б) лишење живота тог лица при вршењу или у вези са вршењем њихове службене дужности, функције или послова и

5. сведок, оштећени или приватни тужилац са циљем да се спречи изношење чињеница, подношење жалбе или давање исказа у суду или у вези са чињеницама које су саопштили, поднетом жалбом или исказима. И овај облик тешког убиства карактеришу две квалификаторне околности: а) својство пасивног субјекта у време извршења дела које је обухваћено умишљајем учиниоца и б) намера учиниоца да такво лице лиши живота управо у вези са његовим својством, како би се оно спречило да предузме одређену законом прописану радњу.

И према учиниоцима овог облика тешког убиства (Gattegno, 2003: 413–416) примењује се Закоником прописани период безбедности. Ако се пак ради о убиству које је предузето према малолетнику који није навршио петнаест година и уколико убиство са предумишљајем прати или му претходи силовање, мучење или злостављање (окрутност), поротни суд може посебним решењем учиниоцу дела повећати период безбедности до тридесет година (ако изрекне казну доживотног затвора) или може да донесе одлуку да ниједна од мера наведених у члану 132-23 КЗ не може бити примењена према осуђеном у случају ублажавања казне због датог акта помиловања. У том случају период безбедности се изједначава са временом трајања казне која је одређена актом помиловања, осим када декрет о помиловању не предвиђа другачије решење.



## 5. Нехатно лишење живота

У савременом француском кривичном праву у глави првој, у поглављу другом под називом: “Нехатни напад на живот” у члану 221-6 КЗ је предвиђено привилеговано убиство – нехатно лишење живота (*un homicide involontaire*). Ово дело представља изазивање смрти другог лица услед грешке, неопрезности, непажње, немарности или због неиспуњавања обавеза које су прописане законом или правилником, а тичу се безбедности или предострожности. Овај привилеговани облик убиства карактерише блажи степен кривице (невољно извршење дела) на страни учиниоца у време предузимања радње извршења (Larguier, Larguier, 1996: 144–145).

Дело постоји када је учинилац предузео радњу у циљу остварења неког другог циља или резултата при чему се лишење живота јавља као узредна, споредна последица коју учинилац није хтео, нити је пристао на њу, али ју је предвидео или је могао и био дужан да предвиди њено наступање при постојећим објективним околностима и према својим личним својствима. То је убиство из непажње, несмотрености, погрешне процене ситуације. Овде нема вољног односа према последици лишења живота који одражава учиниочеву тежњу, па је психолошка страна дела лакша у односу на умишљајно убиство.

Ово дело има два облика испољавања зависно од облика нехата (виности) учиниоца. То су (Goyet, 1972: 452–454):

1. проузроковање смрти са свесним и несвесним нехатом – услед грешке, неопрезности, непажње или немарности. Лакомисленост постоји када је лице предвидело могућност наступања друштвено опасних последица свог чињења (нечињења), али је без за то довољних разлога самоуверено сматрало да ће те последице спречити (свесни нехат). Непажња постоји када лице није предвидело могућност наступања друштвено опасних последица свог чињења (нечињења), иако је уз неопходну пажљивост и предострожност било дужно и могло да предвиди те последице (несвесни нехат) и

2. проузроковање смрти са професионалним нехатом – због неиспуњавања обавеза које су прописане законом или правилником, а тичу се предузимања прописаних мера безбедности или предострожности. Појам професионалног нехата не одређује Кривични законик, већ у сваком конкретном случају његово постојање утврђује судско веће на бази свих околности конкретног случаја и личности учиниоца дела. Ово дело постоји ако је до лишења живота другог лица дошло услед неадекватног, несавесног, непажљивог, алкавог вршења професионалне дужности учиниоца.

За нехатно лишење живота је прописана кумулативно казна затвора до три године и новчана казна у износу од 45.000 евра. Ако се пак ради о умишљајном неиспуњавању обавеза које се тичу примене мера безбедности или предострожности које су прописане законом или правилником, услед чега наступи смрт другог лица, тада је предвиђена кумулативно казна затвора до пет година и новчана казна до 75.000 евра (Головко, Крылова, 2002: 170–175).

Интересантно је решење предвиђено у француском кривичном праву у одредби члана 221-7 КЗ према коме за нехатно лишење живота другог лица могу да одговарају и правна лица ако су за то испуњени услови из члана 121-2 КЗ. Према овом законском решењу за одговорност правног лица захтевају се два кумулативна услова. То су (Jakulin, 2009: 2):

1. да је радњу извршења кривичног дела предузео орган или заступник правног лица и
2. да је кривично дело извршено за рачун или у корист правног лица.

Изменама Кривичног законика од 10. јула 2000. године одговорност правног лица је проширена и за нехатна кривична дела, какво је управо нехатно убиство (Cartier, 2005: 279–293). За учињено кривично дело правном лицу се у смислу чл. 131-37 до 131-39 КЗ могу изрећи следеће казне (Poncela, 2005: 25–37): а) новчана казна, б) казна престанка правног лица, в) забрана вршења одређених делатности у вези са чијим извршењем је и остварено кривично дело у трајању до пет година, г) стављање под судски надзор у трајању до пет година, д) забрана оснивања правног лица трајно или у периоду од пет година, ђ) искључење из јавног тендера у трајању до пет година, е) забрана пријављивања на јавни позив за доделу средстава у трајању до пет година, ж) забрана издавања чекова и коришћења платних картица за време до пет година, з) одузимање предмета и и) јавно објављивање пресуде у новинама или електронским медијима (Bernardini, 2003: 187–191).

## 6. Закључак

Од најстаријих времена до савремених писаних правних споменика кривична дела против живота су представљала нарочито опасне делатности појединаца и група са којима се држава сурово обрачунавала примењујући најтеже врсте и мере казни. Но, та заштита није била подједнака за све чланове друштвене заједнице, већ је она зависила, бар

у почетку, од сталешке припадности учиниоца кривичног дела, односно његове жртве.

Сва савремена кривична законодавства, па тако и ново француско законодавство из 1992. године, предвиђају строге казне за учиниоце кривичних дела против живота. Тиме се жели нагласити да живот или право на живот спадају међу најзначајнија друштвена добра и вредности за чију заштиту је држава нарочито заинтересована. При томе, зависно од околности под којима је друго лице лишено живота, Кривични законик Француске разликује више врста убистава. То су: 1) обично убиство (које се јавља у два облика и то као: а) умишљајно убиство и б) тровање, в) тешко или квалификовано убиство (које је прописано у три законске одредбе са више облика и видова испољавања) и в) привилеговано или нехатно убиство за које је због малог степена друштвене опасности и блажег облика кривице (невољног извршења кривичног дела) прописана блажа казна.

Специфичности кривичноправне заштите живота у француском праву се огледају у следећем:

1) на првом месту (члан 221-1 КЗ) је дефинисано обично убиство на најједноставнији начин – последичном диспозицијом – као умишљајно проузроковање смрти другог лица за које је прописана казна затвора до тридесет година,

2) посебан облик обичног убиства носи назив “тровање”. Ово дело је прописано у члану 221-5 КЗ. Дело карактерише употребљени начин, односно средство извршења дела – супстанце или препарати који су подобни да проузрокују смрт другог лица. За учиниоца овог дела је такође прописана казна затвора до тридесет година,

3) тешко убиство (чл. 221-2 до 221-4 КЗ) за које је прописана најтежа казна коју уопште познаје кривично право Француске – казна доживотног затвора се јавља у више различитих облика и видова испољавања. Овде се ради о умишљајном лишењу живота другог лица под законом прописаним квалификаторним околностима: а) под посебним околностима извршења и према тежини последице и б) према посебној врсти пасивног субјекта и

4) привилеговано убиство у виду нехатног лишења живота (члан 221-6 КЗ) за које Законик предвиђа два специфична решења: а) примену новчане казне уз казну затвора (што је реткост у савременом кривичном праву да се релативно блага казна прописује за једно од најтежих кривичних дела – убиство, па макар оно било и из нехата и б) одговорност правног лица за ово кривично дело.

## Литература

- Bernardini, R. (2003). *Droit penal general*. Paris: Manuel
- Bernardini, R. (2000). *Droit penal special*. Paris: Manuel
- Veron, M. (2002). *Droit penal special*. Paris : Dallozz
- Gattegno, P. (2003). *Droit penal special*. Paris: Dalloz
- Geninet, B. (2002). *L' indispensable du droit penal*. Paris: Studyrama
- Головко, Л.В., Крылова, Н.Е. (2002). *Уголовный кодекс Франции*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс
- Goyet, F. (1972). *Droit penal special*. Paris: Sirey
- Димитријевић, В. (2005). *Универзални документи о људским правима*. Београд: Београдски центар за људска права
- Димитријевић, В., Пауновић, М., Ђерић, В. (1997). *Људска права*. Београд: Београдски центар за људска права
- Ђорђевић, Ђ. (2011). *Кривично право. Посебни део*. Београд: Криминалистичко полицијска академија
- Ђорђевић, М. (1995). Живот као објект кривичноправне заштите. *Правни живот*. Београд. 9. 43–55
- Jakulin, V. (2009). *Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanjav francuskem in slovenskem pravu*. Ljubljana: Samostalno naučno delo
- Јовашевић, Д., Икановић, В. (2012). *Кривично право Републике Српске. Посебни део*. Бања Лука: Универзитет Апеирон
- Јовашевић, Д. (2014). *Кривично право. Посебни део*. Београд: Досије
- Laingui, A. (1997). *La responsabilite penale dans l' ancien droit*. Paris: Dalloz
- Larguier, J., Larguier, A.M: (1996). *Droit penal special*. Paris: Dalloz
- Petrović, B., Jovašević, D. (2005). *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine. Opći dio*. Sarajevo: Pravni fakultet
- Poncela, P. (2005). *Droit de la peine*. Paris: Themis
- Rossat, M.L. (2001). *Droit penal special*. Paris: Dalloz
- Turković, K. et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine
- Cartier, M.E. (2005). Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u francuskom pravu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Zagreb. 2. 279–293

Conte, P. (2003). *Droit penal special*. Paris : Dalloz  
(2013). *Code Penal France*. Juillet 2012. Paris: Dalloz

**Dragan Jovašević, LL.D.**

Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **MURDER IN FRENCH CRIMINAL LAW**

### **Summary**

*The most dangerous forms and aspects of violent crime are criminal offences against life and bodily integrity of others, which are generally designated as acts of homicide. The most prominent among these criminal offences is the crime of murder. Due to the significance, legal nature, characteristics and consequences of this criminal act, all contemporary legislations prescribe the most severe measures and types of punishment for the commission of this crime. There are three types of murder: 1) ordinary (common) murder, 2) murder committed under mitigating circumstances, and 3) murder committed under aggravating circumstances, which is as a rule punishable by the most severe punishment. All contemporary criminal legislations, including French legislation, recognize various types and forms of murder, depending on the classification criteria. The most prominent forms of murder are those involving various motives that induce the perpetrators to cause death to another person. In this paper, the author examines the concept, contents, characteristics, forms and elements of the crime of murder in French criminal law, discussing the theoretical and practical aspects of this issue.*

**Keywords:** deprivation of life, French law, criminal offence, murder, criminal liability, punishment.



**Др Милева Анђелковић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.2:339.92

Рад примљен: 25.06.2015.

Рад прихваћен: 04.11.2015.

## **ГЛОБАЛНЕ ПОРЕСКЕ ИНИЦИЈАТИВЕ\*\***

**Апстракт:** Предмет анализе у раду јесу глобалне пореске иницијативе којима се, у етапама, креирају институционално-нормативни оквири за успостављање универзалног пореског система. После увода, у првом делу рада дат је општи осврт на утицај политике глобализације на преображаје националних пореских система. Даље следи приказ два глобална пореска процеса – пореске хармонизације и пореске конкуренције који се јављају као видљиве манифестације глобалних пореских кретања. У наредном делу рада, указује се на интензивирање борбе против међународних пореских превара. Промене у међународном пореском режиму прати и трансформација односа пореских администрација према мултинационалним компанијама као великим пореским обвезницима. У последњем делу рада аутор говори о томе да глобално опорезивање није утопија, што потврђују иницијативе и предлози све већег броја аутора, као и међународних организација о потреби увођења глобалних пореза и пожељности формирања светске пореске организације.

**Кључне речи:** политика глобализације, пореска хармонизација, пореска конкуренција, међународна пореска евазија, глобални порези.

### **1. Увод**

Политика глобализације, која се са појачаним интензитетом последњих деценија спроводи у свету у многим областима друштва, све очигледније се одражава и на функционисање националних пореских система. Моћне

---

\* mevi@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат спроведеног истраживања на пројекту број 179046 под називом "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

међународне финансијско-политичке институције убрзано раде на постављању оквира за обликовање глобалних пореских структура. Овакви процеси врло често се одвијају под маском бриге за опште благостање свих људи у свету, али суштина ствари је потпуно другачија. У контексту тога, намеће се и питање да ли се финансијске и економске кризе намерно изазивају како би се смањило отпор стварању глобалних институција и олакшао прелазак на глобални поредак.<sup>1</sup> У литератури се данас пише о новој економији или *новој светској привреди* и потреби успостављања глобалних правила која ће, између осталог, редефинисати и постојеће пореске системе и међународна пореска начела (Ришар, 2008: 143–147). Не мали број теоретичара и истраживача пореске проблематике и политичара, који подржавају ове промене, као да не може или не жели да проникне у дубину процеса који одражавају корените промене у погледу прикривеног преношења државних фискалних суверенитета са националног на наднационални ниво. Међународна „брига“ за очување националних пореских база све више прераста у захтев за одузимањем финансијске моћи националних држава. Међународна пореска сарадња је потврдила своју корисност за стране уговорнице у ситуацијама када је то одговарало њиховим националним фискалним интересима. Данас се она намеће свим државама.

Крајњи циљ свих међународних иницијатива, које се данас убрзано подстичу или намећу успостављањем међународних пореских стандарда, јесте опорезивање у „свету без граница“. У раду се износе нека размишљања и запажања о дешавањима и процесима који се одвијају, у краћим или дужим временским периодима, у међународном пореском праву. Изузетно је важно да државе прате глобалне пореске иницијативе које ће несумњиво имати одраза на националне пореске системе. Кључно је питање да ли се већ оцртавају контуре „глобалног пореског режима“ као резултат пореског ангажовања моћних међународних организација? Да ли можда пореска регионализација (пример ЕУ) претходи пореској глобализацији? Уклањање препрека кретању међународног капитала, јачање економске и политичке зависности мање развијених земаља од међународних кредитора, убрзан развој информационо-комуникационих технологија, подстицање међународне пореске сарадње и фискалне транспарентности чине интегрални део политике глобализације у домену опорезивања.<sup>2</sup>

1 Нобеловац Џозеф Е. Стиглиц у својој књизи „Слободан пад“ недвосмислено говори о томе да је један од циљева ове књиге да помогне да се боље разуме глобални поредак који ће временом настати након кризе.

2 Глобално опорезивање није мит (илузија), како можда желе неки аутори да представе ова дешавања, већ стварност која почиње да се уобличава, углавном неприметно, некад прикривено иза других економско-политичких процеса у сфери међународних



У свету који се све више економски и политички повезује, државама је тешко да очувају порески суверенитет. Може се рећи да је данашњи међународни порески режим резултат многих претходних покушаја да се помире растућа глобализација и национални суверенитет (Bird, 2014: 31).

Полазећи од постављеног предмета истраживања, циљ рада јесте осветљавање промена којима се постављају основе будућег глобалног пореског система. Овако дефинисан циљ истраживања прати структура рада. Након увода, најпре се указује на реформе у смеру пореске политике почевши од осамдесетих година 20. века, под утицајем шире међународне економско-финансијске сарадње и брзог развоја информационо-комуникационих технологија, што је суочило државе са значајним фискалним изазовима. У другом делу рада дат је кратак осврт на пореску иницијативу ОЕЦД, крајем деведесетих година прошлог века, у погледу сузбијања штетне пореске праксе. Реч је о глобалном пројекту чији ће вероватни исход бити већа координација националних пореских система, који се за сада манифестује кроз интеракцију процеса пореске хармонизације и пореске конкуренције. Проблеми у вези са уравнотежењем јавних финансија подстакли су водеће земље света да већу пажњу и активности посвете сузбијању међународних пореских превара. Зато се у следећем делу рада анализира улога и значај међународне размене пореских информација, као глобално прихваћеног пореског стандарда, који треба да олакша ефикаснију реализацију опорезивања прекограничних трансакција и пословања транснационалних компанија. У четвртном делу рада, указује се на постепено мењање природе порескоправних односа, са јачим ослањањем на услужно оријентисан карактер рада пореских администрација и подстицање добровољног плаћања пореза, не само по слову него и у духу пореских закона. Последњи део рада је посвећен кратком прегледу предлога и иницијатива за увођење глобалних пореза и формирање светске пореске организације.

## **2. Пореска политика у контексту глобализације**

Феномен глобализације врши притисак на традиционална пореска начела у међународном опорезивању и суочава креаторе пореске политике са три главна изазова: 1) глобализација пружа фирмама више слободе у погледу избора локације пословања; 2) постаје све теже проценити где треба мултинационалне корпорације да плате порез; 3) појединцима, посебно

---

односа. Државе се још увек грчевито држе својих фискалних суверенитета, макар и „окрњених“ због припадности одређеним међународним организацијама.

професионалцима, пружају се могућности стицања прихода у глобалним размерама (Sawyer, 2004: 15).

Под утицајем међусобног дејства глобализације, пореске конкуренције и нових технологија јавиле су се нове могућности, или како их је један познати аутор назвао, „fiscal termites“ (Tanzi, 2004: 17), које су ослабиле саме основе националних пореских система. Глобализација је учинила могућим за многе обвезнике или да „гласају ногама“ или да „гласају својим портфолиом“. Електронска трговина, електронски новац, трансферне цене, пореске оазе, извоз финансијског капитала без ограничења, куповине у иностранству, према мишљењу овог аутора, воде „нестајању пореских обвезника“ стварајући тешкоће пореским администрацијама да прате све пореске токове.

Почетни импулс за покретање „светске пореске реформе“ представља усвајање америчког пореског законодавства 1986. године. Промене у америчком пореском систему оствариле су јак међународни утицај постављајући кључне принципе и циљеве за друге националне пореске системе. Остале државе су следиле амерички модел пореске реформе, негде са успехом а негде неуспешно (Buchanan, Musgrave, 2000: 76). Таква унилатерална пореска активност имала је далекосежно међународно дејство, као и каснија мера у виду *FATCA*. Овај талас пореских реформи изменио је саме основе и филозофију опорезивања под утицајем неолибералне идеологије. Распадом Бретонвудског система и отклањањем контрола прекограничног протока капитала створени су „идеални“ услови за шпекулативна улагања, коришћењем међународних пореских разлика и рупа у међународном пореском режиму.

Пореска реформа из осамдесетих година 20. века означава „покрет без преседана у фискалној историји“ (Sandford, 2002: 158). Не само развијене него и земље у развоју приступиле су променама у својим пореским системима базирајући их на заједничким карактеристикама. Снижене су стопе пореза на доходак и на добит, проширене су пореске основе, порески подстицаји су постављени на строго критеријумским основама. Смањење пореза на доходак било је праћено повећањем учешћа прихода од ПДВ-а. Основни циљеви пореских реформи базирали су се на побољшању хоризонталне правичности, ефикасности опорезивања и поједностављењу пореских система (структуре и процедуре опорезивања). Ови циљеви нису нови. Једноставност, правичност и ефикасност су традиционални критеријуми који служе за оцену квалитета пореских система. Оно што је ново јесте већи нагласак на ефикасности опорезивања, занемаривање вертикалне правичности и настојање држава да пореске стопе не

одступају превише у односу на главне трговинске партнере (Owens, 1990: 16). Ове промене могуће је најбоље разумети у склопу ширег покрета, на међународном плану, усмереног на смањење економске улоге државе и минимизирање пореских дисторзија дотадашњих пореских система. Промена у политичкој клими у погледу мање егалитарног гледања на дистрибутивну правду имала је одраз у схватању о нужности смањења пореза како за богате тако и за међународно мобилан капитал, и одступању од коришћења пореске политике као активног инструмента економског управљања (Steinmo, 2003: 226). Овај временски период обележило је отварање националних економија и изузетан раст међународне трговине и повећање прекограничних трансакција капитала, уз јачање економске позиције мултинационалних компанија.

Успешно вођење пореске политике, у ери глобализације, највећим делом зависи од улоге фискалног суверенитета и спремности држава да га се у већој или мањој мери одрекну. Поједини аутори праве разликовање између *de jure* суверенитета и *de facto* суверенитета држава. Продубљивање административне пореске сарадње објашњава се тиме да међународно прихваћени ОЕЦД стандарди о размени пореских информација не угрожавају *de jure* суверенитет држава (Eccleston, 2011: 23). С друге стране, оне нису вољне да преносе или да деле међусобом њихов законски суверенитет, односно креирање пореских закона. Оне изнова избегавају све предлоге о увођењу унитарног опорезивања мултинационалних корпорација са јединственом формулом за расподелу профита. Rixen тврди да једино уколико државе буду спремне да у будућности деле њихов законски суверенитет, оне ће моћи да задрже ефективну контролу над националним и међународним пореским системом (Rixen, 2008: 5).

### **3. Пореска хармонизација versus пореска конкуренција**

Развој пореских система данас обележавају два доминантна процеса. С једне стране, одвија се међусобно приближавање и сарадња (координација) директно под утицајем регионалне економске повезаности или путем „тихе“ хармонизације, као резултат угледања држава на пореске промене у окружењу. С друге стране, пореска конкуренција има дужу традицију, а нарочито постаје изражена током седамдесетих година 20. века као последица финансијског либерализма.

Извештај ОЕЦД о штетној пореској конкуренцији, усвојен 1998. године,<sup>3</sup> означио је јаче ангажовање економски најразвијенијих земаља на плану спречавања коришћења повољнијих пореских режима, у првом

---

3 OECD, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue (1998)

реду, пореских оаза. Имајући у виду ширину дејстава које предвиђа овај документ, неки аутори су поставили питање легитимности ОЕЦД да води ову међународну иницијативу (Leviner, 2011: 223). Јачим ангажовањем Г20 у глобалној економској кризи пружена је потребна легитимност ОЕЦД који је наставио свој рад на јачању међународне пореске сарадње (Christians, 2010: 16). Покушај обавезивања пореских оаза да повећају стопе или уведу одређене пореске облике показао се као неуспешан. Зато су се чланице ОЕЦД окренуле подстицању другог вида сарадње путем међународне размене пореских информација. ОЕЦД усваја 2002. године Модел споразума о размени пореских информација којим се формулишу одређени порески стандарди. Врло је извесно да је кампањом против пореских оаза желела да се скрене пажња међународне пореске јавности са настојања да се поступно реализује тиха хармонизација националних пореских система. Инсистирање на укидању банкарске тајне посебно је било усмерено на Швајцарску као традиционалну пореску оазу.<sup>4</sup> Поступајући тако, ОЕЦД и Г20 чине опасан преседан у погледу предности међународног права над националним законима појединих држава. Једном када државе уђу у међународне споразуме и прихвате међународне стандарде биће касније скоро немогуће да се извуку из њих, без ризиковања строгих санкција. Када не постоји организовани отпор ОЕЦД и Г20, елиминисање закона о банкарској тајни и пореских оаза вероватно ће бити дугорочна перманентна политика ових међународних организација (Ladd, 2011: 551, 554, 561). Аргумент противника пореске конкуренције да ће то довести до „трке до дна“, односно снижавања стопа пореза на добит није у потпуности оправдан. Ниже стопе овог пореза изазивају слабије дисторзивне ефекте што би требало да подстиче већу привредну активност. Тачно је да су земље ОЕЦД у просеку смањиле стопе корпоративних пореза са око 50% у 1981. години на 30% у 2009. години, односно 25% у 2015. години.<sup>5</sup> Право је питање шта је стварни разлог таквој пореској политици? Дени Родрик у својој књизи „Парадокс цивилизације“ наводи резултате једног истраживања где се указује да је уклањање контрола капитала главни фактор који покреће смањење стопа корпоративног пореза од осамдесетих година надаље (Родрик, 2013: 166). Слажемо се са његовом констатацијом да је прави изазов очувати интегритет режима корпоративног пореза сваке земље на свету онда када се предузећа и њихов капитал слободно

4 У ствари, највећа пореска оаза у Европи јесте Лондон. Наиме, светски милијардери користе погодности једног пореског закона који потиче још из викторијанског доба.

5 Мада овај тренд варира од земље до земље у оквиру ОЕЦД, приходи од корпоративних пореза нису смањени већ благо повећани као удео у БДП, што вероватно зависи од интензитета пореске конкуренције као и ширења основице корпоративних пореза на светском тржишту.

крећу. Овај изазов је и даље остао нерешен. Или се, можда, у последње време називају неки обриси глобалног решавања овог проблема, имајући у виду пројекат *BEPS*, на коме је ангажован ОЕЦД уз пуну политичку подршку Г20?

#### **4. Интензивирање активности на плану спречавања међународних пореских превара**

Пореске оазе нису биле централни узрок светске финансијске кризе, али је она послужила као изговор да Г20 наметне укидање банкарске тајне и да учини међународни финансијски систем транспарентнијим. Оживљено интересовање за активности пореских оаза поклопило се са буџетским ограничењима већине водећих светских економија, што је поново скренуло пажњу међународне јавности на спречавање међународне евазије пореза. На априлском самиту Г20 из 2009. године постигнут је политички договор о борби против међународне пореске евазије и притиску на пореске оазе да сарађују у том процесу. У литератури се то сагледава као најшира координирана акција против избегавања плаћања пореза коју је свет икада видео (Johannesen, Zucman, 2012: 2). Оцењујући офшор пореску евазију као озбиљан међународни проблем, ОЕЦД проглашава да је сарадња између пореских администрација пресудна у борби против пореске евазије, а кључни аспект ове сарадње јесте размена информација.<sup>6</sup>

Међународна пореска сарадња се, традиционално, одвијала закључивањем билатералних споразума о избегавању међународног двоструког опорезивања. Њихово споро закључивање изгледа да није у складу са циљевима тзв. светске елите, тако да се инсистира на укључивању што већег броја држава у мрежу пореских споразума (Анђелковић, 2014: 157). Појачане активности на плану међународне пореске сарадње започињу 1988. године усвајањем Конвенције о узајамној административној помоћи у пореским стварима између ОЕЦД и Савета Европе. Она није изазвала неку већу пажњу држава тако да се 2010. године усваја Протокол уз ову Конвенцију<sup>7</sup>, којим се пружа могућност свим државама да је прихвате као мултилатерални оквир одвијања међународне пореске сарадње. После неуспеха иницијативе ОЕЦД о спречавању „штетне пореске праксе“

---

6 Видети више о томе: OECD (2013). A Step Change in Tax Transparency-Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context. OECD Report for the G8 summit Lough Erne, Enniskillen, June

7 Према подацима ОЕЦД, на дан 1. 6. 2015. године у 66 држава је на снази Протокол уз Мултилатералну конвенцију о узајамној административној помоћи у пореским стварима.

пажња се преусмерава на закључивање посебних билатералних споразума о размени пореских информација<sup>8</sup> на основу Модел споразума ОЕЦД из 2002. године. Овим документом, као *soft law*, утврђени су међународни стандарди пореске сарадње.<sup>9</sup> У циљу подстицања размене пореских информација између што већег броја држава, ОЕЦД је формирао 2000. године Глобални форум за транспарентност и размену информација у пореске сврхе (обухвата 126 чланица), чија је улога да омогући оквир за ову сарадњу. Карактеристика преговарања у вези закључивања ових билатералних споразума јесте да се воде ван формалних, дипломатских канала, традиционално коришћених приликом закључивања споразума о избегавању међународног двоструког опорезивања. Стварањем мреже пореских информација, као и других форми међународне пореске сарадње, успоставља се и развија „технолозија“ глобалног управљања (Stewart, 2013: 156).

У литератури се наводи да први мултилатерални облик међународне пореске сарадње представља европска Директива о штедњи из 2005. године. Поред ових међународних иницијатива, у пракси су се појавиле и две националне иницијативе које имају или могу имати одређени међународни утицај. Швајцарска је ради заштите банкарске тајности закључила неколико тзв. Рубик споразума са идејом да њене финансијске институције обрачунавају порез по одбитку за приходе резидената других држава, уз задржавање права на поверљивост њихових идентитета. С друге стране, својеврстан преседан направиле су САД усвајањем закона *FATCA* са екстериторијалном применом намећући обавезе свим финансијским посредницима у свету да делују у интересу америчког фискаса. Судећи по реакцијама ОЕЦД и ЕУ ова унилатерална акција САД натерала је државе и међународне организације да се брже позабаве проблемом офшор пореске евазије (Кауе, 2014: 366). Све већи број држава приступа закључивању посебних споразума са америчком пореском администрацијом како би заштитиле своје финансијске институције и донекле ублажиле строге одредбе наведеног прописа. Неке земље чак сматрају да ће се на основу *FATCA*, уз већ предузете активности од стране ОЕЦД, омогућити развој генерално прихватљивог стандарда о аутоматској размени информација (Oberson, 2013: 45). Из тог разлога у спречавању офшор пореске евазије

8 Спорост у размени пореских информација на основу билатералних споразума о избегавању двоструког опорезивања између заинтересованих држава омета планове „светске елите“ ка убрзавању овог процеса. У том циљу, међународне институције нуде финансијску и техничку помоћ земљама у развоју како би се лакше укључиле у међународну размену пореских информација.

9 Посебно је значајно да банкарска тајна и непостојање домаћег интереса не могу више бити разлог за одбијање међународне пореске сарадње.

битну улогу добијају финансијске институције, будући да сви системи прекограничне пореске сарадње предвиђају њихово ангажовање или као платаца за пореске приходе или као достављача извештаја о исплаћеним приходима. Оно што изненађује јесте утисак да су саме финансијске институције прихватиле неминовност новог међународног режима (Grinberg, 2012: 343).

Г20 је јула 2013. године прихватила предлог ОЕЦД о глобалном моделу аутоматске размене информација са финансијских рачуна у мултилатералном контексту.<sup>10</sup> Током 2014. године одвијале су се интензивне активности на плану операционализације ове иницијативе. Затражено је од Глобалног форума да установи механизам за праћење и надзор над применом новог глобалног пореског стандарда и наглашен је значај укључивања земаља у развоју како би имале користи од транспарентнијег међународног пореског система (Magino, 2014). У расправи о међународној пореској сарадњи укључене су и УН чија стратегија развоја после 2015. године предвиђа помоћ земљама у развоју, како би изградиле техничке и административне капацитете, ради сузбијања пореске евазије и повезаним незаконитим финансијским праксама у корпоративном и финансијском сектору (Ndikumana, 2014: 33).

ОЕЦД, Г20 и ЕУ прихватају аутоматску размену пореских информација као „нови једини глобални стандард“.<sup>11</sup> Оне позивају све државе да се придруже Мултилатералној конвенцији о узајамној административној помоћи у пореским стварима без даљег одлагања.<sup>12</sup> С правом се један аутор пита да ли је аутоматска размена информација<sup>13</sup> строго нужна у пореским

---

10 До сада су се 94 јурисдикције обавезале да примене стандард с тим да се започне са његовом имплементацијом 2017. или 2018. године. Убрзавање процеса аутоматске размене финансијских информација у складу је са плановима „светске елите“ да повуче готовину из платног промета и уведе глобалну електронску контролу свих трансакција. То потврђују и већ припремљена средства у виду разних врста платних и кредитних картица, смарт картица, чипова..., и пут у глобално пореско ропство постаће стварност, а не мит.

11 Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters, Adopted on 6 May 2014, Meeting of the OECD Council at Ministerial Level, Paris, 6-7 May 2014.

12 На дан 6. 4. 2015. године, 61 јурисдикција је потписала Мултилатерални споразум о аутоматској размени информација који је оквирни административни споразум заједно са Мултилатералном Конвенцијом о узајамној административној помоћи у пореским стварима.

13 Мишљење је овог аутора да би се аутоматска размена информација могла користити у случајевима где постоје јасни, објективни и поновљени индикатори значајне пореске евазије и утаје.

стварима имајући у виду права пореских обвезника чија је заштита *de facto* на глобалном нивоу скоро занемарена (Pistone, 2013: 225).

Државе су данас више него раније суочене са изазовима везаним за ширење међународне пореске евазије, последице банкарске и пореске тајности и пореских оаза и интензивирање међународне размене пореских информација. Неки аутори сматрају да су то глобални проблеми који захтевају глобална решења и успостављање глобалних пореских стандарда (Dougado, 2013: 2). Пракса показује да се увећава број држава<sup>14</sup> које, или добровољно или принудно, прихватају ове стандарде, па чак и традиционално уздржана Швајцарска је спремна да разговара о усвајању стандарда о аутоматској размени информација у случају да то постане светски стандард примењен на све значајне финансијске центре.

Фебруара 2013. године, ОЕЦД је представио извештај „Addressing Base Erosion and Profit Shifting“ (*BEPS*) на састанку Г20 са циљем решавања проблема опорезивања мултинационалних компанија, које прибегавајући агресивним формама пореског планирања успевају да максимално смање своје пореске обавезе или чак да буду неопорезоване. Примера ради, последњих година према пореским пријавама Google ефективна пореска стопа на страни профит износила је од 2–8% (Zucman, 2014: 126). Овај пројекат означава прекретницу у регулисању међународних пореских односа. ОЕЦД објављује јула 2013. године Акциони план за спровођење *BEPS* (прихваћен септембра од стране лидера Г20) којим се фиксирају недостаци у међународном пореском режиму, као што су злоупотреба пореских споразума, коришћење трансферних цена, опорезивање електронских трансакција и др., и предвиђају одговарајуће мере ради њиховог отклањања. Предвиђеним свеобухватним решењима, треба осигурати да профит буде опорезован тамо где се економске активности које стварају доходак обављају и где се ствара вредност. Као алтернативно решење садашњем режиму опорезивања међународног профита, неки аутори предлажу увођење јединственог опорезивања транснационалних корпорација. Јединствени порез би омогућавао опорезивање ових ентитета не према правној форми, као што је сада случај, већ према стварној економској суштини, чиме би се смањиле могућности за међународну

---

<sup>14</sup> Европска комисија усваја Акциони план, децембра 2012. године, о јачању борбе против пореске утаје и пореске евазије. Маја 2013. године, Европски савет захтева ширење аутоматске размене информација у оквиру ЕУ и на глобалном нивоу с циљем борбе против пореске утаје, пореске евазије и агресивног пореског планирања. Комисија је предложила јуна 2013. године измену Директиве о административној сарадњи као одговор на прихватање новог глобалног стандарда о аутоматској размени финансијских информација, чија је сврха да осигура пуну пореску транспарентност и сарадњу између пореских администрација, широм света, у борби против пореске евазије.



пореску евазију због пребацавања профита и коришћења пореских оаза (Picciotto, 2012: 1). На регионалном плану већ постоји овакав предлог Европске комисије, усвојен од стране Европског парламента, о заједничкој консолидованој корпоративној пореској основици (*CCCTB*).<sup>15</sup> Финансијски слом 2008–2009. године и произашла економска криза показале су, по мишљењу глобалиста, да је потребна чвршћа међународна регулатива, што обухвата и опорезивање. Неки аутори сматрају да ће подстицај дат од стране лидера Г20 раду ОЕЦД на пројекту *BEPS* можда бити најбоља прилика да се предузме свеобухватна реформа међународног пореског система (Picciotto, 2013: 26).

## **5. Мењање природе односа између пореских администрација и пореских обвезника**

У складу са концептом „новог јавног управљања“, као руководним принципом реформисања јавног сектора, пореске администрације генерално почињу да мењају однос према пореским обвезницима. „Услужно оријентисани приступ“ захтева више отворености, информација и узајамно деловање ових субјеката порескоправног односа (Aberbach, Christensen, 2007: 158). Опет на иницијативу ОЕЦД чини се континуирани напор ка промени ове релације од „основног односа“ ка „побољшаном односу“ (*enhanced relationship*) (Owens, 2012: 517). Основни циљ јесте успостављање узајамног поверења ових страна. То за обвезнике и њихове пореске саветнике значи потпуно и благовремено откривање релевантних података и транспарентност у вези потенцијалних пореских ризика. Имајући у виду околност да традиционалне контроле не обезбеђују увек благовремене и свеобухватне информације о пословању обвезника, искуство неких земаља показује да добровољно откривање пореских чињеница може да се користи као оруђе за рано откривање агресивног пореског планирања.<sup>16</sup> За пореске администрације погодности се испољавају у бољем разумевању пословне и пореске стратегије обвезника, управљању ризицима у раду, бољем коришћењу ресурса и др.

---

15 *CCCTB* установљава заједнички сет правила за све земље чланице за израчунавање заједничке пореске основице, на консолидованој основи за све чланице корпоративне групе и за расподелу пореза између земаља у којима се одвијају пословне трансакције. Овај предлог обухвата и заједничка правила за пореске односе са трећим земљама, укључујући правила за борбу против коришћења пореских оаза и опште анти-абузивно правило.

16 Више о томе: OECD (2011) *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD Publishing.

Савремене пореске администрације данас почињу да примењују одређене приступе усмерене ка побољшању односа са пореским обвезницима, посебно оних са великим пореским капацитетом. У суштини, ради се о измени традиционалне природе ове врсте друштвеног односа, тј. класичан управни однос постепено се претвара у партнерски однос. Размишљајући о разлозима промене садржине и динамике пореских односа у свету који је све више повезан, наишли смо на занимљиво објашњење савременог историчара Најла Фергусона који каже да „партија на власти мора да управља огромном корпорацијом каква је модерна држава“ (Фергусон, 2012: 281). Услужна оријентација у раду пореских органа (клијентски приступ) уноси корпоративизам у пореску област деловања националних држава, чија се пореска јурисдикција све више ограничава прихватањем глобалних пореских стандарда на састанцима Г20. Мењање природе дијалога између ових субјеката порескоправног односа од неповерења ка поверењу и узајамном поштовању (*co-operative compliance*) има за циљ да подстакне мултинационалне компаније да поступају по слову и духу пореских закона и да такво плаћање пореза прихвате као део доброг корпоративног управљања. Откривање података и транспарентност су кључни за брже решавање спорова што је и генерално усмерење кооперативног плаћања пореза.<sup>17</sup> Кооперативни приступ се у пракси појединих држава користи као средство борбе против агресивног пореског планирања великих мултинационалних компанија. Обвезници који су ушли у овај програм, могу имати утисак да ће то водити повећаној контроли, док други обвезници могу страховати да ће добити мању пажњу и подршку, јер се налазе у статусу „ниског ризика“ зато што су средства пореских органа усмерена према најризицијим пореским обвезницима. Зато успешност модела кооперативног плаћања пореза захтева стварање атмосфере отворености и поверења.

## **6. Иницијативе за увођење глобалних пореза и глобалне пореске организације**

Недостаци испољени у међународном пореском праву у вези опорезивања прекограничних трансакција, пореске сарадње, отклањања глобалних штетних ефеката, све више се истичу у јавности као најчешћи и видљиви аспект пожељности преношења међународне пореске регулативе на светски ниво. Иза тих процеса крије се, у суштини, жеља тзв. светске елите да загосподари свим економско-финансијским токовима. Главни проблем

---

<sup>17</sup> Видети више о томе: OECD (2013) Co-operative Compliance: A Framework-From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance, OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/9789264200852-en>.

за сада је у непостојању глобалног тела које би регулисало и управљало глобалним пореским токовима. Поред теоријских иницијатива о формирању светске пореске организације, први политички предлог о томе потекао је 2001. године из УН прихватањем тзв. *Zedilo* извештаја. Замисао је била да би ова организација могла, између осталог, да прикупља статистичке податке и идентификује глобалне пореске трендове и проблеме, прати порески развој, ради на ограничавању пореске конкуренције, подржава механизам за мултилатералну размену пореских информација и креира метод јединственог опорезивања за мултинационалне корпорације (Fitz-Gerald, 2012: 14).

Према мишљењу једног аутора (Pinto), ова организација би била форум где би се проблеми у вези са развојем електронске трговине и штетне пореске праксе могли расправљати, на координиран и шири начин него што се то чини у оквиру ОЕЦД (Sawyer, 2004: 67). Vito Tanzi већ три деценије предлаже формирање светске пореске организације, која би имала скромну улогу (за почетак) у смислу надгледања националних пореских система ради процене њихових међународних последица (Tanzi, 2005: 18–19). Свесни отпора држава, неки аутори предлажу постепено прихватање надлежности светске пореске организације (Pinto, Sawyer, 2011: 25).

Имајући у виду ко су прави власници мултинационалних компанија, великих банака и других финансијских институција, на први поглед нелогична је борба „самих против себе“ што, у ствари, открива праву димензију и суштину свих ових глобалних пореских иницијатива. То је, без сумње, постепено одузимање националних пореских суверенитета и стварање глобалне пореске власти. Најзначајнији предлози глобалног опорезивања јављају се у облику глобалног пореза на валутне трансакције, као и глобалних еколошких пореза. Седамдесетих година прошлог века Џејмс Тобин је предложио увођење пореза на валутне трансакције као средство за успоравање прекограничног кретања спекулативног капитала и спречавање криза валутних курсева. Идеја пореза је била подстакнута колапсом Бретонвудског система и успостављањем периода нестабилних пливајућих курсева, а основна сврха пореза јесте утицај на смањење спекулација (Лакић, 2013: 51). Глобални еколошки порези теоријску основу имају у моделу тзв. „Пигуових“ пореза који би се наметали на тржишне активности које за резултат имају негативне ефекте. „Објективни научници“ тврде да су климатски и еколошки поремећаји на земљи и у атмосфери настали људском активношћу и да је очување климе глобално јавно добро за чију је заштиту потребно увођење еколошких пореза на глобалном нивоу. Највећу пажњу привлаче предлози за увођење глобалног

пореза на угљен-диоксид којим би се опорезовала количина угљеника у горивима.

Интересантан је и предлог о увођењу прогресивног глобалног пореза на капитал који је изазвао знатну пажњу у научној јавности. Предлагач, француски економиста Пикети сматра да је такав порез утопија<sup>18</sup> у данашњим међународним околностима, али да је у перспективи изводљива опција, уколико постоји политичка воља. По њему, први корак у циљу успостављања глобалног пореза на капитал био би да се аутоматски пренос банкарских информација прошири на међународни ниво, тако да се у већ испуњене пријаве може укључити и имовина која се држи у страниој банци. Он истиче да је порез на капитал нова идеја која мора да се прилагоди контексту глобалног патримонијалног капитализма 21. века (Пикети, 2015: 558–581).

## 7. Закључак

Промене које се убрзано дешавају у погледу глобализације пореских токова логично намећу питање са каквим се далекосежним циљем спроводе наведене активности. Имајући у виду све шире трговинско-финансијско повезивање националних економија, посредством мултинационалних компанија не само у реалном него и у кибернетичком простору, намећу се у складу са тим и глобална пореска решења као што је мултилатерална обавезна аутоматска размена финансијских (пореских) информација. Скривајући се иза бриге за спречавање међународне пореске евазије, борбе против тероризма и реализације глобалних развојних циљева, светска политичка и финансијска елита жели да наметне тоталну контролу над свим приходима пореских обвезника. Такав систем има глобални карактер јер се уводи у целом свету са циљем централизоване контроле свих ресурса. У научној јавности нису усамљена размишљања да је идеја пореског суверенитета застарела. Зато не би требало да нас чуде међународне активности у домену постепеног, а понекад и убрзаног стварања глобалних пореских правила и институција.

---

18 Пикети наводи да је и прогресивни порез на доходак на почетку био утопија, а сада је реалност. Он је уведен у 20. веку у међуратном периоду, па се можемо запитати шта би требало да се у перспективи деси да би се увео глобални прогресивни порез на капитал (богатство).

## Литература

Aberbach, J.D., Christensen, T. (2007). The Challenges of Modernizing Tax Administration: Putting Customers First in Coercive Public Organizations. *Public Policy and Administration*. 22(2). 156–179

Анђелковић, М. (2014). Међународне иницијативе у домену спречавања пореских превара. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 2014, 153–170

Bird, R.M. (2014). Global Taxes and International Taxation: Mirage and Reality. *International Center for Public Policy Working paper Series. Paper 4*, 1–37 <http://scholarworks.gsu.edu/icepp/4>

Buchanan, J.M., Musgrave, R.A. (2000). *Public Finance and Public Choice: Two Contrasting Visions of the State*. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts London, England

Cedric, S. (2002). *Why Tax Systems Differ-A Comparative Study of the Political Economy of Taxation*. Fiscal Publication, Great Britain

Christians, A. (2010). Taxation in a Time of Crisis: Policy Leadership from the OECD to the G20. *Northwestern Journal of Law & Social Policy*. Vol. 5, 1–21

Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters, Adopted on 6 May 2014, Meeting of the OECD Council at Ministerial Level, Paris, 6–7 May 2014

Dourado, P. A. (2013). Exchange of Information and validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies. *EUI Working Papers RSCAS 2013/11*, 1–18

Eccleston, R. (2011). Revolution or Evolution: Sovereignty, the Financial Crisis and the Governance of International Taxation. *Journal of Applied Law and Policy*. 13–24

Фергусон, Н. (2012). *Моћ новца: новац и моћ у савременом свету 1700–2000*. Београд: Службени гласник

Fitzgerald, V. (2012). International tax Cooperation and Innovative Development Finance. *DESA Working Paper No. 123*, 1–18

Grinberg, I. (2012). The Battle Over Taxing Offshore Accounts. *60 UCLA L.REV.* 304, 305–383

Johannesen, N., Zucman, G. (2012). The End of Bank Secrecy? An Evaluation of the G20 Tax Haven Crackdown. Paris School of Economics. January 31. <http://www.parisschoolofeconomics.eu/en/zucman-gabriel/>

Kaye, T.A. (2014). Innovations in the War on Tax Evasion. *BYU Law Review*. Vol. 2014. Issue 2, 363–413

Ladd, R.S. (2011). Swiss Miss: The Future of Banking Secrecy Laws in Light of Recent Changes in the Swiss System and International Attitudes. *Transnational Law&Contemporary Problems*. Vol 20, 539–561

Лакић, С. (2013). Теоретска и практична одрживост Тобиновог пореза. *Economics&Economy*. Vol.1, No. 2, 47–60

Leviner, S. (2011). The Intricacies of Tax and Globalization. *Columbia Journal of Tax Law*. Vol. 5, 207–227

Marino, G. (2014). General report „New Exchange of information versus tax solutions of equivalent effect“. EATLP Congress 2014

Ndikumana, L. (2014). International Tax Cooperation and Implications of Globalization. *PERI WorkingPaper Series*. Number 355

Oberson, X. (2013). General Report. Exchange of Information and Cross-border Cooperation between Tax Authorities. *Cahier de Droit Fiscal International*. Vol. 98b. Amsterdam:IBFD, 17–57

OECD (2013), *Co-operative Compliance: A Framework From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/9789264200852-en>

OECD (1998), *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris. doi:10.1787/9789264162945-en.

OECD (2011). *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD Publishing

Owens, J. (1990). Tax reforms in OECD countries: objectives and achievements. *Taxation and International Capital Flows*. A Symposium of OECD and non-OECD Countries, June 1990. Paris: OECD, 15–22

Picciotto, S. (2013). Is the International Tax System Fit for Purpose, Especially for Developing Countries? *ICTD Working Paper 13*, 1–30

Picciotto, S. (2012). Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations. *Tax Justice Network*, 1–16

Пикети, Т. (2015). *Капитал у XXI веку*. Нови Сад: Академска књига

Pinto, D., Sawyer, A., (2011). Building Bridges Between Revenue Authorities- Would World Tax Organization be a Kew Facilitator? *Journal of Applied Law and Policy*, 25–40

Pistone, P. (2013). Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic. *Bulletin for international taxation*. April/May, 216–225

Ришар, Ф. (2008). *Тачно у подне*. Београд: Clío

Родрик, Д. (2013). *Парадокс глобализације: зашто светско тржиште, државе и демократија не иду заједно*. Београд: Службени гласник

Sawyer, A. (2004). Is an International Tax Organization an Appropriate Forum for Administering binding Rulings and APAs. *eJournal of Tax Research*. Vol. 2. N.1, Atax, The University of New South Wales, 8–70

*A Step Change in Tax Transparency*-Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context. OECD Report for the G8 Summit Lough Erne, Enniskillen, June 2013

Stewart, M. (2013). Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration. *World Tax Journal*. June, 152–179

Стиглиц, Џ. (2013). *Слободан пад: Америка, слободна тржишта и слом светске привреде*. Нови Сад: Академска књига

Tanzi, V. (2005). Globalization, Tax System and the Architecture of the Global Economic System. [www.idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?...](http://www.idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?...), 1–22

Tanzi, V. (2004). A Lower Tax Future? The Economic Role of the State in the 21st Century. London. *POLITEIA*, 1–24

Zucman, G. (2014). Taxing across Borders: Tracking Personal and Wealth and Corporate Profits. *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 28. Num. 4, 121–148

**Mileva Andjelković, LL.D.**

*Full Professor*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE GLOBAL PROSPECTS OF TAXATION**

### **Summary**

*As the process of establishing international economic and financial relations between national economies is on the rise, many states encounter substantial difficulties in the process of collecting their tax claims. The most powerful countries in the world try to overcome this controversy by changing the international tax rules. The turning point was the financial-economic crisis of 2008-2009, when the international community more vigorously embarked on resolving international tax issues. The OECD, the G20, the UN, the EU and a number of other powerful international organizations continued their activities on establishing a stronger framework of*

*the international tax system. Global tax initiatives embodied in the soft law regulations have changed (to a varied extent) the structure of national tax systems as well as the direction of national policies, and ultimately undermined the financial foundations of the social welfare state. The world's "taxation landscape" is indisputably dominated by two major processes embodied in the the concepts of tax harmonization and tax competition. The global crisis in financing contemporary states has weakened their resistance towards more extensive international tax cooperation. As a result, they increasingly accept global tax standards and are more vigorously involved in the international exchange of tax information for the purpose of counteracting international tax fraud.*

*Changes in national tax systems are necessarily accompanied by changing relations between tax administrations and multinational companies as large taxpayers. The traditional public law relations are gradually changed by introducing some elements of "negotiations and mutual agreement", which are aimed at strengthening mutual trust and avoiding unnecessary disputes and costs. Although they are currently no more than theoretical assumptions and political considerations, there are proposals for introducing global taxes and establishing the world tax organization. Irrespective of the idealistic or utopian nature of these proposals, we simply cannot rule out the possibility that a future world disaster may serve as an valid excuse for accepting global taxes in order to remove the detrimental consequences of a force majeure. In that context, there is a growing number of countries that have been accepting the global tax standard on the automatic exchange of financial information, which has laid a solid legal and technical ground for introducing global taxation. The "global taxation network" is gradually extending to all tax payers, featuring full fiscal transparency. Unless such global plans are undermined, all natural and legal persons will de lege ferenda become prisoners of the global fiscus. Unfortunately, such an apocalyptic future of taxation is quite probable considering the determination of the powerful international organizations and the world elite acting through these institutions to implement the global political agenda.*

**Key words:** globalization policy, tax harmonization, tax competition, international tax evasion, global taxes.



**Др Ирена Пејић,**  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.53(410)

Рад примљен: 15.09.2015.

Рад прихваћен: 16.10.2015.

## **БРИТАНСКИ ПАРЛАМЕНТ: ПОКУШАЈ УСТАВНЕ РЕФОРМЕ**

**Апстракт:** Британски парламент, један од најстаријих представничких органа који негује традицију и обичаје парламентаризма, представља још увек инспирацију за доношење нових устава и успостављање парламентарних система. Његова композиција, у готово непромењеном облику, очувана је до данас у држави која функционише са тзв. неписаним уставом и са особеним изворима уставног права (*ius non scriptum*). Бикамерална структура Парламента, Дом лордова и Дом комуна, одражава традицију британског парламентаризма, док унутрашња композиција парламентарних домова указује на функционалне посебности које се огледају у значајно смањеном обиму тзв. комитетског или рада у одборима, а све у корист јавне расправе у пленуму. С обзиром на то да савремена држава поставља нове и сложеније задатке пред изабрано представништво грађана, традиционални Британски парламент све теже може да одговори овим захтевима. Отуда су током прошлог века истицани бројни предлози за модернизацију парламентарних домова и њихово ефикасније функционисање у парламентарном процесу. У овом раду сагледани су ефекти недавних уставних реформи којима су уведени нови принципи у организацији и функционисању парламентарних домова.

**Кључне речи:** Парламент, Дом лордова, Дом комуна, устав, Уједињено Краљевство.

---

\* irena@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године."

## 1. Увод

Посебност англосаксонског уставног система, који се развија дуги низ векова у Уједињеном Краљевству, огледа се у одсуству писаног устава и у низу специфичних извора права од којих већина почива на обичајном праву (*ius non scriptum*). Развијена уставна доктрина утемељена на принципу владавине права и правничка традиција обезбедили су дуг живот неписаном уставу, али се током двадесетог века отворила широка расправа о неопходности уставне реформе која би обухватила различите аспекте правног система. Један аспект уставне реформе односи се на конструкцију и функционисање Парламента, који важи за најстарије национално представништво у свету, па се сматра исходиштем свих касније образованих националних скупштина. Током двадесетог века неколико таласа реформи запљуснуло је традиционални енглески парламентаризам и „неписани“ устав Уједињеног Краљевства. Мада су реформе имале одређени учинак, оне до данас нису произвеле устав у формалном смислу, а Парламент је реформисан само делимично, не допуштајући да се доктрина о парламентарној суверености промени у својим изворним постулатима.<sup>1</sup> Једна од последњих уставних реформи започета је 1997. године, и тада су постављени следећи циљеви: модеран Дом лордова, ефикасан Дом комуна, отворена влада, деволуција и јачање уније, добра локална самоуправа, регионализација Енглеске, основна права грађана и решавање питања Северне Ирске (MacKenzie, 2005: 9).

Уставна реформа у Уједињеном Краљевству има иста обележја као и сам акт који се реформише: она није правни чин у формалном смислу, већ процес који траје и обухвата низ сукцесивних поступака и аката Парламента и владе, којима се слаже богати мозаик историјског устава. Великом реформом, која је започела 1997. године, учињени су одређени кораци у правцу постизања неких од наведених циљева, али ниједан од њих није достигнут у потпуности. Тако је као резултат деволуције, спроведене 1998. године, одржан референдум о независности Шкотске (2014), на коме су грађани одречно одговорили независности, али тиме није стављена тачка на облик уставног уређења у Уједињеном Краљевству. Унутрашње питање индуковало је питање спољне суверености, тј. отворило је проблем чланства у Европској унији, о чему је најављен референдум за 2017. годину. У исто време, Конзервативна партија је сачинила документ под називом

---

1 Објашњавајући бројне покушаје реформи у Уједињеном Краљевству, Tony Wright, члан Доњег дома, каже да су реформе биле углавном парцијалне, а за целовите промене је недостајала воља. С обзиром на то да је отпор реформама увек постојао, он је навео речи викторијанског судије, који је још у деветнаестом веку узвикнуо: „Реформе! Реформе! Зар нам није довољно лоше и без њих?“ (Wright, 2004: 867).

„Заштита права у УК“, који тек треба да буде предмет расправе стручне и политичке јавности, а једна од битних новина је предлог да одлуке Европског суда за људска права немају обавезујући, већ само саветодавни карактер у националном правном поретку (Bogdanor, 2015: 7). Дакле, процес уставне реформе отворио је проблем „Краљевства као уније“ и „Краљевства у Унији“, а у том процесу Британски парламент треба да оствари двоструку улогу: као субјект реформе („реформатор“) и као објект реформе („реформисани“). С обзиром на то да је реч о обимној теми, у овом раду биће учињен покушај да се сагледа позиција Парламента као објекта реформе и укаже на достигнућа у модернизацији најстарије националне скупштине.

## 2. Парламент – тема парламентарне и уставне реформе

Британски парламент представља централну институцију парламентарног система, која обезбеђује правни и политички оквир већинском систему демократије, познатом као вестминстерски модел.<sup>2</sup> У строго формалном смислу, Парламент је састављен од Круне, Дома комуна (Доњи дом) и Дома лордова (Горњи дом), те је његов званичан назив: Краљица у Парламенту. У савремено доба, Круна у Парламенту је само реликт прошлости и наставак парламентарне традиције на којој почива функционисање законодавног органа.<sup>3</sup> Од својих традиционалних надлежности, краљица је задржала само неколико: она отвара годишње сесије Парламента, а њена потврда неопходна је када је реч о тзв. примарном законодавству које обухвата акте усвојене у Парламенту.

Порекло Парламента са седиштем у Вестминстеру сеже до тринаестог века, тачније 1265. године када је краљ *Henry III* био принуђен да, због увођења нових пореза, тражи одобрење сталешког савета. Тада су се први пут у Краљевском савету нашли представници других сталежа, што је био

---

2 Већински модел демократије носи назив „вестминстерски“ модел (*Westminster Model of Democracy*) управо по седишту Британског парламента. Обележја већинског модела демократије извиру, директно или индиректно, из начина функционисања Парламента: 1) концентрација извршне власти у једнопартијском и јединственом кабинету; 2) доминација кабинета; 3) двопартијски систем; 4) већински и диспропорционални систем избора; 5) плурализам интересних група; 6) унитарна и централизована влада; 7) концентрација законодавне власти у унікамералној егзекутиви; 8) флексибилност устава; 9) одсуство судске контроле уставности; 10) централна банка контролисана од стране извршне власти (Lijphart, 1999: 9).

3 Ројалисти су сматрали да ауторитет законодавне власти почива на Круни, док су парламентаристи истицали значај два дома, од којих један представља народ а други племство (Bradley, Ewing, 2003: 49).

увод у настанак општег народног представништва. У четрнаестом веку образована су два парламентарна дома у којима су седели представници племства и народа. Ова парламентарна конструкција задржана је до данас и она обухвата представнике Енглеске, Северне Ирске, Велса и Шкотске у Парламенту Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске.<sup>4</sup> Бикамерализам је одраз традиционалне структуре Британског парламента. О дводомној структури Парламента вођене су бројне расправе, које су имале за предмет функционалност представничког органа у систему поделе власти. С обзиром на ограничени обим надлежности Дома лордова, има мишљења да Британски парламент има обележја асиметричног бикамерализма, а недостатак легитимитета Горњег дома указује да Британски парламент спада у групу „слабих“ бикамералних скупштина. Слабост или снага парламентарног дома не зависе само од његове формалне моћи изражене кроз уставне надлежности, већ зависе и од начина његовог избора. На основу ова два критеријума, формалних надлежности и демократске легитимације оба парламентарна дома, Британски парламент може бити смештен не само у групу слабих, већ и у групу асиметричних бикамералних скупштина (Lijphart, 1999: 200–213).

Има више разлога због којих се Британски парламент може назвати „мајком“ свих националних скупштина.<sup>5</sup> Прво, историјски развој енглеског парламентаризма и правни оквир за функционисање народног представништва представљају темељ модерне грађанске државе. Друго, Вестминстерски парламент је омогућио успостављање већинског модела демократије, познатог као „вестминстерска демократија“, која је била узор у процесу конституционализације не само бивших британских колонија, већ и других националних држава. Треће, за разлику од осталих националних скупштина у свету, Британски парламент има најдужу и готово непрекинуту традицију у функционисању, што је омогућило развој уставног система на темељу парламентарних обичаја и уставних конвенција (Shaw, 2004: 877).

У условима одсуства устава у формалном смислу, у енглеској правној баштини развијена је доктрина о парламентарној суверености или правној супрематији парламента, чија централна теза је садржана у

---

4 У раду су коришћени изрази Уједињено Краљевство и „британски“, који не нарушавају аутентичност официјелног назива државе Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске.

5 По речима једног од посланика и члана Владе у 10. веку (John Bright, 1865) Енглеска је „мајка парламента“ („*England is the Mother of Parliaments*“). После Другог светског рата утицај Британског парламента био је квантифициран кроз учинак деколонизације, када је готово једна трећина бивших енглеских колонија ослобођена (Shaw, 2004:877).

претпоставци да нема правних ограничења законодавној функцији парламента. Ову идеју развио је познати енглески правник *A. V. Dicey* кроз став о позитивној и негативној суверености парламента. Позитивна сувереност парламента изражена је кроз афирмативну власт, садржану у неограниченом овлашћењу парламента да ствара или поништава право. Негативна сувереност парламента изражава однос према другим носиоцима власти, који не смеју да крше или избегавају правна правила која доноси законодавни орган (Dicey, 1982: 4; Tomkins, 2003: 47).

Традиционална структура Британског парламента и начин на који он функционише у одсуству устава у формалном смислу, произвели су бројне захтеве за спровођење парламентарне реформе. Као израз потребе да се народно представништво осавремени, захтеви су усмерени у два правца: први је модернизација у циљу боље функционалности да би се превазишла „архаичност“ Парламента и обезбедила ефикасност у раду, а други је осавремењивање односа између легислативе и егзекутиве, нарочито јачањем позиције Парламента и његове контролне функције у систему поделе власти. Док је први аспект подржан од стране владе, дотле та иста власт није била наклоњена могућностима модернизације у другој области.<sup>6</sup> Потребу да се нешто учини са енглеским парламентом, верно је описао један британски аутор следећим речима: „Два дома, врата до врата, налазе се готово на различитим планетама. Њихови становници закључани су далеко од остатка света, препуштени бесконачном разговору који воде међусобно, повремено зачуђени што их неко уопште слуша или због тога што постоји било каква сврха њиховог присуства на том месту“ (Coleman, 2003: 734).

Највећи број предлога у досадашњим уставним реформама односио се на Дом лордова и потребу његове модернизације. Окосницу ових реформи чини захтев да се Дому лордова, као аристократском представништву, обезбеди репрезентативност и легитимност, чиме би се ојачало поверење грађана у цео Парламент. Међутим, реформа је отворила низ питања, чиме је отежано спровођење стварних уставних промена, као на пример, на који начин треба бирати или именовати чланове Горњег дома, да ли јачати репрезентативност овог дома и да ли би то пореметило равнотежу у бикамералној структури Парламента, тј. да ли би то угрозило позицију Дома комуна, као и колико чланова треба да буде у саставу Дома лордова и колико треба да траје њихов мандат.

---

<sup>6</sup> М. Shaw користи два израза за правац модернизације Парламента: *modernisation-as-efficiency* и *modernisation-as-scrutiny* (Shaw, 2004: 868–871).

Највећи утицај на Британски парламент имала је реформа у области унутрашњег уређења Уједињеног Краљевства, позната као деволуција власти, која је омогућила функционисање државе, по мишљењу неких аутора, као квазифедерације, и тиме обезбедила „дуплирање“ законодавних функција на неколико нивоа. Поред деволуције власти у Северној Ирској 1920. године, уставном реформом 1998. године пренета су овлашћења ограниченог карактера на законодавне органе, тј. парламенте Шкотске и Велса. У овом процесу децентрализације само једна територијална јединица, Енглеска, није „добила“ свој парламент и посебна статутарна правила, већ је задржала уставну позицију према изворима британског права и наставила да функционише у оквиру Вестминстерског парламента, као јединственог представничког и законодавног органа Уједињеног Краљевства.<sup>7</sup> Поред низа значајних тема које је деволуција покренула у уставном и политичком систему Уједињеног Краљевства (на пример, стварање нација и обезбеђивање њиховог националног и територијалног представништва, могућност федерализације или стварање квазифедерације и др.),<sup>8</sup> отворен је посебан проблем у погледу композиције Вестминстерског парламента и начина остваривања његове законодавне функције на нивоу централне власти.

Модел асиметричне деволуције довео је до парадокса у традиционалном парламентаризму Уједињеног Краљевства, који се одражава на уставне надлежности Парламента и на начин његовог одлучивања. Посматрано „одозго“, од централне ка децентрализованим властима, важи правило да сви могу да одлучују о свему, тачније омогућено је представницима свих региона да одлучују о свим питањима која су у надлежности Парламента Уједињеног Краљевства, па и о питањима која се тичу само Енглеске. У обрнутом случају, посматрано „одоздо“, представници енглеских изборних јединица немају никаквог утицаја на одлучивање о регионалним питањима о којима расправљају територијалне скупштине

7 Наговештена „котрљајућа деволуција“, коју је заговарао тадашњи премијер *Tony Blair*, није дала значајније резултате после 2000. године, јер је јавно мњење у Енглеској (најмногољуднијој земљи у УК, са преко 80% становништва и преко 85% националног дохотка) показало „већу приврженост парламенту Уједињеног Краљевства у Вестминстеру него наклоност ка стварању новог енглеског парламента“ (Blanden, 2007: 301).

8 Једна од озбиљнијих последица асиметричне деволуције је могућност федерализације државе која, због тзв. енглеског питања, има све већи број заговорника. Међутим, има мишљења да би „асиметрија“ била једнако опасна и у федерацији због искустава са неким федерално уређеним државама које су у недавној прошлости доживеле крах. Британски аутор *V. Bogdanor* упоређује положај Енглеза у УК са положајем већинских народа у доскорашњим федерацијама, као што је то био случај са Русима у СССР-у или са Србима у Југославији (Bogdanor, 2015: 16).

установљених региона (Шкотска, Велс и Северна Ирска). Због тога је отворено тзв. енглеско питање и започета кампања којом се тражи формирање енглеског парламента ради исправљања „уставне неправде“ учињене у процесу деволуције (Bogdanor, 2015: 13). Формирање енглеског парламента, као националног представништва Енглеца, не мора обавезно да буде обављено кроз институционализацију посебног представничког органа, већ је то могуће постићи и у оквиру Вестминстерског парламента. Променом правила парламентарне процедуре, председнику Доњег дома било би допуштено да у законодавном поступку издвоји нацрте закона који се односе искључиво на Енглеску, а потом би о њима одлучивали само посланици који су бирани у изборним јединицама Енглеске. Овај систем (*in-and-out*) познат је под паролом коју је истакла Конзервативна партија: „Енглески гласови за енглеске законе“ (*“English votes for English laws”*).

Мада је тзв. енглеско питање отворено још седамдесетих година прошлог века, када је процес деволуције био у зачетку,<sup>9</sup> оно је узнапредовало и добило подршку почетком овог века када су децентрализоване власти територијалних јединица преузеле политичку иницијативу у својим регионима, не напуштајући позиције које имају у централној власти. Питање је званично отворено у Парламенту 2011. године, и тада је у Дому комуна образована Комисија за разматрање последица деволуције, која је 2013. године сачинила извештај у коме је садржан низ предлога за промену парламентарне процедуре, укључујући и то да законодавство које се односи на Енглеску мора бити подржано од стране већине посланика који су изабрани у енглеским изборним јединицама.<sup>10</sup> Међутим, предлози за решавање тзв. енглеског питања врло су проблематични са уставног аспекта и прете да озбиљно наруше традиционалну конструкцију Уједињеног Краљевства, као уније и као парламентарне демократије.<sup>11</sup> Уколико се у Парламенту образује „двострука“ већина, тада ће бити тешко остваривати правила парламентарне игре у којима

9 Ово је познато у политичком животу Велике Британије као „Питање западног Лотијана“ (*West Lothian question*), јер је њега поставио седамдесетих година прошлог века *Tam Dalyell*, посланик шкотске изборне јединице *West Lothian*, указујући на потребу решавања „енглеског питања“ у Вестминстеру (Blanden, 2007: 303).

10 The McKay Commission – Commission on the consequences of devolution for the House of Commons, *Report*, 25. March, 2013 (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130403030652/http://tmc.independent.gov.uk/>, посећено 15.06.2015).

11 О парадоксу предлога за решавање тзв. енглеског питања у Парламенту сведочи ситуација која се налази између „могућег и стварног“: ако би само Енглеци гласали за енглеске законе, то би значило да премијер шкотске националности (као што је то био претходни премијер *Gordon Brown*) не би могао у томе да учествује као члан Парламента, иако он представља Владу целог Краљевства.

је одговорност и полагање рачуна Владе пред Парламентом основна полуга поделе власти. Пресликано на политичку композицију Владе, дошло би се у ситуацију да Влада не може да сноси одговорност за своју политику у потпуности и пред целим Парламентом, јер би о појединим питањима (тзв. регионалним и тзв. енглеским) одлучивао само део парламентарног састава. Увођење коректива у систем представништва нарушило би принцип репрезентације, који се темељи на већинском изборном систему. Додуше, мора се признати да је асиметрична деволуција већ унела диспропорционалност у вертикалној организацији, и отуда је неопходно извршити неке корекције у хоризонталној организацији власти. Парламент се нашао у зачараном кругу: да би спровео реформе претходно мора да постигне не само политичку, већ и сагласност свих територијалних јединица.

Уједињено Краљевство је несумњиво захваћено једним од највећих таласа уставних реформи у својој дугој историји, који ће пре или касније довести до уставне кодификације у држави чији систем још увек почива на историјском и претежно неписаном уставу. Према речима британског аутора *V. Bogdanora* (2009: 1), уставне реформе које су започете 1997. године „нуде јединствен спектакл у демократском свету, јер једна земља трансформише свој некодификовани устав у кодификовани, о чему не постоји ни политичка воља ни консензус да се нешто учини. Дакле, крајњи исход овог испарчаног процеса је крајње нејасан.“

### **3. Дом лордова – реформа и будућност**

Настао у тринаестом веку, Дом лордова је најстарији парламентарни дом на свету који је очувао снажан утицај у представничком телу до краја осамнаестог века.<sup>12</sup> Са ширењем права гласа и са „појавом демократске политике“ у деветнаестом веку, његова легитимацијска снага озбиљно је доведена у питање (Varendt, 1998: 93). Дом лордова представља претечу касније успостављених бикамералних скупштина, али је он једини задржао структуру именованих, а не изабраних, чланова који у њему седе „по сопственом праву“. У неким фазама политичке историје Дом лордова је бројао преко 1.300 чланова, што је скоро дупло више у односу на Доњи дом (650), мада се његово функционисање углавном сводило на активност

---

12 Снага Дома лордова лежала је „у његовој слабости“, како је на почетку прошлог века записао Сидни Лоу: „Да је он био способан извршити десети део власти коју је имао, он би одавно морао бити суштински реформисан“ (Лоу, 2010: 179).



око 300 његових чланова.<sup>13</sup> Слаба ефикасност настала је као последица гломазног, инертног и конзервативног састава, у коме бројни чланови, који „заслужују“ место „по сопственом праву“, уопште не узимају учешћа у његовом раду. Тренутно у овом дому има око 760 чланова, од којих су само 92 наследни перови (*hereditary peers*), 26 чланова су верски великодостојници (бискупи и надбискупи), а сви остали чланови су доживотни перови (*life peers*).<sup>14</sup> До 2000. године номинавање чланова Дома лордова било је у надлежности владе, а потом је образована посебна Комисија за именовања (*Appointments Commission*) која одлучује о исправности свих номинација за перове, укључујући и оне које потичу од партија, док сама Комисија препоручује „неполитичке перове“ („*People's Peers*“) са циљем постизања равнотеже у представљању.<sup>15</sup>

Од настанка Дома лордова политичка композиција „аристократског дома“ углавном је конзервативно оријентисана и тек у двадесетом веку радикална предност конзервативаца према либералима (касније и према лабуристима) постепено се смањивала, да би се 2000. године однос снага готово изједначио.<sup>16</sup> Унутар Дома лордова чланови се организују на политичкој основи, али је њихово деловање другачије од деловања посланика Доњег дома, јер они нису непосредно изабрани од стране грађана и немају директних обавеза према својим бирачима. Политичко опредељење у Дому лордова усмерено је претежно на две велике и доминантне политичке партије, а они који се одлуче да не заступају ниједан од ова два политичка програма себе називају „независним“.<sup>17</sup> Међутим, оно што је остало готово непромењено од оснивања Дома

---

13 Тако је 1998. године, пре правне реформе којом је радикално смањен број чланова овог Дома са 1.325 на 693 (због ограничавања броја наследних „перова“), просечно присуство седницама Дома било 446 чланова по седници (однос 1:3). Након смањења броја чланова, просечно је овим седницама присуствовало 347 чланова (однос 1:2) (Walters, 2004: 199).

14 На званичном сајту Британског парламента говори се о бројци од око 760 чланова који испуњавају услове да узму учешће у раду Дома лордова. То значи да ни након неколико реформских захвата предузетих од 1999. године још увек није у потпуности дефинисана структура овог парламентарног Дома. (Упор. <http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/about-lords/lords-types/>, посећено 12. 08. 2015).

15 Комисија за именовања (*Appointments Commission*) састављена је од три непартијска члана и три члана које именују политичке партије. (<http://lordsappointments.independent.gov.uk/>, посећено 30. 05. 2015).

16 У легислатурама после Другог светског рата тај однос ишао је до 1:10 у корист конзервативаца, док су 2000. године односи снага били готово уједначени (Walters. 2004: 200–201).

17 Они се називају „*crossbenchers*“ или „*independent peers*“ (Jowell, 2006: 56).

лордова је његов „аристократски“ карактер који у потпуности потиरे могућност „територијалног“ представништва. Као последица деволуције и настанка асиметрично децентрализованих територијалних јединица у оквиру Уједињеног Краљевства, појавили су се захтеви за увођење критеријума територијалности приликом именовања чланова Горњег дома. Ово је један од најновијих и вероватно најконтроверзнијих захтева,<sup>18</sup> јер се „аристократска“ структура Дома лордова и потенцијално „територијално“ представништво налазе у једнако напетом односу као и његови „непокретни“ и потенцијално „изабрани“ чланови. Наиме, након уједињења Краљевства, најпре 1707. године, а потом и 1800. године, у Дому лордова су седели представници ирског (45) и шкотског (16) племства. Стицањем независности и иступањем Ирске из Краљевства, Горњи дом више никада није имао потребу да примењује критеријум територијалне заступљености аристократије, јер је наследно племство било и остало везано за Круну, а доживотни перови су именовани од стране владе и Комисије за именовања. Отуда су захтеви територијалних јединица и региона да Горњи дом постане не само изабрано, већ и територијално представништво, још више закомпликовали процес уставне реформе и озбиљно прете да овај процес успоре у будућности (Scott, 2015: 1).

Дом лордова располаже бројним надлежностима, од којих неке не спадају у класичне надлежности законодавног органа, већ представљају специфичност британског парламентаризма.<sup>19</sup> Законодавну надлежност Дом лордова обавља заједно са Доњим домом у свим фазама законодавног поступка, али тежиште активности је на Доњем дому који располаже демократски утемељеним легитимитетом и јачим политичким ауторитетом. Улога коју Дом лордова има у законодавном процесу значајно је ограничена уставним конвенцијама и парламентарним законима 1911. и 1949. године. Прва велика реформа Британског парламента десила се 1911. године, када је донет Закон о Парламенту којим је ограничена моћ Горњег дома у законодавном процесу и када је његово право апсолутног вета замењено правом привременог (суспензивног) вета, ограниченог најпре на две године, а од 1949. године ограниченог на годину дана. Од

---

18 На овај предлог региона Конзервативна партија је узвратила захтевом да се уставном реформом омогући гласање по принципу „Енглези гласају за енглеске законе“ (Ramsay, 2014:1).

19 Независно од редовне законодавне функције, Дом лордова обавља и функцију врховног суда у правосудном систему Уједињеног Краљевства. Раније је судску функцију обављао у пуном саставу, али од 1948. године образују се тзв. жалбени одбори који спроводе апелациони поступак. Судске пресуде донете у жалбеном поступку од стране Дома лордова имају карактер судског прецедента и представљају значајан извор права у британском *common law* систему (Bradley, Ewing, 2003: 365–366).

тада, Дом лордова има улогу „ревидирајућег дома“, он може да утиче на законодавство Доњег дома, али не може да га зауставља.<sup>20</sup> Правна реформа у првој половини двадесетог века била је израз фактичког стања у односима између два парламентарна дома. Она је потврдила доминацију Дома комуна у законодавној функцији, па се отуда израз „законодавна супремација“ Парламента заправо односи на положај изабраног Доњег дома.<sup>21</sup> Дом лордова може само да успори, одложи, а само изузетно и да онемогући законодавну активност Доњег дома. Потребу за постојањем Горњег дома традиционалисти објашњавају на следећи начин: „Дом лордова представља сталност наспрот пролазности и осећањима нације“ (Russel, 2001: 443). Посматрано изван уставног и политичког оквира, могло би се рећи да је овај Дом заиста реликт прошлости који има мало додирних тачака са реалном политиком и са политичком стварношћу. Упркос сталним покушајима да се спроведу уставне промене, Дом лордова често добија придев „нереформисани“ дом, који тешко подлеже духу модерности у конзервативном енглеском конституционализму. Чак и сами чланови овог Дома указују на потребу усаглашавања са реалношћу политичких институција тако што би се реформисао његов састав и политички профил.

Двадесети век остаће забележен по претежно неуспешним покушајима да се овом дому додели оно што му недостаје, а то је легитимацијски основ и поверење грађана (Shell, 2004: 854). На почетку прошлог века Законом о Парламенту (1911) било је предвиђено да у овом дому, поред именованих и чланова по наслеђу, седе и представници народа који ће постепено заменити њихове претходнике. Исти процес настављен је и касније, па је после Првог светског рата било предлога да се број чланова Дома лордова ограничи тако што ће 246 чланова бити посредно изабрани представници у изборним јединицама, а да остали буду именовани међу наследним титулама од стране заједничке комисије оба парламентарна дома (Walters, 2004: 228–230). Једна од већих реформи у модерно доба спроведена је 1999. године, а у преамбули Закона о Дому лордова (1999) стоји да су намере створити Дом чији чланови не постају наслеђем, већ избором. У Дому лордова сада доминирају доживотни перови, остало је само 92 наследних перова који се именују међу најактивнијим члановима. У стварности се, међутим, ништа није променило, јер представници народа нису ушли у овај дом, а сви његови чланови и даље седе у њему „по сопственом праву“.

20 Има мишљења да је „ревизорска“ улога Горњег дома у основи формална, те да је његов утицај потпуно сузбијен и да због тога неки сматрају да је Британски парламент *de facto* уникамералан (Shell, 2004: 856).

21 Неки британски аутори сматрају да је развој Парламента ишао у оном правцу који је у својим раним радовима наговестио његов „проповедник“ А. V. Dicey (Barendt, 1998: 95; Dicey, 1982: xxxvi–cxvii).

То је разлог што легитимацијска снага Горњег дома не може да ојача, као што је тешко развити поверење грађана у аристократско представништво. Други део реформе требало је да буде спроведен 2007. године, како би у његов састав ушли и изабрани представници народа, али то се до данас није десило. Упркос томе што су после 2000. године његови чланови били много активнији у законодавству, подржавајући и предлоге Владе која није потицала из њиховог конзервативног крила, Горњи дом Британског парламента остао је језгро правног традиционализма и политичког конзервативизма.

Последњи у низу покушаја реформи десио се за време актуелног британског премијера *D. Camerona* (2012), који је предложио опсежну реформу „непокретног“ Дома лордова тако што би се 80% његових чланова бирало непосредно, уз смањење броја чланова за скоро половину (његов је предлог био да Дом лордова броји 450 чланова). У том тренутку, Дом лордова је имао 825 чланова који су били именовани од стране политичких партија, док је само 92 члана заслужило своја места по наследном реду, а преосталих 26 су бискупи из англиканске цркве. Ова реформа укључила би, осим изабраних чланова, ограничење трајања мандата на 15 година, који се не би могао обновити. Међутим, премијер је одустао од најављене реформе јер је у сопственој, Конзервативној партији, изгубио подршку са озбиљним претњама да ће цео пројекат пропасти на гласању, да би потом и коалициони партнери (либералне демократе) одустали од истог предлога.<sup>22</sup>

Као резултат делимично спроведене реформе, 2014. и 2015. године донети су парламентарни закони којима се уређује правни статус чланова Дома лордова. Први закон (2014)<sup>23</sup> допустио је члановима овог дома да дају оставку или да се пензионишу, што је до тада било правно немогуће (они су били „непокретни“ чланови, који су у овом дому седели до смрти). Престанак чланства, односно престанак мандата, могућ је ако је почињено тешко кривично дело за које се може изрећи казна затвора од најмање годину дана, као и за чланове Дома лордова који не присуствују седницама током једне годишње сесије. Други парламентарни закон (2015)<sup>24</sup> допустио

---

22 Међутим, британски премијер *D. Cameron* је и сам допринео „пренатрпаности“ Горњег дома, јер је предложио чак 117 чланова за годину дана, чиме је број племића порастао са 666 на 831, колико их је било 2011. године.

23 *House of Lords Reform Act* 2014. ([http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/24/pdfs/ukpga\\_20140024\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/24/pdfs/ukpga_20140024_en.pdf), посећено 25. 06. 2015).

24 *House of Lords (Expulsion and Suspension) Act* 2015. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/14/enacted>, посећено 25. 06. 2015).

је Дому лордова да може било ког свог члана да суспендује или да донесе одлуку о искључењу члана из свог састава.

Упркос бројним покушајима реформе, који су углавном наилазили на одобравање политичке и стручне јавности, на крају је преовладало конзервативно гледиште „против“ реформе које истиче аргумент традиције и потребе одржавања постојећег бикамерализма. Истиче се да би увођење непосредних избора нарушило равнотежу између два дома, што би значило слабљење не само Дома лордова, већ и читавог Парламента (Shell, 2004: 861). До данас, модел се није променио и изабрани представници народа нису ушли у Дом лордова, а сматра се да је недостатак политичке воље у свим британским владама био главни узрок што се нико није латио огромног посла да у потпуности реформише Горњи дом.

#### **4. Дом комуна – представништво народа или региона**

Дом комуна је представништво народа, тј. Доњи дом који је у дугој енглеској историји обезбедио позицију „резервоара власти“ и постао окосница парламентарне суверености.<sup>25</sup> Дом комуна располаже легитимитетом оствареним на непосредним изборима и отуда је „доминантан“ у бикамералној структури Парламента. Он поседује уставни ауторитет и политички капацитет да образује политичку већину од које зависи опстанак владе у њеном мандату. Основна функција Дома комуна је функција репрезентације (он се може назвати народним представништвом), коју је *J. S. Mill* објаснио као „арену у којој се не само мишљење целе нације, већ и сваког њеног дела ... може да изрази у пуном светлу и да изазове дискусију“ (Bradley, Ewing, 2003: 184).

Грађани бирају директно посланике у Дому комуна на изборима по принципу релативне већине, који омогућава да се парламентарни мандати расподеле већ у првом изборном кругу (*first-past-the-post*).<sup>26</sup> Број чланова Дома комуна мењао се и растао од 250 у раном петнаестом веку, преко 670 крајем деветнаестог века, до 707 посланика одмах после Првог светског рата. Независност Ирске утицала је на смањење броја посланика на 615,

---

<sup>25</sup> Значај Доњег дома на почетку двадесетог века са великим заносом описао је Сидни Лоу речима: „Његова честита прошлост, његова историја која одушевљава, његова сјајна традиција, његов још увек младалачки дух и енергија, његов ненадмашни утицај који је вршио као образац парламента, његова нераздвојна веза са животном снагом енглеског народа, његово место као видно средиште, радни мотор нашег устава – све му то даје изузетан положај“ (Лоу, 2010: 71).

<sup>26</sup> У Шкотској од 1998. и Велсу од 2006. године за избор територијалног парламента примењује се мешовити пропорционални систем у коме бирачи располажу са два гласа: један глас иде кандидату, а други глас изборној листи.

а данас у овом Дому седи укупно 650 посланика. За Дом комуна се може рећи да је и даље гломазно представничко тело, чак и за нацију од скоро 59 милиона становника.<sup>27</sup> Мандат чланова Дома комуна мењао је трајање од седам година (1713–1910) до пет година, како је то уредио Закон о Парламенту 1911. године, мада је у оба светска рата мандат био продужен због специфичних ратних услова у којима су се нашли држава и Парламент.

Већински изборни систем, о коме се стално воде полемике и указује на потребу његове реформе, допринео је да се Доњи дом профилише на посебан начин. Тако се у енглеској уставној литератури почетком двадесетог века писало о Дому комуна као представништву „партијских пигмеја“ у поређењу са њиховим слободоумним и независним претходницима из викторијанског доба деветнаестог века.<sup>28</sup> Појава нових и масовних политичких партија обесхрабила је улазак независних и угледних појединаца, а професионализација политике и политичара довела је до тога да је све мањи број изабраних чланова Парламента који уживају углед и поверење како у самом представништву, тако и изван њега.

Бројност представничког дома ограничава могућности за активно учешће сваког посланика у парламентарном процесу. Време за расправу не може бити правично распоређено између чланова Парламента, што изазива додатно такмичење између посланика. Из овога су уследили и неки други проблеми у парламентарном систему, као на пример, структура владе и број функционера (старијих и млађих) који улазе у њен састав. Тако је 2003. године чак 91 функционер владе од укупно 114, колико их има у оба парламентарна дома, седео у Доњем дому Парламента (Rogers, Walters, 2004: 20). Број министарских департмана у влади кретао се између 16 и 24, али њихов број не одговара броју лица која стварно партиципирају у влади. Осим министара, који су изабрани као представници одређене политичке партије и улазе у владу као одговорни за један ресор, постоје лица која су по службеној дужности укључена у састав владе. Зато укупан број чланова владе може да се креће између 125 и 145, рачунајући све оне посланике Дома комуна који су по одређеној функцији укључени у њен рад. Да би се број плаћених министарских функција ограничио, посебним парламентарним актом (*House of Commons Disqualification Act 1975*) регулисано је да највише 95 чланова владе могу бити истовремено чланови Доњег дома. Поред старијих министара (*senior ministers*), што би

27 У односу на број становника један посланик је представник 89.200 становника или 67.358 грађана који имају право да гласају (Rogers, Walters, 2004: 19; Barnett, 2004: 387).

28 До 1880. године у Доњем дому седели су „џентлмени-професионалци“, а њих су у двадесетом веку заменили људи из народа, углавном представници радничке класе (Seaward, Silk, 2004: 141).

одговарало позицији ресорног министра у континенталној влади, постоје тзв. министри Круне (*Ministers of the Crown*), који могу бити носиоци различитих титула (*Her Majesty's Principal Secretaries of State, Lord Chancellor, Chancellor of the Exchequer, President of the Council*) и сви они улазе у састав министарског кабинета (Turpin, 2002: 206).

Покушаји и стварна реформа Доњег дома остваривани су на неколико поља паралелно. Једно од њих била је реформа изборног система који се заснива на геслу „први узима место“ и који датира из 1885. године, а реформе које су током времена спровођене односиле су се само на ширење права гласа (све до успостављања општег бирачког права 1928. године, када је женама признато право гласа), а не и на начин расподеле мандата. Са друге стране, док је у Дому лордова тежиште реформи било на његовом саставу, структури и чланству, дотле се у Дому комуна парламентарна реформа углавном справдила у циљу постизања веће ефикасности и функционалности у његовом раду. У периоду 2001–2005. године постигнути су неки резултати у оквиру опште конституционалне реформе коју је лабуристичка влада започела средином 1997. године. Повећана је функционалност Доњег дома, а он је приближен јавности на тај начин што су избачена нека архаична правила и застареле процедуре, омогућен је лакши приступ јавности преко медијских преноса седница и објављивања извештаја парламентарних одбора, реорганизовано је радно време и олакшано подношење законодавних предлога.

Највећи изазови постављени су пред Доњи дом Британског парламента након деволуције и покретања „енглеског питања“ у процесу уставне реформе. С обзиром на то да од 650 изборних јединица које бирају представнике за Доњи дом, чак 533 се налази у Енглеској, биће тешко наћи конзистентно решење за успостављање равнотеже између регионалних представника и централне власти, коју подржава готово 80% Енглеза. Уколико би се прихватило правило „енглески гласови за енглеске законе“, онда би Доњи дом добио свог близанца који би одлучивао о безмало половини аката у његовој надлежности, а да се притом у парламентарном механизму одговорне владе ништа не мења. Ово су опасни изазови на путу уставне реформе у Уједињеном Краљевству са којима Британски парламент мора да рачуна у процесу модернизације.

## 5. Закључак

Велика уставна реформа у Уједињеном Краљевству, започета 1997. године, није се односила само на Парламент, већ је заузела широко поље од уређења и организације власти до области људских права. Чини се да

је реформа попримила ток каскада, где се једна за другом ређају „беле књиге“ које пишу представници политичких партија, било у влади, било у опозицији и којима се нуде различита решења. На најављене уставне реформе одговара се новим, често и радикалним предлозима, као што је то последњи случај када се на захтеве региона да се у Дому лордова нађу представници изабрани или именовани на територијалном принципу одговорило захтевом „енглески гласови за енглеске законе“. Вестминстер је тако постао упориште озбиљних политичких сукоба око уставне реформе, која не показује знаке да би ускоро могла бити окончана.

Бикамерална структура Вестминстерског парламента остаће још дуго времена предмет пажње како у научној литератури, тако и у политичкој јавности. Трајање и традиција, смештени у правничку крлетку испреплетену од обичаја, уставних конвенција и судског прецедента, обезбеђују функционисање Парламента, за континентални *civil law* систем, у готово немогућим условима. Дом лордова је остао аристократски и само делимично реформисани Горњи дом, који и даље оскудева у изворном легитимитету. Покушаји реформе, којима се најављују обимни захвати у структуру и функције овог Дома, успевали су само делимично, и отуда његова неадаптираност на политичке процесе у британском *common law* систему. Чак и када се постигне правно ограничење традиционалних прерогатива Горњег дома у законодавној власти, његова конзервативна структура успева да одржи утицај на власт која је политички смештена у окриље Доњег дома. Данас, више него икада пре, чланови Горњег дома испољавају своје политичке ставове и организују се по политичкој припадности, али то их не спречава да задрже независне позиције и у неформалном смислу утичу на одлуке Парламента. Заиста је његово обележје „сталност насупротив емоцијама и променљивости“ којој су подложне политичке партије и бирачко тело, па тако он има потенцијал да стабилизује велике осцилације у политичком животу. Најзначајније је то што се у будућности може очекивати промена унутрашње структуре која би требало да, преко присуства тзв. народних перова (изабраних представника грађана), постигне вечиту тежњу да овај Дом поред „аристократског“ добије и „демократски карактер“.<sup>29</sup>

Мада поседује несумњиви легитимитет и релативно високо поверење грађана, Доњи дом Британског парламента налази се пред већим изазовима у уставној реформи у односу на Горњи дом. Захтеви за решавање тзв. енглеског питања и стварање субнационалног „енглеског“ дома унутар

---

29 М. Свирчевић је сматрао да је исход реформе непредвидљив, али да он води у правцу „лагане, али одлучне демократизације Дома лордова и стидљиве федерализације државе“ (Свирчевић, 2009: 5).



Доњег дома, прете да наруше изворне постулате парламентаризма. Одговорност владе пред Парламентом и полагање рачуна Парламента и владе пред грађанима, као основне полуге парламентарног система, биће онемогућене уколико се у народном представништву буде више водило рачуна о територијалној заступљености и о националним питањима. На овај начин, уводе се елементи федерализма који јесте легитимна уставна опција, али она располаже потенцијалом да се развије у нешто много веће што би онемогућило успешно функционисање уставне власти у оквирима традиционалног парламентаризма.

### Литература

- Barendt, E. (1998). *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press
- Barnett, H. (2004). *Constitutional & Administrative Law*. London: Cavendish Publishing Limited
- Blanden, M. (2007). „Parlament Ujedinjenog Kraljevstva i škotska devolucija“. u (V. Pavlović, S. Orlović, ur.). *Dileme i izazovi parlamentarizma*. Beograd: Fakultet političkih nauka. 289–306
- Bogdanor, V. (ed.). (2003). *The British Constitution in the Twentieth Century*. Oxford University Press
- Bogdanor, V. (2009). “The New British Constitution”. (<http://www.gresham.ac.uk/print/2398>)
- Bogdanor, V. (2015). The Crisis of the Constitution: The General Election and the Future of United Kingdom. Report. The Constitution Society. 1–40. (<http://www.consoc.org.uk/2015/02/new-paper-by-vernon-bogdanor-the-crisis-of-the-constitution/>)
- Bradley, A.W., Ewing, K. D. (2003). *Constitutional and Administrative Law*. London: Pearson Longman
- Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund
- Jowell, J. (2006). „The Second Chamber of the United Kingdom’s Parliament: The House of Lords“. in *The Role of the Second Chamber*. Venice Commission. Strasbourg. 56–61
- Lijphart, A. (1999). *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. New Haven and London: Yale University Press

Лоу, С. (2010). *Енглески парламентаризам*. Београд: Правни факултет

MacKenzie, K. (2005). "Tears Before Bedtime` A Lock Beck At The Constitutional Reform Programme Since 1997". *Public Policy and Administration*. Vol. 20. No. 1. 8–19

McKay Commission – Commission on the consequences of devolution for the House of Commons, *Report*, 25. March, 2013. (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130403030652/http://tmc.independent.gov.uk/>)

Ramsay, G. (2014). "The British constitutional reform crisis: a proposal". Open Democracy. (<https://www.opendemocracy.net/ourkingdom/gilbert-ramsay/british-constitutional-reform-crisis-proposal>)

Rogers, R., Walters, R. (2004). *How Parliament Works*. London: Pearson Longman

Russel, M. (2001). "What are Second Chambers for?". *Parliamentary Affairs*. Vol. 54. 442–458

Свирчевић, М. (2009). „Кратак историјат енглеског (британског) парламента и Дома лордова“. *Нова српска политичка мисао*. 30. мај, 2009. 1–6. (<http://www.nspm.rs/savremeni-svet/kakva-je-buducnost-doma-lordova-u-britanskom-poretku.html?alphabet=l>)

Seaward, P. Silk, P. "The House of Commons". in V.Bogdanor (ed.). *The British Constitution in the Twentieth Century*. Oxford University Press. 2004. 139–189

Shell, D. (2004). "The Future of the Second Chamber". *Parliamentary Affairs*. Vol. 57. No. 4. 852–866

Scott, P. (2005). "The Upper Chamber and the Territorial Constitution". UK Const. L. Blog (22nd Jul 2015). (<http://ukconstitutionallaw.org/>)

Shaw, M. (2004). "The British Parliament in International Perspective", *Parliamentary Affairs*. Vol. 57. No. 4. 877–889

Tomkins, A. (2003). *Public Law*. Oxford University Press

Turpin, C. (2002). *British Government and the Constitution*. London: Butterworths LexisNexis

The House of Lords Reform Act 2014. ([http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/24/pdfs/ukpga\\_20140024\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/24/pdfs/ukpga_20140024_en.pdf))

The House of Lords (Expulsion and Suspension) Act 2015. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/14/enacted>)

Coleman, S. (2003). „A Tale of Two Houses: The House of Commons, the Big Brother House and the People at Home“. *Parliamentary Affairs*. Vol. 56. 733–758

Walters, R. (2004). "The House of Lords". in V. Bogdanor (ed.). *The British Constitution in the Twentieth Century*. Oxford: Oxford University Press. 189–237

Wright, T. (2004). „Prospects for Parliamentary Reform“. *Parliamentary Affairs*. Vol. 57. No. 4. 867–876

**Irena Pejić, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

### **THE BRITISH PARLIAMENT: AN EFFORT TOWARDS THE CONSTITUTIONAL REFORM**

#### **Summary**

*The British Parliament is the eldest representative assembly which inspired the development of most European parliamentary systems. This institution provides a framework for the Westminster model of democracy. The Parliament structure is based on bicameralism, including two chambers: the House of Commons and the House of Lords. The two-chamber structure is an integral part of the British parliamentary system. During the last century, many reforms took place regarding the modernization of Parliament. Thus, the number of members of the House of Lord has been reduced in order to ensure more efficiency in the working procedures. However, the House of Commons is still "the dominant House" given its capacity to recruit a political majority which is eligible to control the Cabinet.*

*During the 20<sup>th</sup> century, several waves of reforms engulfed the traditional English parliamentarism and its "unwritten" constitution. Although the reforms have yielded some results, they have not yet produced a constitution in the formal sense. The partially reformed Parliament has not lost the traditional supremacy it was initially vested under the original postulates of the parliamentary sovereignty doctrine. The great constitutional reform in the UK, initiated in 1997, has encompassed not only Parliament but also a vast array of other areas ranging from the state power organization to human rights. In this process, the British Parliament should exercise a dual function: as a subject of reform ("reformer"), as well as an object of reform ("the reformed"). Undoubtedly, the United Kingdom has been facing one of the largest waves of constitutional reforms in its long history, which will sooner or later lead to a constitutional codification in the state whose system is still predominantly based on the historical and "unwritten" constitution.*

**Key words:** *Parliament, House of Lords, House of Commons, Constitution, United Kingdom.*



**Др Драгољуб Тодић\***  
Виши научни сарадник, Институт за  
међународну политику и привреду, Београд

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 628.11:502.211(204)[497.11:4-672EU]

UDK: 341.224(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 30.09.2015.

Рад прихваћен: 18.10.2015.

## **УПРАВЉАЊЕ ВОДНИМ РЕСУРСИМА И ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ СРБИЈЕ**

**Апстракт:** У раду се указује на основне елементе од значаја за разумевање обавеза Републике Србије (РС) које проистичу из процеса придруживања Европској унији (ЕУ), у делу који се односи на управљање водним ресурсима. Општи оквир је одређен значајем водних ресурса за савремене међународне односе, као и правилима којима се регулише процес усклађивања националних прописа са прописима ЕУ. У раду се даје пресек најзначајнијих прописа РС и ЕУ у области управљања водним ресурсима укључујући и статус у међународним уговорима у овој области. Указује се и на правила којима се регулише процес усклађивања прописа. Дају се назнаке о достигнутом нивоу усклађености националних прописа са кључним прописима ЕУ у области управљања водним ресурсима.

Полази се од става да је процес придруживања РС ЕУ основни чинилац који одређује њен актуелни положај и политику у области управљања водним ресурсима. У том контексту управљање водним ресурсима спада у групу прописа ЕУ који се, у оквиру Поглавља 27, најтеже преносе и примењују у унутрашњи правни систем. Констатује се да је процес усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ, за највећи број прописа, отпочео, али ће за достизање потпуне усаглашености бити потребно још неколико година. РС је тренутно чланица свих релевантних међународних мултилатералних уговора у области управљања водним ресурсима, осим Њујоршке конвенције о праву непловидбених коришћења међународних водотокова. Међутим, регулисање билатераних односа са суседним државама и даље се може сматрати једним од питања које би могло бити значајније унапређено.

**Кључне речи:** водно право, управљање водним ресурсима, прописи РС, прописи ЕУ, усаглашавање националних прописа, Поглавље 27, међународни уговори.

\* d.todic@diplomacy.bg.ac.rs

## 1. Увод

У литератури која се бави питањем управљања водним ресурсима, нарочито оним који имају прекогранични карактер, снажно се наглашава значај вода за савремене међународне односе и безбедност. Основни оквири расправе омеђени су, између осталог, и појмовима „природни ресурси“, „рат за ресурсе“, „животна средина“, „климатске промене“, „људска права“, „еколошка безбедност“, „заједничка одговорност“, „правични удео у коришћењу прекограничних водотокова“, „заједничка баштина“, итд. Управљање водним ресурсима, својом ширином и концепцијским дилемама, задире у велики број различитих питања која су повезана са развојем, међународним односима и безбедности у целини (Stucki, 2005; Wolf, 1998, UNEP, 2015). Отуда и расправе о развоју права које за свој предмет регулисања има управљање водним ресурсима, постају или имају тенденцију да постану, на специфичан начин мултидисциплинарне (Cullet, 2011). Између појединачних и заједничких интереса држава императиви међународне сарадње имају своје све јаче упориште и у формалним изворима права (McCaffrey, 2014). У расправама које су посвећене регионалним аспектима управљања водним ресурсима у први план се истичу питања која су повезана са проценама нивоа и карактера угрожености (или потенцијалне угрожености) појединих делова света, где се питање расподеле водних ресурса и начина њиховог коришћења поставља у нарочито изоштреној форми. У европском региону начин и правила управљања водним ресурсима (ЕЕА, 2015: 62–68) су условљени стањем водних ресурса као и решењима садржаним у релевантним регионалним међународним уговорима, специфичностима правног система ЕУ, односно решењима садржаним у изворима права ЕУ, као и извесним специфичностима националног права појединих држава.

За европске интеграције државе која је у процесу придруживања Европској унији (ЕУ), као што је Република Србија (РС), управљање водним ресурсима представља једно од најосетљивијих питања у групи питања која се разматрају у оквиру Поглавља 27. Неколико разлога доприноси томе. Сложеност процеса управљања водним ресурсима и везе између ових питања и других развојних питања, као и (релативно) високи захтеви који проистичу из прописа ЕУ могу се сматрати општим околностима. Лидерске амбиције ЕУ, као међународне организације, у различитим областима у вези са животном средином и климатским променама, отварају нове дилеме за државе које се налазе ван ЕУ, а посебно за државе које имају амбиције да постану чланице ове организације. Остваривање концепта одрживог развоја у условима укупне транзиције привреде и друштва за државе попут РС отежано је бројним специфичним околностима наслеђеним из

прошлости. (Тодић, Димитријевић, 2014). Полазећи од искуства других држава које су постале чланице ЕУ у последњим циклусима проширења ове организације (Тодић, Грбић, Антевски, 2014), може се рећи да је за РС, која се тренутно налази у фази интензивног усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ, управљање водним ресурсима једно од питања које има утицај на различите друге области и бројне привредне гране (пољопривреду, енергетику, саобраћај, туризма, итд). Због тога би се, методолошки посматрано, могло сматрати оправданим претходно расправљати о изазовима повезаним са стањем у привредним гранама кључним за РС, односно у гранама права које се односе на ове привредне гране.<sup>1</sup>

## **2. Усклађивање националних прописа са прописима ЕУ**

Усклађивање националних прописа са прописима ЕУ детерминисано је са више чинилаца. Вероватно је да би у материјалном смислу требало уважавати факторе као што су: расположивост и стање водних ресурса, стање инфраструктуре, власнички односи и структура, институционални капацитети у сектору вода, систем норми којим се уређује читав сет питања од директног и посредног значаја за водне ресурсе, итд.<sup>2</sup> У формалном смислу изгледа да би се четири околности могле сматрати кључним: 1) тренутно стање националних прописа у области управљања водним ресурсима, 2) прописи ЕУ у области управљања водним ресурсима са којима се национални прописи треба да усаглашавају, 3) процедура усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ, и 4) процена нивоа усаглашености националних прописа са прописима ЕУ.

### **2.1. Национални прописи РС у области управљања водним ресурсима**

Централни елемент система националних норми РС у области управљања водним ресурсима чини Закон о водама<sup>3</sup> са десетак подзаконских прописа

---

1 Што значајно превазилази амбиције аутора и простор предвиђен за овај рад.

2 Што превазилази оквире овог рада. У овом раду се опредељујемо за указивање на неколико детерминанти које имају формални или наглашеније формални карактер. Ово, пре свега, због тога што се и сам процес усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ, бар у овој фази ЕУ интеграција, може сматрати више формалним. Спровођење прописа се у методологији праћења напретка одвојено разматра. Осим тога, у преговорима се за спровођење прописа, евентуално, уговрају тзв. прелазни рокови, за разлику од усаглашавања прописа које мора бити у целини обављено пре пријема у организацију (Тодић, Грбић, 2014).

3 *Сл. гласник РС*, 30/10, 93/12.

донетих на основу овог закона или претходног Закона о водама.<sup>4</sup> Важећи закон не препознаје формулацију „управљање водним ресурсима“, али користи формулацију „интегрално управљање водама“. Интегрално управљање водама (за шта се у Закону користи и формулација „управљање водама“), које је дефинисано као „скуп мера и активности усмерених на одржавање и унапређење водног режима, обезбеђивање потребних количина вода захтеваног квалитета за различите намене, заштиту вода од загађивања и заштиту од штетног дејства вода“, предмет је регулисања IV поглавља Закона.<sup>5</sup> Од укупно 228 чланова Закона на поглавље које је означено као „интегрално управљање водама“ отпада 89 чиме су регулисана следећа конкретнија питања: надлежност, начела,<sup>6</sup> територијалне основе за управљање водама (јединствен водни простор, водна подручја, мелиорационо подручје),<sup>7</sup> планска документа за управљање водама (Стратегија управљања водама, План управљања водама, Годишњи програм управљања водама;<sup>8</sup> Водна делатност (уређење водотока и заштита од штетног дејства вода, уређење и коришћење вода, заштита вода од загађивања, издавање и одузимање лиценце).<sup>9</sup>

4 *Сл. гласник РС*, 46/91, 53/93, 67/93, 48/94, 54/96, 101/2005 – др. закон и 30/2010). Међу подзаконским прописима, посебан значај имају следећи: Уредба о утврђивању водопривредне основе Републике Србије (*Сл. гласник РС*, 11/2002), Уредба о утврђивању Општег плана за одбрану од поплава за период од 2012. до 2018. године (*Сл. гласник РС*, 23/2012), Уредба о утврђивању Програма управљања водама у 2015. години (*Сл. гласник РС*, 21/15), Уредба о висини накнада за водеза 2015. годину (*Сл. гласник РС*, 15/15), Уредба о утврђивању мониторинга статуса вода за 2015. годину (*Сл. гласник РС*, 46/15), Уредба о класификацији вода (*Сл. гласник РС*, 5/68), Уредба о категоризацији водотока (*Сл. гласник РС*, 5/68), Уредба о граничним вредностима емисије загађујућих материја у воде и роковима за њихово достизање (*Сл. гласник РС*, 67/2011, 48/2012), Уредба о граничним вредностима загађујућих материја у површинским и подземним водама и седименту и роковима за њихово достизање (*Сл. гласник РС*, 50/2012), итд.

5 Чл. 24–113.

6 Чл. 24, 25.

7 Чл. 26–28.

8 Чл. 29–42.

9 Члан 43–112. Иначе, коришћење вода обухвата коришћење, између осталог и „водних снага за производњу електричне енергије и погон уређаја“, поред коришћења: 1) површинских и подземних вода за снабдевање водом за пиће, санитарно-хигијенске потребе, за потребе индустрије и друге намене; 2) воде за наводњавање; 4) воде за рибање; 5) воде за пловидбу; 6) воде за спорт, рекреацију и туризам (члан 71). Коришћење вода врши се у складу са овим законом и посебним законима и сваки корисник је дужан да воду користи на начин којим се не ускрађује право коришћења вода другим лицима и не угрожавају циљеви животне средине.



Посматрано са становишта циљева „мера и активности“ о којима се говори у Закону, проистиче неколико различитих области деловања које обухвата управљање водним ресурсима. То су: 1) „одржавање и унапређење водног режима“, 2) обезбеђивање потребних количина вода захтеваног квалитета за различите намене, 3) заштита вода од загађивања и 4) заштита од штетног дејства вода. Притом се, под појмом „водни режим“ подразумева „природно и/или људским активностима проузроковано квантитативно и/или квалитативно стање подземних и површинских вода на одређеном простору и у одређеном времену“.<sup>10</sup> Под заштитом вода се подразумева „скуп мера и активности којима се квалитет површинских и подземних вода штити и унапређује, укључујући и од утицаја прекограничног загађења, ради: 1) очувања живота и здравља људи; 2) смањења загађења и спречавања даљег погоршања стања вода; 3) обезбеђења нешкодљивог и несметаног коришћења вода за различите намене; 4) заштите водних и приобалних екосистема и постизања стандарда квалитета животне средине у складу са прописом којим се уређује заштита животне средине и циљеви животне средине.“<sup>11</sup> Заштита од штетног дејства вода обухвата „мере и радове за заштиту од поплава спољним и унутрашњим водама (у даљем тексту: заштита од поплава) и од леда, заштиту од ерозије и бујица и отклањање последица таквог деловања вода.“ Овоме треба додати и дефиницију појма „управљање ризицима од штетног дејства вода“ који обухвата: „израду прелиминарне процене ризика од поплава, израду и спровођење планова управљања ризицима од поплава, општег и оперативних планова одбране од поплава, спровођење редовне и ванредне одбране од поплава, спровођење одбране од леда на водотоцима и заштиту од ерозије и бујица.“<sup>12</sup>

Полазећи од свих елемената горе наведене дефиниције појма „интегрално управљање водама“ јасно је да би већи број прописа у различитим другим областима могао имати одређен значај за ова питања. У групи прописа који за свој основни предмет регулисања, према уобичајној класификацији, немају примарно питања која се односе на управљање водним ресурсима, значајан број њих се на различите начине односе на ова питања или могу бити значајни за њих. Посебну пажњу заслужују прописи у неколико јасно препознатљивих група. То су: сви прописи који се односе на област животне средине (нарочито прописи којима се регулише управљање отпадом, заштита природе, индустријско загађење, управљање хемикалијама, хоризонтално законодавство, итд), прописи у

---

10 Чл. 3, т. 10.

11 Чл. 92.

12 Чл. 45.

области енергетике (нарочито група прописа која се односи на обновљиве изворе енергије, односно коришћење хидропотенцијала), прописи у области рударства и геолошких истраживања (нарочито у делу који се односи на подземне воде), прописи у области изградње и просторног планирања, прописи у области пољопривреде (нарочито прописи којима се регулише област наводњавања и одводњавања), прописи којима се регулише област комуналних делатности, прописи у области ванредних ситуација, здравства, прописи у области пословања и инвестиција, итд. Питање међусобне усаглашености ових прописа и прописа у области вода заслужује да буде детаљније анализирано.

У расправи о националним прописима у области управљања водним ресурсима одабир питања која могу бити посебно и знатно детаљније анализирана суочен је са више дилема методолошког карактера. Ипак, једно од интересантних питања које, без обзира на методолошки приступ, залужује да се на њега укаже је повезано са могућности да се на природном добру може стећи концесија или право коришћења, односно искоришћавања, односно да се на добрима у општој употреби може стећи право предвиђено посебним законом (концесија, закуп и сл.). Притом би требало имати у виду да је развој стања у области управљања водним ресурсима (и другим природним богатствима) под снажним утицајима ширих глобализацијских процеса, без обзира у које се формалне оквире поједина законодавна решења стављала и без обзира на који начин се она образлагала. Земље попут Србије немају могућности да реално сагледају економске, безбедносне и социјалне последице појединих важећих законских решења (укључујући и решења садржана у управо предложеним изменама и допунама Закона о водама). Будућност начина управљања водним ресурсима води ка моделима који су на специфичан начин међусобно и на први поглед контрадикторни (нпр. у неким елементима централизација а у неким потпуна децентрализација, итд), али и „фино“ интернационализовани у смислу јачања компетенција међународних институција и губитка елемената традиционално схваћеног суверенитета држава. У таквим околностима специфична социјална (класна) фрагментација биће радикално заостравана са различитим последицама које такав модел располагања природним ресурсима може да има на социјалну стабилност појединачних друштва. Ригидност таквог развоја ситуације може до извесног нивоа бити ублажена одређеним инструментима којима организације, као што је ЕУ, располажу.

## 2.2. Прописи ЕУ у области управљања водним ресурсима

Надлежност и циљеви ЕУ у области управљања водним ресурсима део су укупне надлежности које ове организација има у области животне средине која је дефинисана релевантним одредбама Лисабонског уговора (Тодић, Грбић, 2012; Vedder, 2010). Надлежност ЕУ у области животне средине дефинисана је експлицитно чланом 4 Уговора о функционисању ЕУ и то као подељена надлежност између Уније и држава чланица. Дакле, послови и активности у области животне средине су у истој групи као и активности у области економске, социјалне и територијалне кохезије, пољопривреде и рибарства (осим очувања морских биолошких ресурса), заштите потрошача, транспорта, енергетике, трансевропских мрежа, нека питања у области јавног здравља, итд.

Важеће прописе ЕУ који се односе на заштиту и управљање водама чини 39 различитих аката.<sup>13</sup> Или, према другој методологији листа прописа обухвата 51 основни пропис са бројним изменама и допунама – који су на снази.<sup>14</sup> Према основном предмету свога регулисања, односно, према основном предмету заштите, све најзначајније изворе ЕУ у области заштите вода могли би груписати на неколико група: прописи којима се регулише питање емисије опасних супстанци у површинске воде, прописи којима се утврђују циљеви квалитета вода, прописи којима се регулише третман урбаних отпадних вода, прописи у области заштите река, прописи који се односе на заштиту подземних вода, прописи којима се регулише заштита мора од загађивања.

Основни концепцијски прилаз политике у области вода у ЕУ дефинисан је у Директиви Европског парламента и Савета 2000/60/ЕЦ којом се успоставља оквир за деловање Заједнице у области политике вода.<sup>15</sup> Листа најзначајнијих прописа ЕУ укључује, између осталог, и Директиву 2008/105/ЕЗ Европског парламента и Већа од 16. децембра 2008. о нормама квалитета животне средине у области политике вода,<sup>16</sup> Директиву о ква-

---

13 За сажетке појединих прописа видети на сајту:[http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/environment.html?root\\_default=SUM\\_1\\_CODED%3D20,SUM\\_2\\_CODED%3D2006&obsolete=false](http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/environment.html?root_default=SUM_1_CODED%3D20,SUM_2_CODED%3D2006&obsolete=false) (19. 9. 2015).

14 Directory of European Union legislation, As at 12/09/2015, 22–28.<http://eur-lex.europa.eu/browse/pdf/directories/legislation.html?file=chapter%2015.pdf&classification=in-force> (19. 9. 2015).

15 Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (*OJ L 327, 22. 12. 2000, 1–73*). За превод на српски језик видети: Републичка дирекција за воде (2005).

16 Directive 2008/105/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on environmental quality standards in the field of water policy, amending and subsequently

литету воде намењене за људску потрошњу 98/83/ЕЦ,<sup>17</sup> Директиву 2006/7/ЕЗ о управљању квалитетом воде за купање,<sup>18</sup> Директиву о води за љускаре (2006/113/ЕЦ),<sup>19</sup> Директиву о загађивању узрокованом неким опасним материјама испуштеним у водену животну средину Заједнице (2006/11/ЕЗ),<sup>20</sup> Директиву Савета 91/271/ЕЕЗ о пречишћавању комуналних отпадних вода,<sup>21</sup> Директиву 2006/118/ЕЗ Европског парламента и Већа од 12. децембра 2006. о заштити подземних вода од загађивања и деградације,<sup>22</sup> Директиву о заштити вода од загађивања изазваног нитратима из пољопривредних извора (91/676/ЕЕЦ),<sup>23</sup> Директиву 2007/60/ЕЗ о процени и управљању поплавним ризицима,<sup>24</sup> итд.

### **2.3. Процедура усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ**

Једна од основних карактеристика стања националних прописа у области управљања водним ресурсима повезана је са чињеницом да се они налазе у процесу интензивног усаглашавања са прописима ЕУ већ неколико година. Највећа група прописа релевантна за управљање водним ресурсима усвојена је 2009. године, иако је процес усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ почео неколико година раније. Тада је усвојен већи број закона у области животне средине, управо на

---

repealing Council Directives 82/176/EEC, 83/513/EEC, 84/156/EEC, 84/491/EEC, 86/280/EEC and amending Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council (*OJ L 348, 24. 12. 2008. 84–97*).

17 Council Directive 98/83/EC of 3 November 1998 on the quality of water intended for human consumption (*OJ L 330, 5.12.1998, 32–54*).

18 Directive 2006/7/EC of the European Parliament and of the Council of 15 February 2006 concerning the management of bathing water quality and repealing Directive 76/160/EEC (*OJ L 64, 4. 3. 2006, 37–51*).

19 Directive 2006/113/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the quality required of shellfish waters (codified version) (*OJ L 376, 27. 12. 2006, 14–20*).

20 Directive 2006/11/EC of the European Parliament and of the Council of 15 February 2006 on pollution caused by certain dangerous substances discharged into the aquatic environment of the Community (Codified version) (*OJ L 64, 4. 3. 2006, 52–59*).

21 Council Directive 91/271/EEC of 21 May 1991 concerning urban waste-water treatment (*OJ L 135, 30. 5. 1991, 40–52*).

22 Directive 2006/118/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the protection of groundwater against pollution and deterioration (*OJ L 372, 27. 12. 2006, 19–31*).

23 Council Directive 91/676/EEC of 12 December 1991 concerning the protection of waters against pollution caused by nitrates from agricultural sources (*OJ L 375, 31. 12. 1991, 1–8*).

24 Directive 2007/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on the assessment and management of flood risks (*OJL, 288, 6. 11. 2007, 27–34*).

трагу матрице о усаглашавању националних прописа са прописима ЕУ. Важећи Закон о водама из 2010. године, такође је припремљен и усвојен са превасходним циљем усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ. Отуда нормативни оквир који регулише саму процедуру усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ представља изузетно значајно питање. Поступак усклађивања националних прописа са прописима ЕУ је регулисан Пословником Владе.<sup>25</sup> Поред Устава, за поступак усаглашавања националних прописа основни значај имају Закон о државној управи,<sup>26</sup> Закон о Народној скупштини,<sup>27</sup> Пословник Народне скупштине РС,<sup>28</sup> Јединствена методолошка правила за израду прописа,<sup>29</sup> итд. Са више аргумената се може расправљати о неким слабостима процеса (Тодић, Драгишић, 2014). Један део могућих приговора повезан је са (не)могућности учешћа заинтересоване јавности у процедури припреме прописа и њиховом усвајању, као и транспарентности целог поступка. Други део се односи на место и улогу анализе ефеката прописа. И поред постојања анализе ефеката прописа (као формалног инструмента), одсуство јасне обавезе сагледавања стварних могућности привреде и друштва да примене неки пропис може се сматрати једном од кључних слабости постојећег система усаглашавања националних прописа. Једним од спорних елемената се може сматрати и могућност која је остављена предлагачу закона да уопште не достави анализу ефеката закона (чак ни такву анализу каква се тренутно примењује).<sup>30</sup> Иако предлагач закона у тим ситуацијама има обавезу да то „посебно образложи“, може се поставити питање каквог значаја то образложење има са становишта квалитета законског предлога, односно могућности да се контролишу разлози због којих предлагач процењује да не треба да приложи анализу ефеката закона. Процедури се може приговорити и са становишта транспарентности, укључујући и могућност јавности да приступи табелама усклађености националних прописа са прописима ЕУ, као докумената који се прилажу уз предлог закона. Иако се они све чешће могу пронаћи уз документацију која прати предлог закона, постоји пракса где то изостаје. Посебан проблем у вези са усаглашавањем прописа може да представља и пракса усвајања закона по хитном поступку.

---

25 *Сл. гласник РС*, 61/06, 69/08, 88/09, 33/10, 69/10, 20/11, 37/11, 30/13.

26 *Сл. гласник РС*, 79/2005, 101/2007, 95/2010.

27 *Сл. гласник РС*, 9/10.

28 *Сл. гласник РС*, 52/10.

29 *Сл. гласник РС*, 21/10.

30 За досадашњу праксу видети мишљења Републичког Секретаријата за јавне политике. <http://www.rsjp.gov.rs/misljenje/2015> (24. 9. 2015).

#### **2.4. Процене нивоа усаглашености националних прописа са прописима ЕУ**

У последњим проценама Европске комисије (2014) констатује се, између осталог, да су неопходна знатна улагања како би се модернизовали капацитети за прераду воде за пиће у свим врстама агломерација. „Стратешко планирање улагања у смањење загађења воде и даље је отежано због непостојања националне стратегије за заштиту вода“.<sup>31</sup> „Непостојање постројења за прераду отпадних вода у Београду ограничава обухват улагања у прераду отпадних вода у узводним градским агломерацијама. У међувремену није било даљег проширења мреже за мониторинг. Потребно је знатно ојачати капацитете Дирекције за воде Министарства пољопривреде како би она управљала преношењем и применом обимног законодавства ЕУ о водама. Снажне поплаве које су се догодиле у мају показују да је неопходно брзо побољшање система и инфраструктуре за спречавање поплава и управљање водама“ (Европска комисија, 2014: 100, 101). Планирано је да потпуно усклађивање националних прописа са прописима ЕУ, за највећи део прописа, буде остварено до 2018. Године (Канцеларија за европске интеграције, 2014). Ради даљег усаглашавања са прописима ЕУ припремљене су и значајне измене и допуне постојећег Закона о водама и оне се налазе у процесу јавне расправе. Процене нивоа тренутне транспонованости појединачних прописа ЕУ у национални правни систем показују да се ради о различитим нивоима. Тако, на пример, процењује се да је Директива 2000/60/ЕЦ, којом се успоставља оквир за деловање Заједнице у области политике вода, као кључни општи пропис ЕУ у области вода, транспонована у прописе РС око 78% (Министарство пољопривреде и заштите животне средине, 2015). Директива 91/271/ЕЕЦ, која се тиче третмана урбаних отпадних вода је само делимично транспонована у правни систем РС (39%) преко одредаба Закона о водама, Правилника о емисијама у граничне вредности воде, итд. А потпуно транспновање очекује се 2018. Скроман степен транспновања остварен је у односу на Директиву 2006/118/ЕЦ о заштити подземних вода (30%). Потпуно транспновање очекује се крајем 2018. године. Директива о води за пиће (98/83/ЕЦ) транспонована је око 60% и то преко Закона о водама, Закона о здравственој заштити, Закона о безбедности хране, Правилника о хигијенској безбедности пијаће воде и осталих подзаконских прописа. Најнижи ниво транспозиције је остварен у погледу Директиве 2008/105/ЕЦ о стандарду квалитета животне средине у области политике вода (10%). Пуна транспозиција се очекује до краја 2018. Низак ниво транспозиције

31 Нацрт стратегије управљања водама на територији Републике Србије налази се у фази јавне расправе и очекује се да, након тога, Стратегија буде усвојена.

је достигнут и са Директивом о нитратима (91/676/ЕЦ) – око 14%. Пуна транспозиција, ако се очекује до краја 2018. Директива 86/278/ЕЕЦ о заштити животне средине и посебно земљишта, када се канализациони муљ користи у пољопривреди, је такође у раним фазама транспозиције (15%), а потпуна транспозиција се очекује до краја 2018. године. Директива 2006/7/ЕЦ о управљању квалитетом воде за купање је, такође, у раним фазама транспозиције (око 20%). Процене указују да је око 79% Директиве о процени и управљању ризицима од поплава (2007/60/ЕЦ) транспоновано у правни систем РС. Оперативни план Владе из 2015. предвиђа доношење нових прописа и мера у овој области, а пуна транспозиција Директиве ће бити достигнута 2018. године.

### **3. Међународни уговори у области управљања водним ресурсима**

#### ***3.1. ЕУ и међународни уговори у области управљања водним ресурсима***

Други сегмент усклађивања националних прописа са прописима ЕУ повезан је са питањем чланства РС у одговарајућим међународним уговорима. Општа правила међународног права у области заштитевода (Salman 2007, Bourne 1996) установљена су одредбама неколико међународних уговора у којима су Заједница и државе чланице стране уговорнице. У делу међународних уговора који се односе на заштиту и управљање рекама неколико њих, у којима је Заједница страна уговорнице, заслужује посебну пажњу. То су: Бонска конвенција за заштиту Рајне од хемијског загађивања, Споразум из Регенсбурга о сарадњи и одрживом управљању водним ресурсима Дунавског базена, Магдебуршка конвенција о Међународној комисији за заштиту Елбе, Софијска конвенција о сарадњи за заштиту и одрживо управљање реком Дунав, Конвенција о Међународној комисији за заштиту Одре од загађивања, Одлука Савета 95/308/ЕЦ о закључивању, под покровитељством Заједнице, Конвенције о заштити и коришћењу прекограничних водотока и међународних језера (Хелсиншка конвенција, 1992). Неки од наведених међународних уговора од непосредног су значаја за РС и питање чланства РС у њима се сматра приоритетним.

Међу изворима права који регулишу питања заштите мора од загађивања најзначајнијим се могу сматрати одлуке које се односе на потврђивање међународних уговора, односно прихватање и разраду обавеза из међународних уговора и то: Одлука Савета 75/437/ЕЕЦ о одобравању Конвенције о спречавању загађивања мора са копнених извора (Париска

конвенција)<sup>32</sup>, Одлука Савета 85/613/ЕЕЦ о усвајању, под покровитељством Комисије, програма и мера у вези са испуштањима живе и кадмијума у оквиру Конвенције о спречавању загађивања мора са копнених извора,<sup>33</sup> Одлука Савета 77/585/ЕЕЦ о закључивању Конвенције за заштиту Средоземног мора од загађивања,<sup>34</sup> Одлука Савета 84/358/ЕЕЦ, која се тиче закључивања Споразума о сарадњи у решавању загађења Северног мора уљем и другим штетним супстанцама,<sup>35</sup> Одлука Савета 93/350/ЕЕЦ, која се тиче споразума о сарадњи за заштиту обала и вода Североисточног Атлантика од загађења, Одлука Савета 94/156/ЕЦ о приступању Заједнице Конвенцији о заштити морске животне средине подручја Балтичког мора (Хелсиншка конвенција, 1974),<sup>36</sup> Одлука Савета 94/157/ЕЦ о закључивању, под покровитељством Заједнице, Конвенције за заштиту морске средине подручја Балтичког мора (Хелсиншка конвенција, 1992),<sup>37</sup> Одлука Савета 98/249/ЕЦ од 7. октобра 1997. године о закључивању Конвенције о заштити морске средине Североисточног Атлантика (Париска конвенција),<sup>38</sup> итд. У овом делу прописа ЕУ, за РС се најзначајнијим се може сматрати уговор који се односи на заштиту Средоземног мора од загађивања.

---

32 75/438/ЕЕЦ: Council Decision of 3 March 1975 concerning Community participation in the Interim Commission established on the basis of Resolution No III of the Convention for the prevention of marine pollution from land-based sources, (OJ L 194, 25/07/1975, 0022 – 0022).

33 85/613/ЕЕЦ: Council Decision of 20 December 1985 concerning the adoption, on behalf of the Community, of programmes and measures relating to mercury and cadmium discharges under the convention for the prevention of marine pollution from land-based sources, (OJ L 375, 31. 12. 1985, 20–44).

34 77/585/ЕЕЦ: Council Decision of 25 July 1977 concluding the Convention for the protection of the Mediterranean Sea against pollution and the Protocol for the prevention of the pollution of the Mediterranean Sea by dumping from ships and aircraft, (OJ L 240, 19. 9. 1977, 1–2). У вези са овим језакључено неколико протокола и измена протокола.

35 84/358/ЕЕЦ: Council Decision of 28 June 1984 concerning the conclusion of the Agreement for cooperation in dealing with pollution of the North Sea by oil and other harmful substances, (OJ L 188, 16/07/1984, 0007 – 0016).

36 94/156/ЕЦ: Council Decision of 21 February 1994 on the accession of the Community to the Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area 1974 (Helsinki Convention), (OJ L 73, 16. 3. 1994, 1–1).

37 94/157/ЕЦ: Council Decision of 21 february 1994 on the conclusion, on behalf of the Community, of the Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area (Helsinki Convention as revised in 1992), (OJ L 73, 16. 3. 1994, 19–19).

38 98/249/ЕЦ: Council Decision of 7 October 1997 on the conclusion of the Convention for the protection of the marine environment of the north-east Atlantic, (OJ L 104, 3. 4. 1998, 1–1).



### **3.2. Чланство РС у међународним уговорима у области управљања водним ресурсима**

Као што је већ назначено, релевантност питања чланства РС у међународним уговорима у области управљања водним ресурсима за процес ЕУ интеграција проистиче из више околности међу којима се најочигледнијом може сматрати она која је повезана са чињеницом да су ЕУ, као организација, или државе чланице појединачно, чланице одређеног броја међународних уговора. На тај начин се питање чланства у неком међународном уговору државе кандидата за чланство у ЕУ на изванредан начин изједначава са питањем усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ, односно појављује се као елемент од значаја за чланство у овој организацији. (Тодић, 2015: 34–53). Притом би требало имати у виду да није безначајна чињеница да је ограничен број држава чланица ЕУ ратификовао поменути међународни уговор.

А) У основи чланство РС у међународним уговорима у области управљања водним ресурсима треба посматрати као део укупног чланства у међународним уговорима у области животне средине и другим сродним областима (Vukasović, Todić, 2012: 63–68). Као што се види из Табеле 1, РС је чланица кључних међународних мултилатералних уговора у области управљања водама. Ипак, треба констатовати да РС није чланица Конвенције о праву непловидбених коришћења вода, која је недавно ступила на снагу. Од регионалних мултилатералних уговора РС није чланица Конвенције о заштити Црног мора од загађивања.

*Табела 1. Статус РС и ЕУ у међународним уговорима у области управљања водним ресурсима*

	ЕУ	СР
Конвенција о праву непловидбених коришћења вода (1997)	-	-
Конвенција о заштити и коришћењу прекограничних водотокова и међународних језера (1992)	+	+
Амандмани на члан 25. и 26. Конвенције о заштити и коришћењу прекограничних водотокова и међународних језера (2003)	+	+
Протокол о води и здрављу (1999)	<sup>39</sup>	+

<sup>39</sup> Међутим, већина држава чланица ЕУ су чланице Протокола. То су: Белгија, Хрватска, Чешка, Естонија, Француска, Немачка, Мађарска, Литванија, Летонија, Луксембург, Холандија, Португалија, Румунија, Словачка, Шпанија.

Протокол о грађанској одговорности и надокнади штете проузроковане прекограничним ефектима индустријских удеса на прекограничним водама (2003)	- <sup>40</sup>	-
Конвенција о сарадњи за заштиту и одрживо коришћење реке Дунав (1994)	+ <sup>41</sup>	+
Оквирни споразум за слив реке Саве (2002)	- <sup>42</sup>	+
Споразум о заштити вода река Тисе (1990)	- <sup>43</sup>	+
Конвенција о заштити морске средине и обалних региона Средоземног мора од загађивања (1976) са протоколима	+	-
Конвенција о заштити Црног мора од загађивања	- <sup>44</sup>	-

Извор: сајтови међународних уговора (статус чланства)

Б) РС је чланица кључних међународних мултилатералних уговора у области животне средине, од значаја за управљање водама, глобалног и регионалног карактера. То укључује, између осталог, Конвенцију о мочварама које су од међународног значаја, нарочито као станишта птица мочварица,<sup>45</sup> Конвенцију о биолошкој разноврсности,<sup>46</sup> Картагена протокол о биолошкој заштити уз Конвенцију о биолошкој разноврсности, са анексима,<sup>47</sup> Конвенцију о очувању миграторних врста дивљих животиња,<sup>48</sup> Конвенцију о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта Европе,<sup>49</sup> Конвенцију о заштити и одрживом развоју Карпата,<sup>50</sup> Протокол о заштити и одрживом коришћењу биолошке и предеоне разноврсности уз Оквирну конвенцију о заштити и одрживом развоју Карпата,<sup>51</sup> Протокол о одрживом управљању шумама уз Оквирну конвенцију о заштити и одрживом развоју Карпата,<sup>52</sup> Протокол о одрживом

40 Од чланица ЕУ до сада је једино Мађарска ратификовала.

41 Од држава чланица ЕУ, стране уговорнице су: Аустрија, Бугарска, Чешка Република, Немачка, Мађарска, Румунија, Словачка, Словенија.

42 Од држава ЕУ чланица, стране уговорнице Споразума су једино Словенија и Хрватска.

43 Од ЕУ-27 држава, ратификовале Мађарска, Румунија и Словачка.

44 Од држава ЕУ, чланице су Бугарска и Румунија. Остале чланице су: Украјина, Грузија, Руска Федерација, Турска.

45 Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, 9/77.

46 Сл. лист СРЈ – Међународни уговори, 11/01.

47 Сл. лист СЦГ – Међународни уговори, 16/05.

48 Сл. гласник РС – Међународни уговори, 102/07.

49 Сл. гласник РС – Међународни уговори, 102/07.

50 Сл. гласник РС – Међународни уговори, 102/07.

51 Сл. гласник РС – Међународни уговори, 1/13.

52 Сл. гласник РС – Међународни уговори, 5/15.

туризму уз Оквирну конвенцију о заштити и одрживом развоју Карпата,<sup>53</sup> Европску конвенцију о пределу,<sup>54</sup> итд.

В) Иако питање билатералних односа са појединим државама није на исти начин релевантно за процес ЕУ интеграција као што је случај са мултилатералним уговорима, односно није непосредно упоредиво са стањем чланства у мултилатералним уговорима у области управљања водним ресурсима, оно не може бити игнорисано из више разлога.<sup>55</sup> Односи РС са суседним државама у области управљања водним ресурсима регулисани су нормама садржаним у билатералним споразумима из ранијег периода закљученим са неким суседним државама. Таква је ситуација са Мађарском, Румунијом и Бугарском. У погледу регулисања односа са суседним државама бившим чланицама СФРЈ, РС нема регулисане односе ни са једном државом из ове групе. Највећи помак у погледу регулисања билатералних односа учињен је припремним активностима ради закључивања споразума са Хрватском.

#### 4. Закључак

Сложеност управљања водним ресурсима проистиче, највећим делом, из растућег значаја вода и системских веза које постоје између управљања водним ресурсима и различитих привредних грана. Отуда и разумевање норми водног права подразумева узимање у обзир норми из различитих других грана. На постојећа решења у националном законодавству треба посматрати у контексту ширих глобализацијских изазова управљања природним ресурсима који делују ограничавајуће на могућности јаснијег профилисања и уважавања специфично националних интереса. Транзициони карактер норми у области водног права везује се углавном за текући процес ЕУ интеграција. За ову фазу ЕУ интеграција РС кључном

---

53 *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 5/15.

54 *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 4/2011.

55 Питање веза између билатералних и мултилатералних уговора је посебно питање. Билатералним уговорима се прецизније уређују поједина питања која су од непосредног значаја само за две државе, али начин њиховог уређивања (или не регулисања) може имати утицај на остваривање циљева који су непосредно повезани са мултилатералним уговорима, односно прописима ЕУ секундарног карактера када се ради о државама кандидатима за чланство у ЕУ. Отуда се и питање постојања билатералних уговора и начин њиховог (не)спровођења узимају као један од чинилаца који има значај за управљање водним ресурсима у целини, односно процес усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ, односно ЕУ интеграције. Овоме би требало додати и околности које проистичу из чињенице да су неке државе суседи РС са којима постоје услови за закључивање споразума, чланице ЕУ или су у процесу приступања.

детерминантом може се сматрати процес усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ, где су уочени одређени проблеми који се везују за транспарентност поступка, учешће јавности и примену анализе ефеката прописа. У контексту процеса усаглашавања прописа усвојен је Закон о водама (2010), који представља централни елемент система управљања водним ресурсима. Ради даљег усаглашавања са прописима ЕУ, припремљене су измене и допуне овог закона. Читав сет прописа у области животне средине усвојен је у последњих неколико година са искључивим циљем транспоновања релевантних прописа ЕУ у национални правни систем. Остварен је различит ниво транспоновања прописа ЕУ. За један део прописа ЕУ остварен је значајан напредак, али се један део њих налази у почетној фази. Предвиђено је да се овај процес заврши до 2018. године. У погледу чланства у релевантним међународним уговорима може се констатовати да је РС чланица кључних међународних уговора у области управљања водним ресурсима, од значаја за регион у којем се налази. Ипак, РС није чланица Њујоршке конвенције о праву непловидбених коришћења међународних водотокова, али то питање у овој фази не би требало да представља значајнији проблем будући да се ради о уговору који је прошле године ступио на снагу. Међутим, стање билатералног регулисања односа у области управљања водама са суседним државама не може се сматрати задовољавајућим.

## Литература

Bourne B. C. (1996). The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law, *Natural Resources Journal*, Vol. 36, Spring, 155–216.

Cullet, P. (2011). Water Law in a Globalised World: the Need for a New Conceptual Framework, *Journal of Environmental Law*, 23:2/, 233–254.

Directory of European Union legislation, As at 12/09/2015, 22–28. <http://eur-lex.europa.eu/browse/pdf/directories/legislation.html?file=chapter%2015.pdf&classification=in-force> (19. 9. 2015).

Европска комисија (2014). Извештај о напретку, Република Србија, 2014, који прати Саопштење комисије упућено Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона, Стратегија проширења и кључни изазови за период 2014–2015. {ЦОМ (2014) 700 коначни}, привремено коначна верзија, Брисел [http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu\\_dokumenta/godisnji\\_izvestaji\\_ek\\_o\\_napretku/Izvestaj\\_o\\_napretku\\_dec14.pdf](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/Izvestaj_o_napretku_dec14.pdf) (22. 4. 2015).

ЕЕА (2015). *The European environment — state and outlook 2015: synthesis report*, European Environment Agency, Copenhagen.

Канцеларија за европске интеграције (2014). *Национални програм за усвајање правних тековина Европске уније 2014–2018*, Београд, 756–851, 435–454.

McCaffrey, S.C. (2014). International Water Cooperation in the 21st Century: Recent Developments in the Law of International Watercourses, *Review of European Community & International Environmental Law*, 23 (1), 4–14.

Министарство пољопривреде и заштите животне средине (2015). *Пост Скрининг документ – животна средина и климатске промене*, Радна верзија, Београд.

Републичка дирекција за воде (2005). *Директиве Европске уније о водама*, Београд.

Salman M.A.S. (2007). The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law, *Water Resources Development*, Vol. 23(4), 625–640.

Stucki, P. (2005). *Rethinking the Nexus between Water Scarcity and Armed Conflict - Water Wars or Water Peace?*, PSIS Occasional Paper I Number 3/2005, Programme for Strategic and International Security Studies, Geneva: The Graduate Institute of International Studies

Тодић, Д. (2015). Међународни уговори, услови за чланство у Европској унији и Република Србија, *Европско законодавство*, бр. 51/2015, стр. 34–53.

Тодић, Д., Драгишић, Н. (2014). ЕУ и Србија: од обавезе усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ и њихове примене до прелазних рокова, *Европско законодавство*, 47–48, 30–39.

Тодић, Д., Грбић, В., Антевски М. (2014). Придруживање Европској унији и одрживи развој, Београд: Институт за међународну политику и привреду.

Тодић, Д., Грбић, В. (2014). Економско-географски аспекти анализе прелазних рокова у уговорима о приступању Европској унији, *Мегатренд ревија*, 11(1), 53–72.

Тодић, Д., Грбић, В. (2012). Лисабонски уговор и политика и прописи ЕУ у области животне средине, *Европско законодавство*, 41, 70–83.

Todić, D., Dimitrijević, D. (2014). Priority goals in international co-operation of the Republic of Serbia in the field of environment and sustainable development,

*International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*: 14(2).163–179.

UNEP (2015). *Freshwater Law and Governance: Global and Regional Perspectives for Sustainability*, Nairobi.

Vedder H. (2010). The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy, *Journal of Environmental Law*, doi: 10.1093/jel/eqq001 First published online: February 24, 2010.

Vukasović, V., Todić, D. (2012). *Environmental Law in Serbia*, Kluwer Law International BV Wolf, T. A. (1998). Conflict and cooperation along international waterways, *Water Policy*, 1/2, 251–265.

***Dragoljub Todić, Ph.D.***

*Senior Research Associate,*

*Institute of International Politics and Economics, Belgrade*

## **WATER RESOURCES MANAGEMENT AND EUROPEAN INTEGRATION OF SERBIA**

### ***Summary***

*The paper points to the main elements important for understanding the obligations arising from the process of accession of the Republic of Serbia (RS) to the European Union (EU) as related to water resources management. The general framework is determined by the importance of water resources for contemporary international relations as well as the rules governing the process of harmonizing the national legislation with the EU legislation. This paper provides an overview of the most important regulations of the RS and the EU in the field of water resources management, including its status in international treaties. Drawing upon the rules governing the harmonization process, the paper provides indicators of the achieved level of compliance of national legislation with key EU regulations in the field of water resources management.*

*The provided analysis is based on the premise that the process of joining the EU is the main factor that determines the current position and policy of RS in the field of water resources management. In that context, management of water resources falls into the group of EU regulations which are, within the framework of Chapter 27, most difficult to transpose and apply in the internal legal system. Although the process of harmonizing the national legislation with the EU legislation has been underway as regards a vast number of regulations, the process of reaching full*

*compliance is likely to take a couple of years. Concurrently, it has been estimated that the full implementation of legislation harmonized with the EU legislation will take at least two decades, primarily due to the substantial financial resources to be invested in the development of water infrastructure. In terms of participation in the activities undertaken within the framework of international agreements in the field of water resources management and the state's membership in relevant international treaties, it is noted that in the last decade the RS has managed to counterbalance the delay which was, for the most part, a consequence of the circumstances generated in the last decade of the 20<sup>th</sup> century. The RS is currently a state party to all the relevant international multilateral agreements in the field of water resources management, except for the New York Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses. However, regulation of bilateral relations with neighboring countries is still considered to be one of the issues that could be significantly improved.*

**Keywords:** water law, water management, RS regulations, EU regulations, harmonization of national legislation, Chapter 27, international agreements.





**Др Сузана Медар,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 340(4-672EU)

Рад примљен: 29.06.2015.

Рад прихваћен: 06.10.2015.

## **СКИЦА ЗА ПРОМИШЉАЊЕ ОПШТИХ НАЧЕЛА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ\*\***

*Књиге проповедају Реч и Дух. Ако ти ко указује част, а твоју реч и дух не поштује, а други опет поштује све троје, који ти, дакле, од њих двојице боље указује част?*

*Константин Философ, Хазарски речник*

**Апстракт:** Општа правна начела су правила која одражавају елементарне појмове права и правосуђа које мора да поштује сваки правни систем. Она представљају један од најважнијих извора права Европске уније, јер омогућавају да се попуне правне празнине и разреше питања тумачења постојећег права на најправеднији начин. Начела обухватају и гарантовање основних људских права, посебно након Лисабонског уговора из 2007. године, на основу кога је Повеља Европске уније о основним правима стекла статус конститутивног акта. Независно од основа њиховог утемељења, одлучујућу улогу у стварању, развоју и конкретизацији свих општих правних начела ЕУ има Суд ЕУ. Нека од општих правних начела ЕУ су: начело легалитета, начело правне сигурности, начело савесности и поштења, начело права на саслушање, начело супсидијарности, начело пропорционалности, начело забране дискриминације, начело самосталности и надређености права ЕУ.

**Кључне речи:** извори права, општа правна начела Европске уније.

---

\* medars@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године."

## 1. Увод

Помак из „предворја“ у главне „одаје“ Европске уније претпоставља за сваког претендента на чланство добро познавање независног правног система ове организације. У оквиру једне кратке дигресије, није наодмет подвући мишљење да „за сиромашне рођаке, ‘кандидате’ није предвиђено да имају много утицаја у дебати о будућности политичке заједнице у коју треба да буду примљене са благонаклоношћу“ (Vajler, 2002: 7). Један од круцијалних разлога за то је пораст корупције и организованог криминала у транзиционим државама. Европска комисија сачинила је 2003. године Десет начела за унапређење борбе против корупције у земљама које ступају у чланство, земљама кандидатима и осталим земљама (*Ten Principles for Improving the Fight Against Corruption in Acceding, Candidate and Other Third Countries*). Наиме, борба против корупције представља и у државама чланицама ЕУ „значајан елемент... у правцу стварања и очувања европског простора слободе, безбедности и правде“ (Кораћ, 2009: 108).

Међу питањима која никако не треба оставити без одговора несумњиво је и оно које се тиче извора права (*fontes iuris*) Европске уније. Појам извора права се од свог *изворног* појављивања у делу Тита Ливија, који је назвао законе XII таблица „извором читавог јавног и приватног права (*fons omnis publici privatiq̄e iuris*)“, просто „одметнуо“ (Тарановски, 1923: 164). Утолико није далеко од истине оцена да учење о изворима права „представља чудну и са елементарног логичког становишта ненормалну појаву“ (Петражицки, 1999: 416). Бројност, неодређеност и метафоричност појма „извор права“ неке правне писце наводи на закључак да овај појам треба избацити из правне мисли. „Изгледа да нејасност термина ‘извор права’ тај термин чини углавном неупотребљивим. Уместо обмањујућег фигуративног израза, треба увести израз који јасно и директно описује појаву која се има у виду“ (Келзен, 2010: 219). Нејасности у погледу појма извора права су, по једном схватању, и потенциране, јер се ради о појму који је „пренет из неправног света у право и овоме не одговара“ (Лукић, 1974: 707). Поред формалних извора права, као спољних облика у којима се појављују правила, односно норме, општа правна филозофија и правна теорија познају и материјалне, а понекад и вредносне изворе права. „Модерна правна наука... је тражећи социјалну и моралну садржину и суштину права направила разлику између формалних и материјалних извора права“ (Тасић, 1995: 303–304). Широко схваћени материјални извор права обухвата, по правилу, и треће могуће значење овог поливалентног појма, управо вредносне изворе права. Поједини пак правни писци им дају посебно место поред материјалних извора права, јер „расподела користи и терета, односно овлашћења и обавеза, у значајној мери зависи и од система прихваћених друштвених

вредности“ (Лукић, Кошутећ, 2008: 155). Проговорићемо кратко о ове две, односно три врсте извора права будући да се општа правна начела ЕУ, од писца до писца, сврставају у све три наведене групе.

## 2. Извори права

Термин „извори права“ употребљава се за означавање врло различитих појава, што значи да је изузетно вишезначан. Може се, међутим, установити извесно „заједничко језгро“ тих разнородних појава, па тиме и њиховог појма. Оно се састоји у томе што из њих или од њих настају или су у њима садржане правне норме. Дакле, под термином „извори права“ се подразумевају три класе, односно групе појава, за које је заједничко да одређују порекло позитивног права. Оне указују „на нешто што је заматак права, из чега, даље, право непрекидно проистиче“ (Васић, Чавошки, 1996: 23).

Прву класу појава које се уобичајено називају изворима права чине ентитети који изазивају стварање права. У њиховом појашњењу аутори опет користе различите изразе: „нешто, околност, чињеница или ослонац права“ (Васић, Чавошки, 1996: 23), „природни и друштвени (материјални, психички, идејни) процеси који увјетују настанак, спознају, кршење, преображај и престанак правних норми“ (Висковић, 1981: 225), „темељ, односно разлози, због чега важи правна норма или сви различни фактори односно идеје, које утјечу на ствараоца права“ (Крбек, 1952: 74) или просто „узрок који изазива стварање права“ (Лукић, Живковић, 1995: 315). Изразита разнородност и неслагања у правној теорији настају када се крене у конкретизацију тих, већ различитим терминима обележених ентитета. Без претензије на коначност, више примера ради, наводимо оне који се најчешће јављају: међузависност људи у друштву, друштвени сукоби по различитим основама, биолошко-психичка конституција и склоност индивидуа или народа, географске прилике, Божја воља, објективно постојеће идеје, морална или религиозна схватања или вредносни системи, ступањ опште културе или технологије. Оно што је релативно константно у теорији јесте именовање ових чиниоца материјалним изворима права. Релативно, због тога што има предлога другачијих назива као што су нпр. „извори у филозофском смислу“ (Vecchio, 1934: 21), реални, примарни извори, „метаправни елемент“, „креативне снаге права“ (Васић, Чавошки, 1996: 63). Издвојићемо два цитата с обзиром на њихову експлицитну повезаност са предметом нашег интересовања. Први, интересантан увид у материјалне изворе права је онај по коме „углавном постоје два гледишта: једно, које верује у постојање колективне *свести* или бар општих мишљења

у једној средини и једном друштвеном кругу, и друго, које верује у идеалне принципе, вечне по садржини и бивству“ (Тасић, 1995: 304). По другом се „дејство материјалних извора права састоји поглавито у постављању позитивних захтева, који чине *садржину општих правних начела* (подвукла С.М.), или негативних захтева, који чине исто тако општа метаправна ограничења права, а готово никад, или сасвим ретко, у излучивању уобличених норми за одређене ситуације“ (Васић, Чавошки, 1996: 63).

Да би чињенице и идеје садржане у материјалним изворима права добиле реалан значај, морају доспети у свест одређених субјеката, пре свега, творца права. Због тога се у материјалне изворе права често, поред чињеница које изазивају његов настанак, убрајају и чиниоци који, на основу тих чињеница, стварају право. Као такви се, у разним варијантама правно-теоријских схватања, проглашавају разни субјекти, државни или друштвени који доносе правне норме или на чијем се ауторитету заснивају важење и ефикасност правних норми: цело друштво или само економско и политички владајући, држава у лику владара, законодавног органа, судије или владе, правна наука, пословне стране или уговарачи итд.

Најмање неслагања у правној теорији има у погледу тзв. формалних извора права. Под њима се подразумевају облици или форме јављања и стварања права. Среће се израз „конститутивни...или...легислативни извори права“ (Живановић, 1959: 103), а такође и „секундарни... или... спољни извори права“ (Кошутић, 1973: 62). Они се „наслањају“, односно надовезују, на материјалне изворе права, мада се тиме не пориче њихова самосталност. Као формални извори права се, обично без спора, признају општи правни акти и опште правне норме, будући да својом обавезношћу и применом на неодређени број случајева обезбеђују стално „извирање“ права. Има, међутим, и писаца који дају значај формалних правних извора и појединачним правним актима и нормама. За то највише заслуге има Келзен–Меркелова теорија степена по којој је свака „виша“ правна норма „извор“ „ниже“ правне норме, јер регулише њено стварање. Обично је неспоран и значај обичаја као извора права, док у погледу признавања судске праксе, судског прецедента и правне науке за такве не постоји једнодушан став. Ево како тај „фронт“ описује Хаим Перелман: „Међутим, поред норми „у униформи“, обавезних одредби које се могу препознати по начину на који су изгласане и озаконене, постоје правила која немају тај формално неоспорен статус, а која ипак играју ефективну улогу у примени права. Било да је реч о обичајима или о правним одредбама, изрекама или општим принципима права, та правила се могу упоредити са борцима без униформе, које су доскора стрељали као нерегуларне војнике, а од недавно су добили часно име партизани“ (Perelman, 1983: 121).

Материјални извори међународног јавног права се, још од настанка ове дисциплине као самосталне гране права на тлу Европе средином 17. века, веома различито одређују. Још је Луј ле Фир, под сликовито названом, реалним, стварним или дубоким изворима међународног јавног права подразумевао “друштвену природу човека, осећање правде, узајамну зависност држава и свест коју оне могу имати о овом појму” (Луј ле Фир, 1934: 213). У домаћој литератури се, с позивањем на релевантне стране изворе, као материјални извори права одређују: “снага међународне равнотеже... која треба у сваком посебном моменту и у сваком посебном односу подразумевати целокупан процес међународног општења са свим противтежама и са вероватним закључком о последицама употребе принуде” (Bartoš, 1954: 86–87), “одређени друштвени чиниоци коју условљавају настанак правних правила и њихову садржину” (Аврамов, Крећа, 2009: 51), “општи интерес који представља резултанту постигнутих напора на пољу светских, друштвених стремљења” (Janković, Radivojević, 2011: 25).

У погледу формалних извора међународног јавног права постоји много већа сагласност међу ауторима. Битно је нагласити да својство извора права могу имати само они правни акти којима се стварају правне норме, односно који утврђују права и обавезе субјеката међународног права. За потребе нашег рада довољно је само набројати формалне изворе права позивањем на чл. 38 Статута Међународног суда правде.<sup>1</sup> Уобичајено се за главне проглашавају међународни уговори, међународна обичајна правила и општа правна начела. Помоћни извори су судске одлуке и доктрина најпознатијих стручњака. Међутим, данас су присутне нове појаве на подручју нормативне делатности, те чл. 38 не покрива у потпуности подручје извора међународног права. Наиме, у ову листу могу се, под одређеним условима, укључити једностранни правни акти држава, као и одлуке међународних организација.

1 „1. Суд, чија је дужност да своје одлуке у споровима који су изнети пред њега доноси сагласно међународном праву, примењује:

- а) међународне конвенције, било опште, било посебне, које представљају правила изричито призната од странака држава у спору;
- б) међународни обичај, као доказ опште праксе која је прихваћена као право;
- в) општа правна начела која признају просвећени народи;
- г) у границама одредбе члана 59 судске одлуке и учења најпозванијих стручњака међународног јавног права различитих народа, као помоћно средство за утврђивање правних правила.

2. Ова одредба не ограничава право Суда да један спор решава *ex aequo et bono* ако парничне странке на то пристану.“

У члану 59 Статута стоји: „Одлука Суда има обавезну снагу само према странкама у спору и у односу на тај посебни случај“.

И, најзад, што се тиче извора права ЕУ, и они се уобичајено деле на материјалне и формалне. Примера ради, они први одређују се као „узрок настанка законске одредбе“ (Vorhart, 2013: 75) или ближе као „воља да се очува мир и створи боља Европа кроз јаче економске везе, што представља два камена темељца Европске заједнице“ (Vorhart, 2013: 75). Више пажње се поклања формалним правним изворима који се уобичајено класификују по правној снази. Опште прихваћена је подела на примарне и секундарне, али смештање појединих формалних извора права у ове категорије у литератури обилује различитостима. По још увек владајућем схватању, у коме постоји „одсев“ стубовске структуре права Европске уније, примарни извори су оснивачки уговори и уговори којима су они мењани и допуњавани. Секундарни извори су други међународни уговори који улазе у корпус комунитарног права, обавезујуће одлуке институција (секундарна легислатива, коју чине регулатива, директива, одлука, препорука и мишљење) и, најзад, општа начела комунитарног права. У теорији се, међутим, све више јавља схватање по коме се општа правна начела стављају „у сам врх извора права Европске уније“ (Рачић, 2009: 689). За нас је значајно да се општа правна начела јављају као извори права и у области полицијске и правне сарадње у кривичним стварима и у области заједничке спољне политике и безбедности. Хвале вредно је укључивање у класификацију права ЕУ, поред почетног критеријума правне снаге, и критеријума правне природе акта. Тиме се отвара простор разматрању „различитих форми изјава воље институција које, истина, немају обавезујући карактер, али нису лишене сваког правног значаја (*soft law*), као и одлука правосудних органа“ (Кнежевић-Predić, Radivojević, 2009: 82).

У комплекс права ЕУ општа правна начела „долазе“ најпре из оснивачких уговора, а затим и из правних поредака држава чланица и међународног јавног права. Отуда се у овој области схватање да су институти ЕУ, због своје специфичности, неоподесни за аналогију са националним правом и општим међународним правом, не може до краја примити. Независно од тога да ли је „ослањање“ општих правних начела ЕУ на начела унутрашњег и међународног права последица њихове универзалности или само недостатка других „тачака ослонаца“, намеће се неопходност компаративног метода. Овај метод поставља као „претходно питање“ како начела унутрашњег права тако и начела међународног права и општа правна начела који признају цивилизовани народи.

## **2.1. Општа правна начела као извор унутрашњег права**

У правној теорији се општа начела обично сматрају формалним, секундарним или супсидијарним изворима права који се активирају у процесу тумачења у случајевима антиномија и правих празнина. Ово, донекле пејоративно мишљење о општим правним начелима, зачуђује посебно кад се ради о систематском и циљном тумачењу. Наиме, чини се да ове две врсте тумачења морају водити рачуна о одређеним правним начелима без обзира да ли постоји „мањивост“ правног система у смислу противуречности или празнина. По доајену српске правне мисли с краја 19. и средине 20. века, општи правни принципи, који још увек спадају у позитивно право, свде се или “на ratio legis и дух закона, или пак на конкретне принципе засноване на разуму, освештане традицијом, принципе елементарне правде и слично” (Тасић, 1995: 344). Најпре, у тумачењу норми у правном систему не може се одмаћи далеко ако се немају истински на уму „основни принципи правног система: кохерентност, потпуност и одређеност“ (Висковић, 1981: 244). Посебан пак значај циљног тумачења као крунског у процесу интерпретације права је у томе што оно треба да открије ratio legis, основ, разлог, „дух“ закона или чак целокупног правног система, самеравајући различите интересе по неком врховном критеријуму вредности, најчешће правди и правичности. Речени пејоративизам може се, али само делимично, оправдати зато што „сви знамо да обраћање на дух система или на опште правне принципе (подвукла С.М.) спада у ред оних херменеутичких средства која се употребљавају с мањом фреквенцијом и с већим опрезом, и то управо због тога јер лакше отварају пут особним опредељењима, такозваној судачкој идеологији“ (Bobbio, 1988: 125).

Питање општих правних начела отвара „широко поље“ правног облика, као оног specificuma који право придодаје обичној, неправној стварности како би је претворило у правну. Према Лукићу „правни облик чине правни појмови (и у вези са њима правни језик одн. терминологија), правни односи и правне радње“ (Лукић, 1983: 203). Најважнији међу њима, наиме правни појмови, чине садржај правних норми у којима су логичким везама смиса-оно повезани. По својој везаности или удаљености од обичне стварности, они се деле на више група, а најдаље од те сварности налазе се посредно садржани појмови. То су појмови који нису непосредно изражени речима него се тек посредно откривају при чему се служи „апстраховањем (издвајање заједничких елемената) и конструисањем појмова (повезивањем тих елемената у једну појмовну целину)“ (Лукић, 1983: 211). Оно што је differentia specifica ових појмова је то што они додају правним нормама нешто чега раније у њима није било и тиме их, на изванстан начин, модифи-

кују. Међу овим појмовима најзначајније су правне конструкције и правна начела, који се разликују по степену општости и односу појмова који их чине. Наиме, конструкција обухвата мањи број појмова који су субординирани, а начело више појмова међу којима влада координација. Као примере правних начела Лукић наводи да свака штета треба да се надокнади, да се уговори морају савесно извршавати и слично.

Роско Паунд, представник Правне школе Харвардског универзитета, један од четири носилаца титуле University professorship у тристагодишњој историји Харварда, често називан “монструмом знања”, проглашава да је право не циљ, већ средство и да га стога треба изучавати као друштвени механизам у служби добра, при чему је битно обновити и сачувати првне идеале разума и слободе. У свом еволуционистичком “замаху”, наслоњеном на Колерово неохегелијанство, Паунд разликује четири фазе нормалног, хронолошког развоја права: 1. фаза примитивног или стриктног права, 2. фаза equity или природног права, 3. фаза зрелог права и 4. фаза социјализације права. Овим фазама одговарају различити облици стваралаштва и примене права. Норме, као коначне, детаљне одредбе за коначна, одређена чињенична стања, јесу нешто на шта се испочетка ослањало право, дакле оне одговарају примитивном праву. Другу фазу развоја права карактеришу правна начела као опште премисе за правничко, а пре свега судско расуђивање. Ова начела су “послужила да се створе нове норме, протумаче старе, да се објасне нове ситуације, да се одмери домаћа и примена норми и стандарда и да се они помире у случају сукоба и преклапања” (Paund, 1996: 100).

Поменућемо још једног врсног америчког правног писца, бентамовца Роналда Дворкина, који у новије време даје најоштрију и најупечатљивију критику правног позитивизма. Он полази од чињенице да се судије у решавању спорова позивају не само на правна правила, односно норме, већ и на правне принципе и правна начела. Затим врши минуциозну разлику између ово двоје, односно троје. Правни принципи и правна начела су две врсте стандарда који нису правна правила. Док је „принцип... стандард који ваља узети у обзир... због праведности, правичности или неког другог моралног разлога... начело је стандард који одређује добро које треба остварити“ (Dworkin, 1977: 2). Правни принципи описују права, политичке циљеве појединачних особа, а правна начела описују добра, политичке циљеве заједнице као целине.

Франц Бидлински разликује правне принципе, односно начела, од правних норми састављених из диспозиција и правних последица, означених као „општа вредносна усмеравања у погледу широких чињеничних стања и са



њима повезаних конкретних правних творевина“ (Bidlinski, 2011: 87). Једна од основних карактеристика правних принципа је могућност њиховог степеновања. Аутор разликује начела праведности, правне сигурности и сврсисходности, као најуниверзалнија правна начела идеје права, од водећих основних начела по појединим гранама права.

У сваком случају, на питање суштинског статуса и начина стварања општих правних начела правни писци дају различите одговоре. Она се, наиме, третирају или као творевине уставотворца и законодавца или судске праксе или правне науке. „Рационални принцип једне институције није никакав *demijurg*, већ историјски безбојан екстракт из посебних решења, које је судска пракса и теорија дала са свим својим социјално и временски условљеним представама“ (Stojanović, 1987: 1010). Неспорно је такође да „многа општа правна начела често имају морални (или делимично морални) карактер“ (Vranjanac, Dajović, 2006: 89).

### *2.1.1. Начела међународног права и општа правна начела која признају цивилизовани народи*

Између начела у наслову није једноставно направити разлику мада је домаћи и страни аутори међународног јавног права редовно чине. Најкраће ређено, постоје начела међународног права која су изведена из свих извора међународног права. Она служе за очување склада и целовитости међународног права, најчешће у облику систематског тумачења. Већим делом су призната у Декларацији о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи држава у складу са Повељом Уједињених нација од 24. октобра 1970. Ова начела важе као основна обичајна правна правила призната, поред Повеље УН, и другим основним међународним уговорима и потврђена судским пресудама, или као правила која су логичком анализом дедукована из мноштва конкретних правних норми међународног права. Битно је утврдити специфичност ових начела, а наиме чињеницу да су она настала у међународној заједници и служе као теоријски основ низа правила што, „по питању хијерхије извора, значи да ова начела имају превагу над осталим изворима међународног права“ (Аврамов, Кређа, 2009: 66). У начела међународног права се убрајају, од писца до писца, начело независности, односно „суверене једнакости држава, начело самоопредељења народа, забрана претње силом и претње силом у међународним односима и начело неинтервенције“ (Dimitrijević, Račić, Đerić, Papić, Petrović, Obradović, 2005: 54), као и нека начела међународног кривичног права.

О општим правним начелима признатим од стране просвећених, односно цивилизованих народа, у доктрини се понекад говори без квалификације “цивилизовани” или “просвећени”. По Ђорђевићу ове квалификације треба одбацити јер уносе “извесну nelaгодност и двосмисленост с обзиром на истоветне квалификације онима пре Првог светског рата, тј. у 19. веку и раније, када су цивилизоване (просвећене) народе представљали само европски народи и они под њиховим утицајем и културом” (Ђорђевић, 1995: 178). Ова начела призната су изричито као формални извор међународног права чланом 38 тач. “ц” Статута Међународног суда правде од 1945. године. Сама редакција овог члана, по већини међународно-јавноправних писаца, није случајна већ су у њој, по хијерархијском начелу, поређани извори међународног права. Утолико начела призната од стране цивилизованих народа “долазе” иза међународних уговора и међународних обичаја, а испред судских одлука и доктрине. То не противуречи захтеву да „конкретна уговорна или обичајна правна правила треба тумачити у светлу ових начела“ (Етински, 2010: 39). Оно што је посебно битно нагласити за општа правна начела јесте да су она прихваћена *in foro domestico*, и то у већем броју држава које припадају различитим правним системима (европском, англосаксонском, латиноамеричком, шеријатском и сл.).

Што се места и значаја општих правних начела цивилизованих народа тиче, аутори иду од правног позитивизма, свдећи их на поступак тумачења уговорних и обичајних правних правила, до схватања да ова начела треба да буду изнад међународноправних правила садржаних у обичајима и уговорима. У овом потоњем случају се, „поређења ради, место и значај ових начела према осталим изворима права упоређују са положајем уставних закона према осталим законима” (Ђорђевић, 1995: 178). Најдаље “одлазе” они међународноправни писци који сматрају да општа начела обавезују и оне државе које их не прихватају, те “у извесној мери ограничавају суверенитет држава” (Bartoš, 1954: 105).

Набројаћемо, без илузије о коначности, односно таксативности, најважнија општа правна начела цивилизованих народа: начело једнакости и забране дискриминације, начело правичности (*aequum et bonum est lex legum*), начело човечности, начело да се уговори морају савесно извршавати (*pacta sunt servanda*), које је „изворно преузето из интерних система као најопштији принцип грађанског права, али је у вишевековној међународној пракси стекло посебно значење” (Radivojević, 1989: 134), начело савесности (*bona fides*), правило да нико не може пренети на другог више права него што их сам има (*nemo plus transfere potest quam ipse habet*), забрана извлачења предности из сопственог деликта (*ex iniuria ius non oritur*), начело о пресуђеној ствари (*res judicata*), начело о застарелости, вишој сили (*vis*

*maior*), стању нужде, о злоупотреби права, затим нека начела из судског поступка, као што су начело да на тужиоцу лежи терет доказивања (*actori incumbit onus probandi*), начело нека се чује и друга страна (*audiaur et altera pars*), забрана странци да оспорава чињенично или правно стање на које се раније позивала (преклузија – *estoppel*) итд.

### 3. Општа правна начела Европске уније

Општи појам правних начела ЕУ захтева извесно појашњење. Наиме, као синоним овом појму користи се и појам правни принципи, а такође и „уставна структурна начела... на којима почивају друга начела и прописи, због чега се често основна начела разликују од осталих начела коришћењем појма основни, општи, генерални, структурни, носећи или водећи“ (Meškić, Samardžić, 2012: 40). Важан закључак који одавде извлачимо јесте да су начела ЕУ хијерархизована, дакле да постоје више и мање општа начела. Битно је такође имати на уму и „чињеницу“, коју подвлачи највећи број аутора, да су општа начела интегрални део позитивног права ЕУ, што их раздваја од сличних ентитета општих циљева, задатака, вредности, програмских постулата и слично. При томе се циљеви и програмски задаци могу временом претворити у правно обавезујућа начела, као и објективно и субјективно право.

Пре „листања“ основних начела ЕУ, треба учинити макар још две ванредно важне напомене. Прва се тиче увођења основних људских права у интегрални део општих начела. Наиме, Повеља Европске уније о основним правима, прихваћена у Ници 2000. године, „као кодекс људских права Уније имала је најпре карактер политичке декларације, а на основу Лисабонског уговора стиче статус конститутивног акта, једнаког оснивачким уговорима“ (Етински, Ђајић, Станивуковић, Бордаш, Ђундић, Тубић, 2010: 12). Друга напомена тиче се константног пораста значаја начела кроз праксу Суда Европске уније. Већина теоретичара управо „правностваралачки капацитет Суду признаје посредством посебног формалног извора – општих правних начела“ (Knežević-Predić, 2001: 264). Они опрезнији чине разликовање између стварања и идентификовања општих начела, јер „улога Суда правде није да ствара право, већ да га примењује“ (Ћавошки, Knežević Војовић, Поповић, 2006: 117). Као опште правно начело које произилази из праксе Суда ЕУ обично се најпре наводи начело надређености права ЕУ националном праву. У том погледу посебан значај има пресуда *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, којом је Европски суд правде у осетљивој области људских права „потврдио начело супрематије права ЕУ

и тиме, што је можда још важније, отклонио постојећу правну несигурност у овој области“ (Чавошки, 2009: 641). „Начела непосредног дејства и надређености, које је установио Суд правде и којих се до данас у пракси придржавају национални судови држава чланица, омогућила су да се одлуке европских институција не третирају само као националне правне норме, већ и као националне норме вишег реда“ (Kovačević, 2013: 367). Ту су, даље, начело самосталности права ЕУ, начело пуног дејства (*effet utile*), начело државне одговорности за штету...

Неопходност општих правних начела у систему Европске уније произилази отуда што у писаном праву Уније постоје празнине и нејасности. Општа правна начела „омогућавају да се попуне празнине и да се разреши питање тумачења постојећег права на најправеднији могући начин“ (Borhart, 2012: 79). Главне референтне тачке при утврђивању општих правних начела ЕУ су начела заједничка правним системима држава чланица. Како целокупно право Европске уније извире из сагласности држава чланица, то је случај и са општим правним начелима, с тим што се код њих ради о „имплицираној сагласности држава, сагласности која се подразумева“ (Етински et al., 2010: 24). Обично се сматра да није неопходно да је правно начело прихваћено у системима свих држава чланице, већ је „довољно да га прихватају правни системи већине чланица или да се већина националних система развија у том правцу“ (Knežević-Predić, Radivojević, 2009: 118). Међутим, постоји и схватање да Суд, у недостатку писаног права, може одлучити да прихвати решење које постоји у само једној држави чланици, што значи да не постоји никакав бројчани услов. У општа правна начела која су заједничка државама чланицама убрајају се начело легалитета, начело правне сигурности са подначелима правне снаге пресуда, забране ретроактивног дејства, легитимних очекивања и стечених права, начело савесности и поштења, начело права на саслушање...

Осим у пракси Суда ЕУ и правним порецима држава чланица, општа правна начела ЕУ имају своје утемељење и у Оснивачким уговорима, Уговору о Европској унији и Уговору о функционисању Европске уније. Општа правна начела ЕУ могу проистичати како из слова тако и из духа Оснивачких уговора. Наиме, Оснивачки уговори, уз све њихове измене, допуне, анексе и протоколе, нису могли коначно регулисати сва питања сврстана у њихово подручје примене. Интересантан је метод којим Суд идентификује опште начело иако оно није изричито записано у Оснивачким уговорима. Наиме, тумачењем, најпре језичким, а затим и систематским и циљним, Суд констатује да „збир конкретних примера који су изричито дати у оснивачком уговору указује да су творци оснивачког уговора имали на уму једно опште начело“ (Knežević-Predić, Radivojević, 2009: 117). Општа правна

начела која произилазе из Оснивачких уговора су начело супсидијарности, начело пропорционалности, начело лојалности, начело функционалног јединства, начело забране дискриминације, начело *non liquet*...

Општа правна начела ЕУ могу се, поред по критеријуму извора утемељења, делити по ванредно важном критеријуму садржине и правне природе. Разликују се, тако, основна или принудна правна начела, регулативна правила заједничка правима држава чланица, и општа правна начела својствена правном поретку ЕУ. Принудна правна начела, која се још означавају као аксиоматска, „представљају обавезујућа правна правила која су судови дужни да примењују, без обзира да ли на њих изричито упућују Оснивачки уговори“ (Вукадиновић, 2006: 129). Регуллативна правила или структурна начела примењују се када у праву једне државе одређено питање није регулисано позитивним правом, а одговарајуће решење постоји у праву неке од држава чланица. Ова правила могу се тицати како материјалног тако и процесног права држава чланица. Најзад, општа правна начела својствена правном поретку ЕУ створио је и развио Суд правде у поступку тумачења и примене права ЕУ независно од националних правних поредака.

Начела ЕУ могу произилазити из јединственог правног система ове организације, а могу бити и својствена појединим гранама права ЕУ. Тако је, нпр. „Европски суд правде дефинисао велики број начела управног права позивајући се на општа правна начела управног права који су заједнички за земље чланице“ (Lilić, 4). Ова се начела могу делити на материјална и процесна. Материјална се у бити своде на општа правна начела својствена целини права ЕУ. Процесна начела управног права ЕУ су, поред општег начела саслушања странака, и начело доступности информација и начело брижљивог вођења поступка.

#### **4. Закључак**

Општа правна начела су извори, како унутрашњег и међународног права, тако и права Европске уније. Општа правна начела су норме од темељног значаја са непосредно правно обавезујућим карактером, чиме се разликују од других општих начела која су само «инспирација» за будуће правне норме којима се та начела спроводе и постају обавезујућа. Општа правна начела чине посебан извор права ЕУ на којем грађани могу непосредно заснивати своја права, како према државама чланицама тако и према Европској унији. Сврха општих правних начела је ограничење дискреционог поступања институција ЕУ и држава чланица.

Правно оправдање за примену општих правних начела ЕУ аутори по правилу налазе у члану 220 ставу 1 Уговора о оснивању Европске уније, по коме су судови ЕУ обавезни да обезбеде поштовање права у тумачењу и примени Уговора. Ова одредба упућује на закључак да постоји неко право изван Оснивачких уговора које треба поштовати. Општа правна начела се посебно активирају у случају постојања правних празнина, и тако обезбеђују да право ЕУ оствари своје пуно дејство (*effet utile*).

Концепт општих правних начела има добру страну у својој флексибилности, којом омогућава судији да увек нађе правило за решење конкретнoг случаја. Ту се, међутим, крије и могућност да судија пређе из примене права у његово стварање. Ово је посебно непожељно у осетљивој области људских права која, и након изједначавања Повеље ЕУ о основним правима са Оснивачким уговорима, важе у облику општих правних начела Уније.

### Литература

Аврамов, С., Крећа, М. (2009). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет, Службени гласник

Bartoš, M. (1954). *Međunarodno javno pravo*, I knjiga. Beograd: Kultura

Bidlinski, F. (2011). *Pravna metodologija. Osnovi nauke o pravnim metodama*, Podgorica: CID

Bobbio, N. (1988). *Eseji iz teorije prava*. Split, Logos

Borhart, K., D. (2013). *Abeceda prava Evropske unije*, Luksemburg: Kancelarija za publikacije Evropske unije

Vajler, Dž. (2002). *Ustav Evrope, „Ima li novo odelo svoga cara?“ i drugi eseji o Evropskoj integraciji*. Beograd: Filip Višnjić

Васић, Р., Чавошки, К. (1996). *Увод у право*. Београд: Издавачка кућа Драганић

Vecchio, del G. (1934). *Le probleme des sources du droit positif*. Paris

Висковић, Н. (1981). *Појам права – прилог интегралној теорији права*. Сплит: Логос

Vranjanac, D., Dajović, G. (2006). *Osnovi pravnog sistema sa metodologijom prava*. Beograd: Pravni fakultet, Univerzitet UNION, Službeni glasnik

Вукадиновић, Д. Р. (2006). *Право Европске уније*. Крагујевац: Центар за право Европске уније Правног факултета

Dimitrijević, V., Račić, O., Đerić, V., Papić, T., Petrović, V., Obradović, S. (2005). *Osnovi Međunarodnog javnog prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Dworkin, R. (1977). *Talking Rights seriously*, London: Duckworth

Ђорђевић, С. (1995). Општа правна начела просвећених народа као извор међународног права. *Анали Правног факултета у Београду*. 3(XLVIII). 169–181.

Етински, Р. (2010). *Међународно јавно право*. Београд: Службени гласник, Нови Сад: Правни факултет

Етински, Р., Ђајић, С., Станивуковић, М., Бордаш, Б., Ђундић, П., Тубић, Б. (2010). *Основи права Европске уније*. Нови Сад: Правни факултет

Живановић, Т. (1959). *Систем синтетичке правне филозофије 1. Наука о синтетичкој филозофији права 2. Наука о синтетичкој филозофији правне науке*. Београд: Научно дело

Јанковић, В., Рађивојевић, З. (2011). *Међународно јавно право*. Ниш: Punta

Келзен, Х. (2010). *Општа теорија права и државе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Кнежевић-Пређић. (2001). *Ogled o suverenosti. Suverenosti i Evropska unija*. Beograd: Institut za političke studije

Кнежевић-Пређић, В., Рађивојевић, З. (2009). *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik

Ковачевић, В. (2013). *Skriveni federalizam. Federalističko iskustvo u procesima evropskih integracija*, Beograd: IP Albatros plus

Кораћ, С. (2009). Начела Европске уније за унапређење борбе против корупције. *Водич кроз право Европске уније*. Књига 4. 108–116

Кошутећ, Б. (1973). *Судска пресуда као извор права*. Београд: Савремена администрација

Крбек, И. (1952). *Прилог теорији о појму права*. Загреб: ЈАЗУ

Лилић, С. (2010). *Evropski sud pravde i upravno pravo Evropske unije*, [www.slilic.com/upload/docs/pdf](http://www.slilic.com/upload/docs/pdf)

Фир Л. (1934). *Међународно јавно право*. Београд: Издавачка књижевница Геце Кона

Лукић, Р., Д. (1974). Поводом појма извора права. *Анали Правног факултета у Београду*. 5–6

Лукић, Р., Д. (1983). *Методологија права*. Београд: Научна књига

Лукић, Р., Д., Живковић, М., А. (1995). *Увод у право*. Београд: Савремена администрација

Лукић, Р., Д., Кошутић, Б., П. (2008). *Увод у право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће „Службени гласник“

Меškić, Z., Samardžić, D. (2012). *Pravo Evropske unije I*, Sarajevo: TDP, GIZ, BMZ

Paund, R. (1996). *Uvod u filozofiju prava*. Podgorica: CID

Perelman, H. (1983). *Pravo, moral i filozofija*. Београд: Nolit

Петржицки, Л., Ј. (1999). *Теорија права и морала*. Београд, Подгорица, Сремски Карловци, Нови Сад: Службени лист СРЈ, ЦИД, Издавачка књижарница Зорана Стојановића

Radivojević, Z. (1989). *Poštovanje međunarodnih ugovora*. Београд: Стручна књига

Рачић, О. (2009). О хијерархији извора права Европске уније. *Водич кроз право Европске уније* 685–691

Stojanović, D. (1987). Uloga pravne teorije u stvaranju pravnih principa i njihov značaj za promenu prava. *Pravni život*. 10(XXXVII). 1003–1014

Тарановски, Т. (1923), *Енциклопедија права*. Београд: Издавачка књижарница Геце Кона

Тасић, Ђ. (1995). *Увод у правне науке. Енциклопедија права*. Београд: Службени лист СРЈ

Čavoški, A., Knežević Voјović, A., Popović, D. (2006). *Evropski sud pravde*. Београд: Institut za uporedno pravo

Чавошки, А. (2009). Људска права као део општих начела на којима почива комунитарно право. *Водич кроз право Европске уније*. 639–641



**Suzana Medar, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **A SKETCH FOR REVISITING THE GENERAL PRINCIPLES OF EU LAW**

### **Summary**

*The issue of sources of law has been a matter of considerable attention not only in legal theory and philosophy but also in positive law disciplines. Sources of law are commonly divided into substantive, formal and value-based sources. Depending on classifications suggested by different authors, general principles of law may fall into all three categories of sources of law. General principles of domestic law are rules covering a vast number of specific situations which are subsequently used as grounds for generating numerous norms regulating these situations in more detail. In international law, there are general principles of international law as well as legal principles recognized by civilized nations.*

*General principles of the European Union law are an integral part of the positive EU legislation, which clearly differentiates them from similar sets of general goals, objectives, values, agenda postulates, and the like. The general principles of EU law are have their origins in the Founding Treaties, the legal systems of the Member States and the case law of the EU Court of Justice. Considering their content and legal nature, the general principles of EU law are divided into: compulsory or axiomatic principles, regulatory or structural principles (which all national laws of the Member States have in common), and the general principles inherent to the EU legal order.*

*Some of the most important general principles of EU law are: the principle of supremacy of EU law over the national law, the principle of direct effect of EU law, the principle of autonomy of EU law, the principle of full effect of EU law, the principle of State liability for damage, the principle of legality, the principle of legal certainty, the principle of good faith and fair dealing, the principle of fair hearing, the principle of subsidiarity, the principle of proportionality, the principle of loyalty, the principle of non-discrimination, etc.*

**Keywords:** sources of law, general principles of EU law.



**Dott. ssa. Marija Ignjatović,\***  
Professoressa fuori corso di Facoltà di  
Giurisprudenza, Università di Niš

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.72/.73(37)

Раđ примљен: 30.06.2015.

Раđ прихваћен: 23.09.2015.

## **LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI E DELLE MINORANZE NELL'ERA DELLA REPUBBLICA ROMANA\*\***

**Astratto:** *La questione della tutela dei diritti umani e delle minoranze è una delle questioni più gravi e più urgenti che si presentano dal diritto romano fino ad oggi. Storicamente, in quasi tutti i paesi d'epoca sociale diversa, esistevano diversi gruppi di persone che venivano separate dai cittadini dominanti, sia per l'aspetto etnico, religioso, culturale che linguistico. Questi gruppi venivano e tuttora vengono chiamati minoranze. La questione della loro tutela all'interno di un particolare sistema giuridico rappresenta una questione molto complessa, poiché deve essere sempre interpretata ampiamente secondo i principi fondamentali della costituzione; inoltre, la loro tutela non rappresenta altro che un compromesso tra il sistema giuridico esistente e le loro caratteristiche culturali, etniche, linguistiche, razziali e nazionali, come elemento di base per definire le minoranze. Questo lavoro elabora la questione della tutela del diritto umano e delle minoranze nel periodo del diritto romano nei seguenti aspetti: ruolo del diritto romano dal periodo della Repubblica nella tutela dei diritti umani e delle minoranze e il contributo del diritto romano di questo periodo nella creazione di principi giuridici fondamentali in materia civile contemporanea e il diritto costituzionale, il che testimonia l'universalità del diritto romano.*

**Parole chiave:** *minoranze, tutela dei diritti umani e delle minoranze, culturali, etnici, linguistici, caratteristiche razziali ed etniche, il diritto romano.*

---

\* marija@prafak.ni.ac.rs

\*\* L'opera è risultato della ricerca nell'ambito del progetto "La tutela dei diritti umani e delle minoranze nello spazio giuridico europeo" n. 179046 ed è finanziato dal Ministero dell'Istruzione e della Scienza della Repubblica di Serbia.

## 1. Introduzione

La questione della tutela dei diritti umani e delle minoranze rappresenta una delle questioni più serie e attuali, a partire dal diritto romano fino ad oggi. Storicamente, in quasi tutti i paesi d'epoca sociale diversa, esistevano diversi gruppi di persone che venivano separate dai cittadini dominant sia per l'aspetto etnico, religioso, culturale che linguistico. Questi gruppi venivano e tuttora vengono chiamate minoranze. La questione della loro tutela all'interno di un particolare sistema giuridico rappresenta una questione molto complessa, poiché deve essere sempre interpretata ampiamente secondo i principi fondamentali della costituzione; inoltre, la loro tutela non rappresenta nient'altro che un compromesso tra il sistema giuridico esistente e le loro caratteristiche culturali, etniche, linguistiche, razziali e nazionali come elemento di base per definire le minoranze. Considerando che le minoranze non sono altro che "un gruppo di persone all'interno di uno stato che numericamente rappresenta una minoranza ed è in una posizione non dominante nello stato ed ha caratteristiche etiche, religiose o linguistiche differenti dalla parte restante del popolo di uno stato, ed ha un senso della solidarietà (gli uni verso gli altri) che è motivato alla formazione di un unità, implicitamente, con volontà collettiva di sopravvivenza, con obiettivi indirizzati alla realizzazione di uguaglianza nelle maggioranze sia giuridica che effettiva"(Deschenes, 1985:181).

Questo lavoro elabora la questione della tutela del diritto umano e delle minoranze nell'ambito del diritto romano nei seguenti aspetti: il ruolo del diritto romano nel periodo della Repubblica riguardo alla tutela del diritto umano e delle minoranze e della posizione giuridica dei peregrini che, pur formando la maggioranza tra i cittadini, nello stato romano erano trattati come minoranze.

## 2. Legge delle XII tavole

A differenza del primo periodo di sviluppo della storia<sup>1</sup> giuridica romana, dove Roma era una piccola comunità, insufficientemente sviluppata in tutti gli aspetti sociali, composta esclusivamente dai loro cittadini omogenei, sicuri di provenire dai profughi dalla città di Troia (Maškin, 1977: 7) e il cui diritto consisteva esclusivamente dall'insieme di usanze indefinite, ereditate di generazione in generazione ed applicate solo sui cittadini della città di Roma (*ius civile*), il secondo periodo, ovvero il periodo della Repubblica viene caratterizzato da un cambiamento sociale. Pur essendoci ancora presenti le caratteristiche dell'ordinamento sociale precedente (società con allevamenti-agricoltura, coltivazione primitiva

---

1 Il primo periodo è conosciuto sotto il nome di "Tempo dei Re" o "periodo della democrazia militare" e dura dalla fondazione della città di Roma 754 a.C. fino alla fine di Giustiniano 565 a.C.

della terra in piccole parcelle, economia aziendale di tipo chiuso, schiavitù patriarcale), il periodo romano conosciuto sotto il nome *Res publica*, nella storia dello sviluppo sociale, viene contrassegnato da uno sviluppo economico.<sup>2</sup> Questo sviluppo si vedeva principalmente nella frazione delle aziende familiari (*consortium*) in piccoli gruppi familiari (*familia*) che potevano sopravvivere in modo autonomo, poiché in quel periodo esisteva un eccesso di capacità produttiva. La presenza dell'eccesso di capacità produttiva, portò anche alla formazione delle proprietà private che da parte sua richiese nuove normative, non in conformità a usanze, bensì giuridiche, al fine di tutelare i nuovi diritti acquisiti.

I nuovi cambiamenti avvenuti nell'economia e nell'organizzazione familiare, inevitabilmente si rifletterono sulla società nell'era in cui venne emanata *Lex XII tabularum* "Una volta Roma rappresentava una società monolitica e gentilizia, fondata sulla terra comune (*ager gentilitus*) e sulla comunità familiare gentilizia, insieme alla vecchia organizzazione politica gentilizia che rappresentava l'uguaglianza delle maggioranze di gentili e patrizi.

Con il passare del tempo si formò lo strato dei plebei, persone libere, ma povere a differenza dei patrizi, a cui venne vietata la partecipazione all'uso comune della terra e all'organizzazione politica dei patrizi. Il rafforzamento di questo strato che partecipava alle guerre insieme ai patrizi, nello stesso tempo cominciò a distruggere l'unità antica provocando conflitti, soprattutto tra gli strati sociali dei plebei e patrizi. Oltre alla richiesta di partecipazione alla vita politica, fuori dalle guerre, e alla partecipazione nella suddivisione delle terre conquistate, sempre più sono accentuate le richieste dei plebei ad un sicuro diritto nell'ambito del nuovo stato che si era formato e nel diritto primitivo appena nato; "perché le formule delle udienze, nonché quelle di contratto, insieme alle regole religiose che occupavano la vita attuale, si di fatto che giuridicamente, furono in mano ai pontefici (*pontifices*), inaccessibili e sconosciute ai plebei" (Jovanović, 2007: 10). Proprio per i motivi citati, i plebei espressero sempre più il sospetto sulla validità dell'interpretazione delle norme consuetudinarie dettate dai pontefici (copro aristocratico) e per questo chiesero che il diritto comune venisse reso scritto, affinché, da una parte si evitassero casi di controversia, visto che in anticipo avrebbero potuto sapere la loro posizione giuridica, e dall'altra, si limitasse l'autorizzazione dei pontefici nell'interpretazione del diritto comune.

Come risultato di tutte le richieste presentate da parte dei plebei, nel 451 a.C. viene nominata una commissione di dieci uomini (*decemviri*) che ebbe il compito di preparare un corpo di leggi compilato prendendo spunto dalla legge di Solone

---

2 Questo fu particolarmente caratteristico per il secondo periodo dello sviluppo della Repubblica romana che è noto come il periodo di cambiamenti qualitativi e che inizia con la speranza di Cartagine 201 a.C.

per la città di Atene (*decemviri legibus scribendis*). L'anno seguente (nel 450. a.C.) vennero redatte ancora due tavole con cui si concluse l'intero lavoro e la legge chiamata *Lex duodecim tabularum* venne data all'Assemblea in adozione (Stein, 2007: 12). Dopo aver adottato la proposta, l'assemblea le diede validità giuridica che in modo eguale obbligava sia i patrizi sia i plebei. Considerando che fino al periodo della Repubblica il diritto romano era caratterizzato dalla monolitica, mentre dall'era della Repubblica vi fu la suddivisione della società in due strati, nella letteratura viene citato che l'emanazione della *Lex duodecim tabularum* indicò per la prima volta la vittoria della tutela del diritto umano e di minoranza, in questo caso la vittoria per i plebei.

Non contrastando che solo l'emanazione della legge rappresentava la vittoria dei plebei per il diritto umano, Stanojević aggiunge: "La legge fu il risultato e il compromesso tra patrizi e plebei, fra tradizioni e innovazioni. Gli uni sono riusciti a far pubblicare il testo della legge e a farla applicare allo stesso modo per tutti, a ridurre gli interessi, mentre gli altri sono riusciti a tutelare la proprietà privata, a sanzionare i debitori insolventi..." (Stanojević, 2001: 45).

Anche se i patrizi e i plebei furono persone appartenenti allo stesso popolo (profughi della città di Troia), nella società che esisteva nel periodo della Repubblica, i plebei che furono numerosi, rappresentavano una minoranza nella propria società. Questa constatazione può essere provata grazie all'applicazione delle definizioni moderne di minoranza secondo le quali il rapporto tra patrizi e plebei, senza alcun dilemma, definisce il rapporto come maggioranza e minoranza (Capotorti, 1977: 568).

Secondo la definizione quantitativa, le minoranze espresse in numeri possono rappresentare una moltiplicazione nella società. Questo fu il caso dei plebei che all'inizio furono numerosi a differenza dei patrizi. Alla fine i plebei furono "non solo più numerosi, ma anche economicamente forti (soprattutto attraverso l'artigianato); la forza politica che non era da sottovalutare e questo fu importante non solo per la paura di eventuali conflitti, ma anche per l'interesse dei soli patrizi che necessitavano della collaborazione dei plebei sia per la partecipazione alle guerre che per i loro servizi di artigianato e per le attività che permettevano il regolare funzionamento della città. Secondo alcuni dati, si dice che i plebei funzionassero in modo unito, anche se la loro composizione era variata" (Jovanović, 2007:10).

Secondo un'altra definizione data da Andras Bragyova, il termine minoranza viene usato per "un gruppo che non ha un uguale approccio "beneficio" nella vita sociale e nelle decisioni che la società prende e questo è caratteristica per una gran parte della società"; (Bragyova, 1992: 501) e questa cosa si può dire anche dei plebei se si considera il fatto che non partecipavano alla gestione politica

della società, ovvero, i loro diritti politici erano limitati alle elezioni, cioè loro ebbero il diritto a scegliere i patrizi che avrebbero occupato gli onori di stato.

Con l'emanazione della *Lex duodecim tabularum*, i plebei lottarono per i propri diritti politici (introduzione del Tribuno della Plebe) e per i limiti delle proprietà dei terreni dei patrizi a 500 iugeri. Questo è il motivo per cui i cronisti e i giuristi romani posero l'accento che la promulgazione di tale Legge fu un successo per i plebei e per la loro lotta contro la tutela dei diritti umani (Stojčević, 1983: 21).

### 3. Attività del pretore nella produzione del diritto

La tutela dei diritti umani e delle minoranze non fu una questione attuale solo del periodo della Repubblica, dove venne emanata la *Lex duodecim tabularum*, bensì fu anche importante durante l'intero periodo della Repubblica fino al 212. quando con la costituzione dell'Imperatore Caracalla (*constitutio Antoniniana*) venne riconosciuta ai cittadini dell'Impero romano la cittadinanza.

A seguito della promulgazione della *Lex duodecim tabularum* che rappresentava intero codice del diritto comune romano, si continuò con l'offrire la tutela giuridica, non solo sulla base della legge già promulgata, ma anche in base alle attività giurisdizionali del pretore usando gli adeguati mezzi giuridici.

Fino a quel periodo il diritto che veniva applicato a Roma era strettamente formale e rude e andava bene esclusivamente alle piccole società, insufficientemente sviluppate come lo era Roma all'inizio della sua nascita nel primo periodo della storia romana. La maggior parte delle azioni giuridiche era legata alla dichiarazione delle parole severamente prescritte. In caso di controversia l'accusatore che non seguiva il giusto ordine delle parole prescritte, poteva perdere il diritto all'atto d'accusa. *Legis actiones*, erano azioni legali legate alle strette forme già citate attraverso le quali il diritto alla tutela giuridica poteva avvenire solo in determinati giorni (*dies fasti*).<sup>3</sup>

Con l'espansione geografica e lo sviluppo economico statale nel IV e III secolo a.C., soprattutto dopo le guerre puniche e la caduta della Cartagine nel 201. a.C., si presentò la necessità di un nuovo diritto che rispondesse alle nuove necessità che non venivano soddisfatte dal diritto vecchio, un diritto limitato, strettamente formale che prevedeva una tutela giuridica solo ai Quiriti (*ius civile*, *ius Quiritum*) e specialmente ai patrizi. Il principale problema sociale che si manifestò in questo periodo fu il rapporto tra i patrizi e i plebei con i popoli sottomessi.

---

3 Anche qui solo i pretori erano a conoscenza dei singoli fatti fino a quando le loro forme e il loro calendario delle udienze non veniva reso pubblico. Il copro di grazia con posizione monolitica del pretore nell'interpretazione del diritto viene affidato nel 300 a.C. con la pubblicazione delle formule della legislazione processuale.

Considerando che Roma in questo periodo era uno stato potente e territorialmente grande, a causa delle frequenti guerre, il raggruppamento delle tribù divenne una manifestazione regolare.

Ad esso si può aggiungere il conflitto permanente tra plebei e patrizi, visto che i plebei volevano partecipare in modo uguale alla ripartizione del bottino di guerra con i patrizi. Dall'altra parte, si poneva anche la questione del rapporto con i cittadini di paesi sottomessi con cui i romani dapprima costituiscono una federazione e più tardi li collocarono in una posizione sottomessa, in altre parole in una posizione di minoranza. A causa di questo si presentò la necessità di tutelare i loro diritti. In altre parole, si presentò la necessità di adeguare il diritto ai nuovi eventi che si presentavano e che permettevano un'adeguata tutela del diritto umano e delle minoranze nei nuovi territori conquistati.

Oltre ai due consoli che venivano eletti annualmente e che svolgevano le principali funzionistatali di tipo giuridico, nel 367 a.C. (*Lex Licinia Sextia*) fu eletto un magistrato (*praetor*) che svolgeva esclusivamente funzioni giurisdizionali. Il suo ruolo raggiunse il culmine nella seconda metà del periodo della Repubblica quando alle parti in controversia (soprattutto quando una delle parti non era un cittadino romano di diritto pieno) permise di usare le parole proprie per la domanda e per la difesa al posto di determinate parole prescritte, cioè al posto di forme d'accusa. Nelle situazioni in cui sapeva della causa in corso, lui con concetti ipotetici definiva la materia in forma scritta, conosciuta come formula.

Il pretore poteva rilasciare formule, soluzioni giuridiche, ogni qual volta ritenesse che esse fossero giustificate da un aspetto giuridico - politico, in altre parole, ogni qual volta ritenesse che l'accusatore avesse ragione e fosse nella posizione di provare ciò. In tal modo offriva assistenza legale a tutti quando questi ne avessero bisogno non tenendo conto del fatto che un determinato soggetto fosse cittadino romano o non (cittadini romani di diritto pieno) o rappresentante di una minoranza.

Al contrario, se si fosse appoggiato al vecchio e duro diritto romano civile, il pretore non avrebbe potuto mai, ad esempio, offrire un'adeguata tutela a proprietari di robe (se era cittadino di provincia), poiché egli non era proprietario secondo le norme della vecchia *ius civile* o avrebbe potuto approvare l'atto di successione solo a soggetti che ritenevano come successori secondo il vecchio diritto civile.

Il pretore tuttavia trovava una soluzione per queste situazioni usando delle formule offrendo nel primo caso „al non proprietario“ una causa alternativa per potergli permettere di acquisire la proprietà fisica sugli oggetti fino a quando non diventava vero proprietario secondo il diritto civile. Nel secondo caso, poteva offrire al soggetto, che non si riteneva successore, un mezzo alternativo con cui tale soggetto poteva acquisire il potere sulla successione.



Tra i primi mezzi “complementari”(ovvero quelli al di fuori delle procedure ordinarie), vi fu un’ordinanza emessa dal pretore nel fare o non fare qualcosa (interdetti). Molti interdetti furono fatti in modo di permettere che si evitasse la violazione di proprietà assicurando così che tutte le cause venissero risolte in via giudiziaria. Il pretore non rilasciava l’interdizioni solitamente su richiesta, bensì era autorizzato a rilasciarle anche quando esisteva una situazione che giustificava l’emissione di interdizione (Stein, 2007: 19).

Un effetto ancor più forte dell’interdetto, con cui si realizzò la tutela del diritto umano e delle minoranze, lo ebbe *restitutio in integrum*. Con essa si abrogò l’effetto di alcuni affari giuridici che erano validi secondo il vecchio diritto civile *ius civile*, ma che fu non equo verso l’altra parte, soprattutto nelle situazioni, quando l’altra parte era cittadino di provincia. A seguito di tale ordinanza che prevedeva il ritorno allo stato iniziale, il pretore permetteva alla parte danneggiata particolari cause, equivalenti a cause su cui le parti avrebbero avuto diritto, anche se il negozio giuridico non fosse avvenuto.

Occorre dire, però, che con l’applicazione di mezzi supplementary che il pretore stabiliva per ogni caso concreto individualmente, veniva tutelato il diritto dei cittadini romani. Ad esempio, secondo le norme del vecchio diritto civile romano, i maschi diventavano maggiorenni all’età di 14 anni, mentre le femmine all’età di 12 anni. Questo limite così basso per diventare maggiorenne andava bene alle circostanze di Roma nel periodo in cui essa fu una società semplice della Repubblica precoce, però, con l’espansione geografica e il completo sviluppo sociale, i soggetti che avevano quattordici anni furono partecipanti inadeguati al commercio di schiavitù-denaro. In altre parole, spesso succedeva che queste persone fossero oggetto di diversi abusi di commercianti furbi (Ignjatović, 2007:20). Questo fu il motivo per cui si rese indispensabile spostare il limite di acquisizione della capacità giuridica. Questo, però, richiedeva un cambiamento di base del diritto e i romani, con piacere, cedevano situazioni di quel tipo al pretore, affinché le risolvesse in modo suo, applicando le norme provenienti dall’uso di nuovi mezzi giuridici contenute nell’interdizione del pretore, invece di procedere al cambiamento radicale del diritto esistente.

Quindi, con la giurisdizione del Pretore (applicando le formule e pubblicando l’interdizione che le conteneva), il pretore, anche se affermava di applicare solo il vecchio diritto, in realtà formulava quello nuovo (*ius honorarium*) ed offriva una giusta tutela giuridica non solo ai cittadini di Roma, bensì ai cittadini dei nuovi territori conquistati che, secondo la moderna definizione quantitativa, venivano definiti minoranze.

#### 4. *Ius gentium* – Diritto delle genti

Il vecchio *ius civile* romano valeva e obbligava solo i cittadini di Roma che, come abbiamo già sottolineato più volte, conteneva principi applicabili unicamente ai cittadini appartenenti allo Stato romano. “Il diritto dei cittadini romani (*ius civile*) era una tutela dignitosa per i romani e non era così semplice da progargarlo agli stranieri. Nel III secolo il diritto dei cittadini era un privilegio che differenziava i romani dagli altri popoli” (Stojčević, 1983: 27). Questa regola, eccezionalmente valeva anche per i latini, cittadini del Lazio,<sup>4</sup> a patto che loro fossero a conoscenza della *ius commercii* (diritto commerciale). Il resto dei cittadini appartenenti all’Impero avevano una posizione di non cittadini o di stranieri (*hostes* o di seguito denominato peregrino).

Nella storia romana il nome di peregrino veniva usato per le diverse categorie di cittadini. Principalmente, per peregrini si intendevano gli appartenenti ai popoli federali, tra cui vi erano anche i latini (cittadini del Lazio, mentre, più tardi anche le persone che vivevano nella penisola appenninica). I restanti stranieri con cui Roma non aveva stipulato accordi federali, venivano chiamati nemici di Roma (*hostis*). Quando, dopo la guerra degli alleati, i latini ottennero lo statuto favorevole (“cittadini di seconda serie”), il nome di *peregrinus* iniziò ad usarsi per i stranieri che non erano latini, indipendentemente se fossero alleati di Roma o no. Nel periodo dell’impero, i peregrini venivano chiamati i cittadini dell’impero romano che non erano né *cives* né latini, ma vivevano nelle provincie romane. Quando con l’editto di Caracalla (*Constitutio Antoniniana*) nel 212 a tutti i cittadini dell’impero romano venne riconosciuto lo statuto di cittadino, fuorché ai peregrini dedidicit, il nome di peregrine veniva usato per le colonie barbariche. Nel periodo Postclassico, il termine di peregrine veniva usato per i cittadini appartenenti alle colonie di frontiera e alle tribù di barbari che vi abitavano e che avevano l’obbligo di tutelare la frontier (Andonovski, 2010: 19).

La posizione giuridica dei peregrini non era uguale e dipendeva dall’accordo che avevano stipulato con Roma, ma, anche dalla legge che veniva applicata nel territorio del loro comune.<sup>5</sup> Generalmente osservando, i peregrini si dividevano in due categorie: i peregrini a cui veniva affidata l’amministrazione locale (*suis legibus uti*)<sup>6</sup> ed i peregrini *dediticii*, ovvero coloro che furono lasciati nelle mani di Roma, visto che non riconobbero mai il suo governo e la sua dominazione.

---

4 I romani ritenevano che solo i Latini fossero minoranza sulla base della loro origine giuridica, mentre gli altri abitanti dello stato venivano riconosciuti con lo status di apartheid - stranieri.

5 In altre parole, dipendeva dalla resistenza che si opponeva ai militari romani durante l’obbedienza, in altre parole durante la stipulazione di accordi (*foedera*) con Roma.

6 Esempi di questo tipo erano molto rari.

Sia una che l'altra categoria di peregrini non aveva diritto politico, né capacità giuridica verso la *ius civile*, e pertanto neanche verso la *ius commercii*, né *ius conubii*, né testamenti *factio activa o passiva*,<sup>7</sup> cioè non potevano essere donatori testamentari né successori. C'è da dire, però che queste persone, secondo il diritto della provincia avevano la capacità giuridica, il che vuol dire che avevano sia il potere paterno che materno, come quello di proprietà.

Secondo questo diritto potevano diventare proprietari, successori e coloro che lasciavo eredità. A loro non veniva esclusa la possibilità di stabilire rapporti giuridici con i romani, ad eccezione dei peregrini e dei dediticii (Andonovski, 2010: 26), solo che in tali rapporti non potevano avvalersi dei diritti *ius civile*, bensì potevano applicare esclusivamente il diritto *ius gentium*.

Le regole del *ius gentium* furono fondate su impegno del Pretore<sup>8</sup> ed avevano il significato di "diritto delle genti"; si trattava di un diritto che "valeva per tutte le persone ed era in conformità con la natura e il pensiero di tutti i popoli che lo rispettavano e che se ne servivano" (Gai, Inst. 1,1). Questo diritto era presente nel contenuto dell'editto del pretore dei peregrini e serviva per la tutela degli interessi e per la tutela dei cittadini in minoranza, ovvero per la tutela degli interessi di cittadini non dominanti residenti nelle provincie dell'impero.

La differenza tra *cives* e peregrini, con il passare del tempo perse la sua importanza a causa dello sviluppo economico e commerciale che vi era tra i Romani e i peregrini. Una sempre più accentuata necessità dei romani al commercio con le provincie più lontane e il loro bisogno dei prodotti fino ad allora sconosciuti a Roma, portò i Romani a fare delle concessioni ai peregrini. Come primo, i Romani gli affidarono la *ius commercii*, al fine di poter riuscire più tardi a concludere con loro determinati contratti commerciali. Come secondo, la necessità di riconoscere determinati diritti ai peregrini, fu condizionata da motivi che erano legati a natura fiscale. Infatti, le imposte introdotte solo ai cittadini romani, nel periodo di espansione dell'impero, non erano sufficienti per riempire le casse statali (*aerarium*). Fu necessario trovare nuovi metodi che stabilissero che anche i cittadini non-Romani dovevano pagare le imposte al fine di soddisfare le necessità fiscali legate all'espansione territoriale dello Stato. La soluzione fu aumentare il numero dei contribuenti e questo attraverso l'inserimento di obbligo di pagamento delle imposte anche per i cittadini non Romani. Per procedere a ciò, fu necessario però, riconoscere lo status di cittadino.

---

7 Nel periodo classico i peregrini non potevano redarre un testamento che fosse valido (*testamenti facito*).

8 Funzione del pretore peregrino (*praetor peregrinus*) era la magistratura introdotta nel 242 a.C. e si differenziava dal pretore urbano (*praetor urbanus*) anche se il portatore di tale funzione era un cittadino romano.

A termine del periodo della Repubblica e soprattutto nel periodo di dominazione dell'imperatore Caracalla, fu promulgato un unico editto con cui veniva riconosciuto lo stato di cittadino a tutti i cittadini dell'impero sia alle "minoranze" che ai latini. L'imperatore Cesare Marco Aurelio Antonino disse: "Niente è stato più atteso e di valore come lo sono state le controversie e i giudizi.....per questo ringrazio il Santo Dio per avermi dato la possibilità di tale grazia. Per questo motivo ritengo che Sua Maestà possa, nel modo più ampio e religioso soddisfare i peregrini permettendogli di congiungersi alla mia gente (rispettare Dio, entrare a far parte dei religiosi)....grazie a Dio, assegnargli la cittadinanza di Roma lasciandogli in vigore tutte le forme di potere (organizzazione pubblica, con eccezione dei dediticii). In altre parole, introdurre l'uguaglianza tra il popolo romano..." (Romas, 1973: 68).

Gli unici peregrini che sono rimasti senza lo stato di cittadinanza, dopo la promulgazione dell'editto di Caracalla, furono gli stranieri, i deportati e i barbari che in realtà erano dediticii, ma non venivano chiamati come tali. Nel diritto Giustiniano si fece un passo decisionale tramite la promulgazione di un unico atto che riesaminava tutte le origini dei Latini che prevedeva la civica di tutti i cittadini dello Stato, mentre la categoria dei peregrine dediticii fu completamente eliminata.

Quando parliamo della posizione giuridica dei peregrini, alcuni contemporanei ritengono che qui in realtà non si trattasse di stranieri, soprattutto non nel senso di concetto di "straniero" osservando dal punto di vista del diritto moderno, però si trattasse di appartenenti a determinati gruppi etici che in base alla loro lingua, usanza e cultura si differenziavano dal popolo sovrano e generalmente dallo Stato e dalle circostanze in cui si trovavano. In realtà, loro rilevano che si tratta dei pseudo-stranieri, una minoranza che, anche se numerosa, appartiene alla categoria della minoranza e come tale corrisponde alla definizione quantitative di minoranze, secondo cui la minoranza è un gruppo di persone all'interno di uno stato che numericamente rappresenta una minoranza ed è in una posizione non dominante nello stato ed ha caratteristiche etiche, religiose o linguistiche differenti dalla parte restante del popolo di uno stato ed ha un senso della solidarietà (gli uni verso gli altri) che è motivato alla formazione di un'unità, implicitamente, con volontà collettiva di sopravvivenza e con obiettivi indirizzati alla realizzazione di uguaglianza nelle maggioranze sia giuridica che effettiva.

## 5. Diritti e doveri dei peregrini nello Stato romano

Considerando che il diritto romano è soprattutto diritto privato, la questione dei diritti e dei doveri dei peregrini, come gruppi di minoranza, nello Stato romano si può osservare, prima di tutto, dall'aspetto di diritto privato.

Come in tutti i segmenti del diritto, così anche quando si trattò di risolvere la questione della proprietà, il diritto romano stabilì una differenza tra la proprietà che apparteneva agli abitanti della città di Roma (dominio secondo il diritto dei Quiriti) e proprietà che apparteneva agli abitanti della provincia (proprietà provinciale). Il dominio secondo il diritto dei Quiriti veniva regolata esclusivamente dalla *ius civile*; e il loro portatore poteva essere lo Stato romano, soggetti fisici o giuridici Romani. La proprietà provinciale era una proprietà acquisita sui terreni conquistati nelle provincie (*ager publicus*) ed apparteneva al popolo romano in Senato (proprietà pubblica).<sup>9</sup>

Considerando però, che né il Senato né l'Imperatore seppero sfruttare questo terreno, lo stesso venne usato da persone singole, che avevano l'obbligo di pagare un tributo al Senato o all'Imperatore (*stipendium, tributum*) e si faceva distinzione tra terreni a cui venne data la libertà di amministrazione alla provincia e terreni che erano oggetto di occupazione di individui. Nel primo caso si pagava un tributo annuale, mentre nel secondo caso il singolo individuo pagava regolarmente il tributo. Con l'intenzione di porre l'accento chiaramente sulla differenza tra questi due casi Gaio cita: "si trova nella stessa posizione il terreno delle provincie per il quale nel primo caso si paga lo stipendio, mentre nel secondo il tributo. Lo stipendio si paga per quei terreni che si trovano in provincia e per i quali si ritiene appartengano allo Stato di Roma, mentre la tributaria si paga nelle provincie che appartengono all'Imperatore" (Gai, Inst. 2,21).

Lo sviluppo dei rapporti d'obbligazione era strettamente legato allo sviluppo del commercio e della comunicazione economica con la provincia. Guidati da motivi di natura economica e da interessi economici, i Romani a un certo punto riconobbero ai peregrini *ius commercii* al fine di facilitare a se stessi gli accordi di negozi giuridici, in altre parole, affinché potessero commerciare con gli abitanti delle provincie. Così vennero emanate nuove norme con cui veniva regolata la posizione giuridica dei peregrini nell'ambito del diritto d'obbligazione. *Ius commercii* venne usato soprattutto nei contratti di compravendita, secondo le norme della *ius civile*.

All'inizio questo diritto venne riconosciuto solo ai cittadini romani e di seguito ai latini (89. a.c), mentre sotto forma di privilegio ai peregrini sia sotto forma

---

<sup>9</sup> Così l'intera Italia diventò *res mancipi*; con possibilità di divettare oggetto di adozione secondo le regole della proprietà quiritaria.

individuale che all'intero comune. Questo privilegio permise ai peregrini di trattare con cittadini romani alle stesse condizioni e di usare le forme di contratto che valevano per gli abitanti di Roma.

Con lo sviluppo delle proprietà private nell'ambito del diritto di secessione si è venuti alla comparsa del testamento, in altre parole la successione testamentaria. La capacità di essere successori era permessa solo ai cittadini di Roma. Il diritto classico era esclusivo e poneva l'accento sul fatto che questo diritto non poteva essere in alcun modo privilegio degli schiavi, peregrini, *capite deminuti, filii familias*, né per *alieni iuris*. Al contrario di questa norma, però si riteneva che i peregrini che avevano *ius commercii*, secondo le norme del vecchio diritto romano, potessero essere successori testamentari. *Testamenti factio passiva*, ovvero la capacità di ricevere per testamento era necessariamente collegata alla capacità di stipulare negozi giuridici.

Dunque questa capacità era riconosciuta solo ai peregrini che possedevano *ius commercii*.

Quando si parlava di contrazione del matrimonio, questa questione richiedeva necessariamente l'esistenza dello *ius conubii*. Il diritto a contrarre un matrimonio legittimo, all'inizio fu concesso solo ai cittadini romani, mentre più tardi ai latini e infine ai peregrini. Ulp. Reg. 5,3-4 *conubium habent cives Romanis, cum Latinas autem et peregrinis ita, si concessum sit* (Romas, 1973: 89).

Un cittadino romano poteva contrarre matrimonio con un peregrino solo se al peregrino era stata affidata la *ius conubii*. In alcuni casi questo diritto veniva concesso all'intera provincia. Di regola, questo diritto veniva concesso singolarmente e questo era soprattutto evidenziato nel periodo postclassico. Gli imperatori del primo e secondo secolo praticarono ai veterani, ai quali avevano concesso la cittadinanza, di concedergli anche il diritto alla contrazione del matrimonio con donne peregrine. Il matrimonio dei peregrini che non possedevano *ius conubii* non si riteneva legittimo, bensì era nullo secondo le norme del diritto romano. Questo tipo di matrimonio produceva effetti solo osservando dall'aspetto del diritto peregrino. Riguardo i matrimoni dei cittadini romani con i peregrini, secondo la *lex Minicia*, i figli che provenivano da tali matrimoni ottenevano la posizione giuridica di quella parte che non aveva la cittadinanza romana. Con l'espansione di diritti civili, ma soprattutto con la promulgazione dell'editto di Caracalla, questa regola fu svalutata e l'istituto *conubium* perse il suo valore, pertanto venne riconosciuto lo stesso diritto riguardo il matrimonio a tutti gli abitanti dell'impero.

## 6. Al posto della conclusione

La questione della tutela dei diritti umani e delle minoranze non fu estranea allo Stato romano, bensì questa fu una delle domande che appartenevano a una lunga serie di questioni che si basavano sul diritto romano che ancor oggi “informa” i sistemi giuridici moderni di tipo continentale. È da qui nasce la necessità della conoscenza del diritto romano come prerequisito per un giusto sviluppo della complessiva istruzione giuridica. Se si vuole comprendere un istituto giuridico o un fenomeno giuridico nella sua sostanza, come nel caso concreto di tutela dei diritti umani e delle minoranze, è necessario partire dal passato e non solo per studiare parzialmente questo fenomeno come semplice somma di norma giuridiche, ma è necessario studiarlo in un contesto più ampio, nell’ambito di circostanze storiche, giuridiche, politiche, culturali ed economiche, ovvero nell’ambito delle sue complessità e universalità.

La dichiarazione dei diritti umani e la libertà della costituzione di uno Stato si basa sui principi di base, in altre parole sull’uguaglianza dei cittadini davanti alla legge la cui base giuridica si trova ancora nella *Lex duodecim tabularum* (1,5): *Nexi mancipii que forti sanatique idem ius esto* (che venga ai debitori insolventi, ai mancipi e ai distinti client applicato lo stesso diritto) (Catalano, 1974: 140). Il quinto decreto della legge ricorda i principi nati nel periodo del capitalismo che proclamavano l’uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Questo decreto ha un carattere principalmente costituzionale e viene sottolineato da Maleica nel contenuto delle Leggi delle XII tavole: “alcuni decreti legislativi hanno anche un carattere costituzionale. Per questo motivo nella prima tavola, nella procedura penale, fu inserita una disciplina che diceva che il diritto dei cittadini deve essere uguale per tutti, indifferentemente dal fatto che essi siano liberi o in una posizione non privilegiata e indifferentemente dal fatto che appartengono allo strato di persone potenti o indifese” (Jovanović, 2007: 46).

Da questo principio ne deriva ancora uno che fu attuale nel periodo della promulgazione della *Lex duodecim tabularum* e che è ancora oggi attuale nel diritto moderno. Questo è il principio secondo cui la Costituzione prevede la tutela dei diritti umani e delle minoranze. La nominata tutela è fondata su una base di diritto romano, considerando che viene definita nella *Lex duodecim tabularum* (I,1).

Così venne definito che: “se qualcuno fosse stato citato in tribunale, ci vada. Se non si presenta, che vengano chiamati i testimoni e poi che lo prendano” (Nikolić, Đorđević, 2002: 75). L’uguaglianza davanti alla legge venne anche espressa mediante il famoso principio *audiatur et altera pars*, regolato nel settimo decreto della prima tavola delle leggi: “se non raggiungono un accordo, che vadano nella mattinata al comizio o al foro a discutere sulla controversia. Nel periodo del dibattito devono essere presenti entrambi le parti”.

Oltre alla proclamazione del principio, il diritto di ogni paese fu organizzato così da seguire la gerarchia dell'atto giuridico più importante, ovvero la Costituzione. Il principio citato fu proclamato nella costituzione di Giustiniano e Teodosio (*Neque Magistratum iussiones valebunt adversus id, quod lege orinatum est*) (Iust. Nov. 113,1,1). Entrambi le fonti usate per la definizione di questo principio si riferiscono a Gaio che nuovamente sottolineò che le nuove radici di questo principio sono principi della *Lex duodecim tabularum*. La tavola XI,5 dice: "Nella Legge delle XII tavole esiste una norma che dice che tutto ciò che è eletto dalla gente, sarà legale e riconosciuto, se in conformità con le principali disposizioni della Legge" (Nikolić et al. 2002: 82).

Di seguito, anche il principio di divieto retroattivo della legge, presente in tutte le Costituzioni, trova le sue fonti nelle disposizioni della legge delle XII tavole (*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatum etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit*) (Kaser, 1975: 56).

Un altro principio costituzionale, proclamato nella costituzione di quasi tutti i paesi e che possiede le sue radici già nella tradizione romantica della Repubblica, ovvero *Lex duodecim tabularum*, è un principio che riguarda il diritto penale "*nulla poena sine lege*". La radice del diritto penale si trova nella sesta disposizione delle tavole e dice: "Anche la Legge delle XII tavole vietava uccidere qualcuno senza sentenza giudiziaria" (Nikolić et al., 2002: 82). Inoltre, la garanzia costituzionale che dice che nessuno può essere condannato due volte per la medesima cosa se è già stata emessa una sentenza passata in giudicato, le sue fonti le trova nel famoso regolamento romantico *ne bis in idem* ("non due volte per la medesima cosa" (XII tavole).

Anche la libertà associativa che venne nuovamente affermata e proclamata da quasi tutte le nuove costituzioni, venne proclamata nella Legge delle XII tavole (VIII, 26). "*His sodalibus potestatem facit lex, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant*" (Kaser, 1971: 22) che tradotto significava: "Ai soci la legge permette di stipulare un qualsiasi tipo di contratto solo che non sia contrario all'ordine pubblica".

Oltre alle garanzie costituzionali citate che provengono da lontane fonti, come abbiamo già provato nella legge delle XII tavole, alcune delle discipline sono addirittura attualizzate nel diritto moderno. Questi sono soprattutto il diritto alla proprietà e il diritto alla successione, che fino ad ora, considerando le circostanze socio-economiche nei paesi in transizione, venivano risolti in un modo che sostanzialmente si differenziava dal modo in cui questa questione oggi viene



definita e che ha affermato anche il diritto tradizionale romano, ovvero il diritto privato di proprietà.

Alcune delle garanzie costituzionali citate e il loro collegamento con il diritto romano, in questa parte del lavoro, avevano l'obiettivo di provare che da una parte la questione della tutela del diritto umano e delle minoranze veniva posta e se ne parlava già nel diritto romano, a partire dal periodo della Repubblica e dall'altra parte di provare che le numerosissime regole giuridiche e i principi del diritto romano, proprio di questo periodo, hanno influenzato sicuramente lo sviluppo dei principi costituzionali moderni, il che va a favore della tesi sull'universalità del diritto romano.

### Riferimenti Bibliografici

Andonovski, J. (2010). *Правни положај пезегрина и странаца у римском и савременом праву (магистарска теза)*. Скопље: Правни факултет „Јустинијан Први“

Bragyova, A. (1992). *“Are There Any Minority Rights? Equality and Minority”*. Oxford: Clarendon press

Capotorti, F. (1977). *“Study On The Rights Of Persons Belonging To Ethnic, Religious, And Linguistic Minorities”*. Geneva: UN Center for Human Rights

Catalano, S. (1974). *Populus Romanus Quirites*. Torino

Deschenes, J. (1985). *“Proposal Concerning a Definition of the Tem “Minority”, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*. UN ESCOR, 38th session, Une/cn.4/Sub.2/1985/31

Gai. (1989). *Institutiones (превод на српском: Обрад Станојевић)*. Београд: Нолит

Игњатовић, М. (2007). *Старатељство над малолетницима – некад и сад*. Београд: Задужбина Андрејевић

Јовановић, М. (2007). *Коментар старог римског Ius civile, књига друга (Закон XII таблица (I-IV))*. Ниш: Правни факултет, Универзитет у Нишу

Kaser, M. (1971). *Das romische Privatrecht, Zweiter Abschnitt*. Munchen: Verlag C. H. Beck

Kaser, M. (1975). *Das romische Privatrecht, Zweiter Abschnitt*, Munchen: Verlag C. H. Beck

Машкин, М. А. (1977). *Историја старог Рима*. Београд: Народна књига

Николић, Д., Ђорђевић, А. (2002). *Законски текстови старог и средњег века*. Ниш: Правни факултет, Универзитет у Нишу

Ромас, А. (1973). *Izvori rimskog prava*. Zagreb: Informator

Станојевић, О. (2001). *Rimsko pravo*. Београд: Досије

Stein, P. (2007). *Rimsko pravo u Evropi (prevod sa nemačkog jezika: Nikola Peterak)*. Zagreb: Golden marketing-tehnička knjiga

Стојевич, Д. (1983). *Римско приватно право*. Београд: Савремена администрација

**Др Марија Игњатовић,**

*Ванредни професор Правног факултета,*

*Универзитет у Нишу*

## **ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У ДОБА РИМСКЕ РЕПУБЛИКЕ**

*- правни положај пегрегрина-*

### **Резиме**

Питање заштите људских и мањинских права представља једно од најозбиљнијих и најактуелнијих питања почев од римског права па све до данас. Историјски посматрано, готово у свим земљама, различитих друштвених епоха, постојале су одређене групе људи које су се издвајале од доминантног становништва било у етичком, религиозном, културном или језичком погледу. Те групе су се називале и данас се називају мањинама. Питање њихове заштите у оквиру одређеног правног система, представља јако комплексно питање, будући да се оно увек мора широко тумачити у контексту основних уставних начела и да њихова заштита, заправо не представља ништа друго до компромис између постојећег правног система и њихових културних, етичких, језичких, расних и националних карактеристика као темељних елемената за дефинисање мањине. У овом раду обрађено је питање заштите људских и мањинских права у оквиру римског права и то са два аспекта: улога римског права из периода Републике у заштити људских и мањинских права и допринос римског права из овог периода у стварању основних правних принципа у домену савременог грађанског али и уставног права, што истовремено сведочи и о универзалности римског права.

**Кључне речи:** мањина, заштита људских и мањинских права, културне, етичке, језичке, расне и националне карактеристике, римско право.

**Maja Nastić, LL.D.,\***  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.565.2:341.231.14

Раџ примљен: 06.07.2015.  
Раџ прихваћен: 12.10.2015.

## ***ECHR AND NATIONAL CONSTITUTIONAL COURTS\*\****

**Abstract:** *Comprising fundamental rights and freedoms and establishing the effective control system, the European Convention on Human Rights (ECHR) encroaches upon the area that is traditional reserved for constitutional law. Although built on the doctrine reserved for international treaty law, the Convention goes beyond the traditional boundaries that exist between international and constitutional law. It has gradually infiltrated into the national legal systems. Constitutional courts have had the crucial role in this process. This paper will focus on the applicability of the ECHR in proceedings before national constitutional courts. Having in mind the jurisdiction of the national constitutional court, the ECHR may be applied in two ways: first, in the process of constitutional review by national constitutional courts and, second, in the process of deciding on constitutional complaints.*

**Key words:** *ECHR, constitutional court, ECtHR.*

### **1. Introduction**

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) is indisputably a central reference text for the protection of fundamental rights in Europe. Having emerged on the ruins of Europe, its immediate aim was to give practical effect to certain rights and freedoms and to provide for their collective international implementation. Yet, this instrument was not primarily designed to create new substantive rights but to establish a new international mechanism which would enable individuals to initiate proceedings against their own states (Drzemczewski, 2004:7). The ECHR established a vigorous and solid foundation for the protection of human rights at the European level. The ECHR was opened for signature in 1950 and came into force in 1953. From that moment until the late 1980s, it was implemented only in West

---

\* maja@prafak.ni.ac.rs

\*\* The author acknowledges the grant of the MNTR 179046, for carrying out this research.

European countries. In the 1950s and 1970s, West European states successively embraced a new constitutionalism (Stone Sweet, Keller, 2008:5). They considered the Convention to be an instrument for preventing future wars, opposing Communism and articulating a common European identity. After the collapse of Communism, the Convention played a crucial role in binding the East and the West. Back then, the Convention started its “second” life and was adopted in the countries of Central and Eastern Europe. Soon, the number of signatories to the Convention and members of the Council of Europe doubled.

In order to fully comprehend the significance of the Convention, we will observe the impact of the ECHR on the protection of human rights in the national legal system and to what extent it is implemented by the bodies in charge of protecting human rights. In particular, it would be interesting to examine its implementation before the national constitutional courts. In that context, we will first discuss the legal nature of the Convention. Then, we will examine the importance of the ECHR in the constitutional appeal procedure and in the constitutional review proceedings. Finally, we shall observe the application of the ECHR before the Constitutional Court of Serbia.

## **2. The Legal Nature of the ECHR**

The ECHR, drafted under the patronage of the Council of Europe, is a multilateral treaty but it is an international treaty on human rights concluded between states for the benefit of individual users. “Unlike the 1948 Universal Declaration of Human Rights upon which it was founded, the ECHR represents more than a common standard of achievement” (Drzemczewski 2004:22). Unlike other similar international treaties on human rights, the ECHR defines legal measures to be undertaken in case there has been a breach of protected rights or freedoms. Furthermore, the Convention recognized an individual as an applicant before the European Court of Human Rights (ECtHR). The right of individual petition is a greatest novelty introduced by the ECHR. At the same time, the high contracting parties have agreed to observe and implement the decisions reached by the ECtHR in such proceedings.

Although the ECHR was originally considered to have established minimal standards for basic human rights, the ECtHR has interpreted the Convention rights in a progressive manner. According to the Court, the ECHR is not a static but a living instrument<sup>1</sup>, which must be interpreted in the light of present-day conditions.<sup>2</sup> Unexpectedly, through the interpretation of the ECHR, the ECtHR jurisprudence gradually generated a new form of law which has developed into an evolving

1 Case of Tyrer v. United Kingdom (appl. no. 5682/72)

2 Case of Loizidou v. Turkey (appl. no. 15318/89)

concept of “Convention law”. It is law in substantial rather than formal sense. The law of the Convention is neither national nor international law; yet, it comprises elements of both. It is applied not only by the ECtHR but also by the Committee of Ministers of the Council of Europe and by national courts. Moreover, this body of law is binding not only for the signatory states but also for individuals in the field of civil rights and liberties, thus creating a new common European system which substitutes the individual system of each member state. Hence, the ECHR ceases to be a simple international treaty based on the principle of reciprocity and evolves into a normative treaty encompassing both international and national legal structures (Drzemczewski, 2004: 9). Therefore, the ECHR cannot be interpreted in the same manner as other multilateral synallagmatic treaties.

The *sui generis* nature of the ECHR is also emphasized in the jurisprudence of the ECtHR. The Court stated “that a purpose of the High Contracting Parties in concluding Convention was not to concede to each other reciprocal rights and obligations in pursuance of their individual national interests, but to realize the aims and ideals of the Council of Europe and to establish a common public order of the free democracies of Europe with the object of safeguarding their common heritage of political traditions, ideals, freedom and rule of law”.<sup>3</sup> In the Belgian Linguistic case, the Court pointed out that the general aim of the ECHR, laid down by the Contracting Parties, was to provide for an effective protection of fundamental human rights, which is certainly not only because of the historical context in which the Convention was concluded but also due to the social and technical developments in our age offering States ample options for regulating the exercise of these rights. Therefore, the Convention implies a just balance between the protection of the general interest of the Community and the observance of fundamental human rights while attaching particular importance to the latter. Finally, in the case of *Loizidou v. Turkey*, the Court described the ECHR as “a constitutional instrument of European public order”.

Although the Convention does not contain any explicit rules on how contracting parties are to implement it, the ECHR now functions as a “shadow constitution”, or a “surrogate charter of human rights”, particularly in those states that do not have their own judicially enforceable Bills of Rights (Sweet Stone, 2009). Considering that the ECHR comprises a catalog of fundamental rights and freedoms and establishes the effective control system, the ECHR encroaches upon the area that is traditionally reserved for constitutional law. Although built on the doctrine of international treaty law, the Convention goes beyond traditional boundaries that exist between international and constitutional law. Nowadays, national judicial authorities in almost all contracting parties increasingly refer both to the ECHR and the national constitutions during their decision-making

---

3 Case Austria v. Italy (appl. no. 788/60)

processes. Therefore, in order to consider the real nature of the ECHR, we should observe its impact on the national system of human rights.

### **3. The ECHR in the proceedings before national constitutional courts**

The ECHR leaves to the High Contracting Parties to decide how to comply with the duty to observe the Convention provisions. It does not lay down for the contracting parties “any given manner for ensuring within their international law the effective implementation of any of the rights and freedoms guaranteed”.<sup>4</sup> As there are no international mechanisms which accurately define its status in the national law, each contracting party has chosen its own way of incorporating the ECHR into its legislation. Thus, there are various solutions. The ECHR commonly enjoys the status given to international treaties in general. It has supremacy over the national legislation but, in the hierarchy of legal documents, it is a document of a lower rank than the constitution. In the constitutions of some contracting states, international human rights’ treaties have been given a special status (e.g. Article 10 of the Spanish Constitution). Only a few contracting parties have acknowledged the constitutional status of the European Convention (e.g. Austria).

The attitude of the national constitutional system towards the ECHR was partly determined by its concept of human rights. If the national constitutional system has no comprehensively regulated human rights system, the Convention can be used to fill these gaps. The Convention thus compensates for the deficiencies in the national legal system of Austria, UK, and France. By contrast, Germany has a complete and accurate Bill of Rights incorporated in its Basic Law. Therefore, the role of the ECHR is to encourage the development of the national system.

The special character of the Convention is not reflected only in its status in the domestic legal system but also in its influence on the national human rights protection institutions, in particular constitutional courts. At first, national constitutional courts, as genuine defenders of national sovereignty, were reluctant to incorporate the ECHR into their national legal systems. The process was further aggravated by the fact that most countries did not recognize case law as a formal source of law. The resistance started yielding in the 1980s, and particularly in the past ten years of the 21<sup>st</sup> century. Nevertheless, the ECHR has gradually infiltrated in the national human rights’ protection systems. Constitutional courts have had a key role in this process. Being aware of the pervasive effect of the ECHR on human rights, they recognized that reliance on the Convention could strengthen their authority on the national level. Bearing in mind that the constitutional court is “the guardian of the Constitution” but also “the defender

---

4 Swedish Engine Drivers Union, Appl. no 5614/72

of human rights and freedoms”, the ECHR could be applied in two ways: first, in the process of constitutional review by the national constitutional court and, second, in the process of deciding on constitutional complaints.

### **3.1. Constitutional review and the ECHR**

Constitutional review is one of the most important constitutional court competences. It may be defined as “a power of judicial bodies to set aside ordinary legislative or administrative acts if judges conclude that they conflict with constitution” (Vanberg, 2005:1). It is “the core competence of the constitutional judicature in Europe” (Stojanović, 2014:76). The constitutional review may take on two different forms: *a priori* (preventive) control, pertaining to the regulation which has not been put in place yet; and *a posteriori* (subsequent and thus repressive) control, pertaining to the regulation which has already been established.

Given that international treaties become part of the national legal system in the process of ratification, the prevailing opinion is that they may be the basis as well as the subject of constitutional review. It directly depends on their status in the national constitutional law; yet, all these issues may be observed as part of a broader concept: the relationship between the national and the international law. The judicial review of constitutionality of international treaties implies the assessment of their compliance with the Constitution, exercised by the Constitutional Court. This type of constitutional review should be exercised as a preventive (*a priori*) control.

Considering the fact that the European Convention is an international treaty (albeit of a *sui generis* nature), it is subject to the same rules which apply to other international agreements. The Convention may be the subject or the basis for constitutional control, depending on its status in the national system.

In Austria, the ECHR has been granted the rank of constitutional law by an explicit constitutional norm.<sup>5</sup> The fundamental rights enshrined in the ECHR have the same status and the same importance as other fundamental rights enshrined in the Austrian Constitution, which gives the Convention a unique position in relation to classical international treaties. The ECHR is directly applicable constitutional law and it is used as an instrument for the general judicial review of legal norms (pursuant to Articles 139 and 140 of the Federal Constitutional Law). Even though many states have envisaged the ECHR as a legal document of a lower rank than the constitution, the jurisprudence of national constitutional courts indicates that the ECHR is more frequently used as a constitutional control instrument than as the basis for constitutional review. Such practice stems from

---

5 Art. II of the amendment to the Federal Constitutional law, Federal Law Gazette 59/1964

the fact that constitutional review of international treaties is a highly sensitive area of constitutional law. If the constitutional review of international treaties is undertaken, it should be exercised as an *a priori* control.

In the German system, according to Article 59 (2) of the Basic Law, the ECHR has been incorporated by virtue of a formal statute. Consequently, the Convention enjoys the status and rank of a federal statute. The Basic Law does not include explicit provisions on the constitutional review of international treaties. Nevertheless, the Federal Constitutional Court (FCC) has exercised this type of control in practice. The FCC considers that that international treaties may be subject to constitutional review by relying on the dualist transformation doctrine, which implies that review is made not of the treaty itself, but of the statute approving and transforming this agreement (Wildhaber, 1971: 335). Perceived in this manner, the constitutional review of international treaties has a character of an *a priori* control. The FCC took such a position considering the international complications that may arise in case a treaty which has already entered into force is declared unconstitutional (Marković, 1973: 41). The constitutional review of the ECHR has never been initiated by competent authorities and it has never been the subject matter of the FCC adjudication. However, the FCC has used the ECHR as a basis for instituting a constitutional review.

In the Spanish Constitution, the ECHR has a “supra legislative” status, which means that it has been ranked above the domestic legislation but below the Constitution. Further, the relevant provisions of the Constitution state that the provisions pertaining to the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution should be construed in accordance with international treaties and agreements on human rights that have been ratified by Spain. The Constitutional Court has repeatedly maintained that the ECHR can encompass the content of constitutional rights, having a special relevance for the interpretation of those rights. The ECHR is frequently quoted in the Spanish constitutional case law. The ECtHR jurisprudence has had an extraordinary impact on the national judicature and inspired more than 500 judgments rendered by the Spanish Constitutional Court. Since international treaties cannot be amended or derogated by domestic legislation, the Constitutional Court ruled that national courts have to set aside the legislation which is incompatible with the ECHR. In case of doubt, they may raise a question of constitutionality asking the Constitutional Court to review the compatibility of domestic legislation with the fundamental rights protected by the ECHR and the Constitution (Caligiuri, Napolitano: 2010).

In Italy, the ECHR was ratified and incorporated into the Italian legal system by Law No. 848 of 4 August 1955, formally obtaining the rank of an ordinary law. The critical moment for applying the Convention in proceedings before the



Constitutional Court was the constitutional revision in 2001. Since then, the jurisprudence of the Italian Constitutional Court contains a significant number of cases referring to the ECHR. In 2007, the Constitutional Court (for the first time) annulled a national statute on the grounds of being in contravention with the Convention. The Court held that the ECHR provisions must be taken into account as “interim rules”, given the fact that the ECHR takes “the middle ground” in the domestic hierarchy of sources of law (ranking between the Constitution and ordinary legislation) and that it is used as an instrument for constitutional control the national legislation. Although the Italian Constitution does not expressly refer to the ECHR and the Convention rules do not automatically prevail over the domestic rules, the disputes involving conflicts between the ECHR and the domestic laws cannot be directly resolved by ordinary courts; they have to be referred to the Constitutional Court. Consequently, the legislator is bound by the ECHR, whose rules are an indirect parameter for constitutional review of domestic laws.<sup>6</sup>

Despite being one of the original signatories to the ECHR, France actually ratified the Convention in 1974. Since then, by virtue of Article 55 of the Constitution, the self-executing provisions of the Convention have a hierarchically superior position over both prior and subsequent conflicting legislation (Drzemczewski, 2004:71). Under the French Constitution, Constitutional Council has the authority to review statutes and control their constitutionality. The Court exercises a preventive constitutional review, particularly in terms of the constitutional control of international treaties. Thus, Protocol No.6 to the ECHR was subject to constitutional review, initiated by President Mitterrand<sup>7</sup>. In a very brief decision, the Constitutional Council found that Protocol 6 to the ECHR concerning the abolition of death penalty contains no clause contrary to the Constitution. However, in the ensuing initiative taken by eighty-one members of the National Assembly, the Constitutional Council was invited to declare Article 4 of the French Abortion Law of 20 December 1975 unconstitutional and incompatible with Article 2 of the ECHR. As far as the ECHR is concerned, the Council unexpectedly made it clear that the incompatibility of legal rules provided in this treaty cannot be regarded as a case of unconstitutionality. According to Article 61 of the Constitution, the Council is authorized to decide on the conformity of statutes submitted to its examination with the Constitution. Therefore, the Council refused to incorporate the ECHR into the constitutional criteria for constitutional review.

---

6 Italian Constitutional Court, Decisions Nos. 348 and 349 of 2007

7 Decision No.85-188 DC du 22 Mai 1985 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>)

### 3.2. *Constitutional complaint and the ECHR*

Constitutional complaint is a legal remedy that can be invoked chiefly for the violation of constitutional rights and liberties arising from individual administrative or judicial acts issued by public authorities. The constitutional complaint procedure before the national constitutional court is a specific point of reference which connects the two systems: the European and the national system. The ECtHR may decide on human rights' violation issues only after all domestic legal remedies, including the constitutional complaint, have been exhausted. The exhaustion of domestic remedies reflects the principle of subsidiarity, which provides that the international protection of human rights comes into play in case of deficiency on the part of the State concerned. Moreover, the effective system of resolving individual complaint submitted to the national constitutional court may be a national filter for legal cases before they are referred to the ECtHR.

The European and the national human rights' protection systems have much in common. The comparison may be based on the major elements, such as: eligibility to submit, legal grounds for submission, requirements for admissibility, and legal effects of respective rulings of competent courts (Nastić, 2012:243). The constitutional complaint, just like an individual application to the ECtHR, places an individual at the centre of legal protection and ensures an equal position by enabling an individual to pursue protection against a more powerful rival (the state). Whereas the subject matter of application is regulated by general rules, the proceedings before the Constitutional Court are explicitly and precisely regulated by the national legislation. It seems that national legal systems, in order to observe the rules of active procedural legitimacy (eligibility to submit), set much stricter conditions for lodging a constitutional complaint. Yet, both the European and the national system exclude *actio popularis*. Finally, a constitutional complaint is an instrument of subjective nature whereas an application to the ECtHR is an instrument of objective character because the subject matter of application may be either the applicant's personal/private interest or the general/public interest. In the comparative analysis of these two systems, we may also note clear difference in the effects of rendered judicial decisions. The Constitutional Court decisions have the cassation effect whereas the ECtHR judgments are essentially declarative and they cannot annul the decisions of the national court or another state authority.

Yet, as previously noted, pursuant to Article 46 of the ECHR, the High Contracting Parties are obliged to abide by the final judgments of the ECtHR in any case to which they are parties. It follows, *inter alia*, that any judgment where the Court establishes a breach of human rights imposes a legal obligation on the respondent State to redress the applicant by providing relevant monetary

compensation (damages). Concurrently, the Court ruling implies an obligation of the respondent State to choose (under the supervision of the Committee of Ministers) the general and/or individual measures to be adopted in the national legal order to put an end to the violation found by the Court.<sup>8</sup> Furthermore, pursuant to Article 1 of the Convention, in the process of ratifying the Convention, the Contracting States are obliged to ensure that their domestic legislation is compatible with the Convention. Consequently, the respondent State is to remove any obstacles in its domestic legal system that might prevent the applicant from being adequately redressed.

Although a large majority of constitutional courts declare themselves not to be bound by the ECtHR case law, they admit that it is one of their main sources of inspiration. In fact, the ECHR case law can be used as an additional instrument for interpreting and defining the content and scope of fundamental rights enshrined in national constitutions. Moreover, considering the rank given to the ECHR in Austria, a constitutional complaint may be lodged for the infringement of rights enshrined in the Convention. In Germany, under Article 93 (4a) of the Basic Law, a constitutional complaint may be filled by any individual claiming a violation of the fundamental human rights stemming from administrative/judicial activities of public authorities. It is clear that a constitutional complaint may not be based on a breach of rights enshrined in an international treaty even if it has been transposed into German law by a federal statute (Hoffmeister, 2006:9). Yet, in its Decision of 14 October 2004, the FCC stated that the guarantees provided by the ECHR, due to its status in the hierarchy of norms, “are not a direct constitutional standard of review in the German legal system. A complainant, therefore, cannot directly invoke the violation of a human right contained in the ECHR by lodging a constitutional complaint before the Federal Constitutional Court.”<sup>9</sup> However, the Court held that the text of the Convention and the ECtHR case law serve, at the level of constitutional law, as guidelines for interpreting the content and determining the scope of fundamental rights and constitutional principles envisaged in the Basic Law. This does not lead to a restriction or reduction of fundamental rights protection that the individual enjoys under the Basic Law (BVerfGE 111, 307). The ECHR fosters a pan-European development of human rights protection. The Basic Law affords special protection to some core human rights envisaged in Article 1 (2). This norm, in conjunction with Article 59 (2), serves as the constitutional basis for the Constitutional Court obligation to take account of the Convention in the interpretation of fundamental rights in Germany. Accordingly, it may be possible to claim before the FCC that state organs

---

8 Case of Scozari Guinta v. Italy, appl. no. 39221/98, 41963/08, para 249.

9 BVerfGE 111, 307

did not properly take into consideration the ECtHR judgments; this possibility falls within the scope of German fundamental rights<sup>10</sup>.

In Spain, a constitutional complaint (*recurso de amparo*) may be filed against any act of a public authority, except for an Act of Parliament. It is a highly effective means of legal protection of fundamental rights and freedoms (Danneman, 1994:151). The Spanish Constitution repeatedly notes that it is irrelevant to examine whether international texts binding for Spain are being observed *per se* or not, but it is essential to supervise the observance and any infringement of constitutional provisions related to fundamental human rights and public freedoms which are protected in the constitutional complaint procedure. The jurisprudence of the Spanish Constitutional Court shows that the Court strictly observes the case law established by the ECtHR as a general rule. Thus, the Court has interpreted some of the fundamental rights listed in the 1978 Spanish Constitution as guidelines laid down by the ECtHR case law (Report Spain, 2014).

#### **4. The ECHR and the Constitutional Court of Serbia**

The State Union of Serbia and Montenegro ratified the ECHR as well as Protocols No. 1, 4, 6, 7, 12 to the Convention on 26 December 2003, and the Convention entered into force on 3 March 2004. In Serbia, the Convention was ratified almost 50 years later than in West European countries, which may be justified by the fact that our country (Yugoslavia) used to be part of the communist/socialist block. The ECHR was ratified almost 10 years later than in the neighboring countries, which may be attributed to insufficient commitment to human rights' protection issues. In order to evaluate the importance of the ECHR in our constitutional system, we will examine the legal nature of the Convention, its status in the national legislation and its application before the Constitutional Court of Serbia.

Like many other constitutions, the Serbian Constitution does not explicitly regulate the status of the ECHR. Yet, it has the same status as other international treaties. The status of international treaties is part of *materia constitutionis* in the Serbian Constitution, which is based on the monistic concept resting on the primacy of international law over the national law.

The Constitution (2006) specifies that ratified international treaties and generally accepted rules of international law shall be an integral part of the legal system of the Republic of Serbia. Ratified international treaties may not be in noncompliance with the Constitution, whereas the laws and other general acts enacted in the Republic of Serbia may not be in noncompliance with the ratified international treaties and generally accepted rules of international law (Article

---

10 Case of Görgülü v. Germany (appl. No. 74969/01)

194). Thus, in the hierarchy of legal acts, international treaties are below the Constitution but above the laws and other general acts enacted in Serbia. The Constitutional Court shall decide on compliance of laws and other general acts with the Constitution, generally accepted rules of the international law and ratified international treaties, and compliance of ratified international treaties with the Constitution (Art. 167).

It should be noted that, under the Constitution, generally accepted rules of international law and ratified international treaties are an integral part of the legal system in the Republic of Serbia and that they are directly implemented (Art. 16). This primarily implies that the decisions of the Constitutional Court and all other courts and state authorities may be based on generally accepted rules of international law and ratified international treaties. But, direct implementation of international treaties is limited only to those regulating human rights, including the ECHR. As far as the Convention is concerned, the direct implementation refers to the provisions which are suitable for direct implementation. Further, the Constitution stipulates that provisions on human and minority rights should be interpreted to the benefit of promoting values of a democratic society, in compliance with valid international standards on human and minority rights, as well as the practice of international institutions supervising their implementation (Art. 18). Finally, Article 22 of the Constitution provides that everyone has the right to judicial protection in case any breach of their human or minority rights guaranteed by the Constitution have been violated or denied, as well the right to remove the consequences arising from the violation. Therefore, the protection of fundamental human rights and freedoms is primarily exercised within the framework of the national judicial system, including the constitutional judicial protection, but such protection may also be pursued before international institutions, such as the ECtHR. All the aforementioned articles of the Constitution make a normative framework for incorporating the ECHR into the national legal system.

With reference to the topic of this article, it is relevant to observe the activities of the Constitutional Court of Serbia and examine how the ECHR is applied in the process of constitutional review and in the process of deciding on constitutional complaints.

#### ***4.1. Constitutional review***

Under the Serbian Constitution, the Constitutional Court has jurisdiction to rule on: the compliance of laws and other general act with the Constitution, generally accepted ruled of international law and ratified international treaties; the compliance of other general acts with the law; the compliance of statues and

general acts of autonomous provinces and local self-government units with the Constitution and the law; and the compliance of general acts of organizations with delegated public powers, political parties, trade unions, civic associations and collective agreements with the Constitution and the law. (Art. 167)

In the process of exercising the abstract constitutional review, the Constitutional Court intervenes by removing the legislative solutions and provisions of by-laws and other general acts which do not comply with the Constitution, generally accepted rules of international law and ratified international treaties. This implies that the international treaty may be subject to and the basis for constitutional review. Under the 2006 Constitution, the Constitutional Court retained the *a posteriori* control as a dominant form of control. Pursuant to Article 169 of the Constitution, there is also a possibility of instituting the preventive (*a priori*) control. In general, the system of preventive control gives rise to many questions and dilemmas. The only good point is the possibility of applying the preventive (*a priori*) control in the course of establishing the constitutionality of international treaties.

The ECHR is used as a basis of constitutional review. The Constitutional Court has been referring in its jurisprudence to the ECHR and the ECtHR opinions. Some of the relevant Constitutional Court decisions worth mentioning in this context are the ruling on the procedure for distributing mandates (seats) in the National Assembly<sup>11</sup> and the decision to repeal the so-called “blank resignation” institute<sup>12</sup> (Report Serbia, 2014).

The Constitutional Court has also rendered a decision prohibiting the work of a civil association, “The Fatherland Movement Obraz”,<sup>13</sup> expressing the view that the constitutionally guaranteed freedoms of opinion, expression and assembly may not be exercised by depriving other people or groups of those freedoms. In the case of IUz 147/2012, the disputed legal provision specified a statutory time limit for filing a motion for retrial. The Constitutional Court found that this provision was not in compliance with the the Constitution and ratified international treaty; consequently, in case the ECtHR subsequently renders a judgment finding a violation, the disputed provisions will bring into question the constitutionally guaranteed right to judicial protection.

Apart from reviewing the substantive and procedural aspects of the aforementioned constitutional provisions, the Constitutional Court has also called attention to the significance of the “quality” of laws, primarily in order to en-

---

11 The Act on the Election of MPs (Official Gazette of the Republic of Serbia No. 35/00)/ Decision in the case of IUz-42/2008 of 14 April 2011

12 The Local Elections Act – Decision in the Case of IU 52/2008

13 Decision in the case of VIIU-249/2009 of 12 June 2012

sure the observance of the principle of legal certainty. Thus, the Constitutional Court has also considered whether the requirements arising from the legal term “prescribed by law” have been met. Thus, relying on the concept of “law” provided within the meaning of Articles 9, 10 and 11 of the Convention and interpreted in the ECtHR case law as including both legislative acts and other general acts, the Court also considered the fact that the “law” must meet the requirement of being formulated with sufficient precision to enable everyone to adjust their demeanour in accordance with the consequences, which equally apply to all and are available by virtue of publication or some other means of public communication (Report Serbia, 2014).

#### ***4.2. Constitutional complaint and the ECHR***

The 2006 Constitution of Serbia recognized a constitutional complaint as an extraordinary legal instrument for the protection of human rights. It may be lodged against individual general acts or actions performed by state bodies or organizations exercising delegated public powers which violate or deny human or minority rights and freedoms guaranteed by the Constitution, provided that all other legal remedies for the protection have already been applied or have not been specified. This legal instrument is a valuable addition that rounds up the national human rights protection system. In the view of the Constitutional Court, the protection of “all constitutionally guaranteed human and minority rights and freedoms, both individual and collective, regardless of their position in the Constitution and whether they are explicitly integrated in the Constitution or implemented in the constitutional judicial system via international treaties” shall be exercised before the Constitutional Court.<sup>14</sup>

The Constitutional Court jurisprudence includes many decisions where the Court has explicitly referred to the ECHR and ECtHR case law. For example, in the case of Uz 227/2008 of 9 July 2009, when deciding on the presumption of innocence, the Court referred to the ECtHR case law which specifies that the presumption of innocence shall be violated if a judicial decision or a statement by a public official concerning a person charged with a criminal offence reflects an opinion that he is guilty even before he has been officially proven guilty. In the case of Uz 88/2008 of 1 October 2009, the Court established that the departure from the constitutional right to inviolability of confidentiality of all means of communication in the case at issue was in compliance with the Constitution and the law. The allegations concerning the violation of the complainant’s right to

---

14 The Constitutional Court’s Views on the Preliminary Constitutional Complaint Review Procedure of 30 October 2008 and 2 April 2009.

inviolability of the confidentiality of means of communication, as an aspect of the right to privacy enshrined in Article 8 of the ECHR, were unjustified.

In addition, in the constitutional review of the complaint filed by non-reappointed judges against the High Judicial Council Decision of 25 December 2009 concerning the termination of their judicial offices as of 31 December 2009 pursuant to the new Judiciary Act<sup>15</sup>, the Constitutional Court rendered a pilot decision upholding the complaint. The Court stated that the complainants should have been provided with all the procedural guarantees enshrined in the right to a fair trial, including rendering all individual and reasoned High Judicial Council decision that should have specified the individual reasons for the non-reappointment. The Court based its view, *inter alia*, on the ECtHR case law referring to Article 6, paragraph 1 of the ECHR (right to a fair trial), as well as on the view that the Court expressed in a number of judgments under which the absence of a reasoning may hinder access to justice if it precludes effective recourse to the appeal procedure due to insufficient grounds which the first instance decision is based on.

The Constitutional Court gradually aligned its jurisprudence with the view taken by the ECtHR in its judgments against the Republic of Serbia<sup>16</sup> stating that comprehensive constitutional judicial protection should entail both the establishment of breach and redress including both pecuniary and non-pecuniary damages.

Finally, it should be noted that the ECtHR is of the opinion that a constitutional complaint should, in principle, be considered as an effective domestic remedy within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention in respect of all application introduced as of 7 August 2008,<sup>17</sup> when the Constitutional Court adopted the first decision on the merits of the filed complaints, including the very first decision establishing a violation of the Constitution.

## 5. Conclusion

The constitutional protection of individual rights has been developed in all countries that have adopted the concept of a written constitution. After the Second World War, the role of the constitutional court has become significant in this area, especially in the constitutional complaint proceedings. Concurrently, an ongoing process of internationalization of human rights was under way. In Europe, the 1950 European Convention on Human Rights enumerates the basic

---

15 Official Gazette of the Republic of Serbia No. 116/08

16 For example, the case of Vlahović v. Serbia, R. Kačapor and Others v. Serbia

17 Case of Vinčić vs. Serbia (appl. Nos.44698/06, 44700/06, 44722/06 et. al)



civil and political rights of every person within the jurisdiction of any member state and establishes the procedural framework to vindicate those rights. The importance of the ECHR lies not only in the scope of envisaged human rights but also in the supranational control mechanism aimed at examining and remedying any violation of these rights, and ensuring compliance with the obligation imposed therein. In spite of certain weakness, in the period of over sixty years of its application (since 1953 when it came into force), the ECHR has grown into a strongest and most effective human rights treaty. Hence, the Convention has become a constitutional instrument of the European public order.

The ECHR and its protection system are not designed to substitute national human rights system. The European system is subsidiary, designed to handle all cases that have evaded the rigorous scrutiny of national constitutional courts. In other words, responsibility for adequate protection of individual rights no longer lies within the exclusive province of national courts but has to be shared with at least one supranational structure. Being aware of the fact that they do not have “the final say” in field of human rights protection, constitutional courts have accepted the standards laid down in the ECHR and the ECtHR case law on this matter. Furthermore, the effective operation of the national legal system and the European system of human rights can be ensured only through cooperation between national constitutional courts and the ECtHR.

Constitutional courts may apply the ECHR and the ECtHR case law in two ways: through direct implementation of applicable provision of the ECHR, and by accepting the ECtHR interpretation of its contents, basic principles and institutes as construed in the ECtHR case law.

## References

Caligiri, A. Napoletano, N. The application of the ECHR in the domestic systems. (retrieved 30 June 2015 from [https://www.academia.edu/633695/The\\_Application\\_of\\_the\\_ECHR\\_in\\_the\\_Domestic\\_Systems](https://www.academia.edu/633695/The_Application_of_the_ECHR_in_the_Domestic_Systems))

Danneman, G. (1994). Constitutional Complaints: The European Perspective. *International and Comparative Law Quarterly*. 43. 142-153

Drzemczewski, A. (2004). European Human Right Convention in Domestic Law-a comparative study, Oxford

Hoffmeister, F. (2006). Germany: Status of ECHR in domestic law. *Int J. Constitutional law*. 4 (4). 722-731

Marković, R. (1973). Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata. Beograd

Nastić, M. (2012). Komparativna analiza evropskog i sistema zaštite ljudskih prava u postupku po ustavnoj žalbi. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 63. 243-260

Stojanović, R. (2014). Pokretanje normativne kontrole prava u evropskom modelu ustavnog pravosuđa. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 67. 59-78

Sweet Stone, A., Keller, H. (2008). *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford

Sweet Stone, A. (2009). On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court. (retrieved from [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/71/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71/); 28 June 2015)

Vanberg, G. (2005). *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge  
XVIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, National report of Serbia (retrieved from [https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/LB\\_serbie\\_EN.pdf](https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/LB_serbie_EN.pdf); 30 June 2015 30 June 2015)

XVIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, National Report of Spain (retrieved from <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/LB-Espagne-EN.pdf>; 30 June 2015)

Wildhaber, L. (1971). *Treaty-Making Power and Constitution. An international and comparative study*. Helbing and Lichtenhahn

**Др Маја Настић,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

## **ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА И УСТАВНИ СУДОВИ**

### **Резиме**

*Најразвијенији међународни систем заштите људских права регионалног карактера данас функционише у оквиру организације Савета Европе и под окриљем Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Европска конвенција јесте међународни уговор, али међународни уговор *sui generis*. Та специфичност односи се на само на форму, већ и на суштину онога што представља и тиче се интерпретације права и слободe гарантованих њоме. Иако изграђена на доктрини међународног уговорног права, Конвенција несумњиво задире у област која је традиционално резервисана за уставно право, представљајући својеврсну спону унутрашњег и међународног права. Тиме, Европска конвенција може да понесе епитет уставног инструмента европског јавног поретка, како је то и указао Европски суд за људска права у својој пракси.*

*Став националног уставног система према Европској конвенцији значајним делом је био одређен тиме како је област људских права регулисана на унутрашњем плану. Кључну улогу у имплементацији Конвенције у унутрашњим правним системима одиграли су национални уставни судови, у тренутку када су постали свесни прожимајућег ефекта Конвенције и њеног свеукупног значаја за развој људских права. Осим тога, ослањањем на Конвенцију препозната је могућност да уставни судови ојачају своју ауторитет на унутрашњем плану.*

*Европска конвенција налази своју примену у поступку пред националним уставним судовима приликом спровођења нормативне контроле, као њихове основне надлежности.*

*Одлучивање националног уставног суда по уставној жалби појављује се као специфична "тачка везивања" националног заштитног система и система, који се успоставља на основу Конвенције и отвара најшире могућности за њему примену, посебно ако се има у виду да је уставна жалба последње правно средство које треба искористити пре евентуалног обраћања Европском суду.*

*Примена Европске конвенције у националним уставним системима, без обзира на специфичности уставних решења и разрађених система правне заштите, довела је до тога да овај међународноправни акт превазиђе обележја обичног*

*међународног уговора заснованог на реципроцитету, већ да добије обележја нормативног акта и уставни значај у разумевању основних људских права у унутрашњем систему.*

**Кључне речи:** *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, Уставни суд.*

**Др Александар С. Мојашевић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу  
**Др Љубица Николић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.763(497.11)

Рад примљен: 03.04.2015.  
Рад прихваћен: 10.05.2015.

## **ТРЖИШТЕ ОБВЕЗНИЦА ЈАВНОГ СЕКТОРА У СРБИЈИ: СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА\*\***

**Апстракт:** Предмет овог рада јесу државне и муниципалне обвезнице на финансијском тржишту Републике Србије. У уводном делу даје се приказ појма, карактеристика и врста обвезница, са посебним освртом на дужничке хартије од вредности које издају јединице локалне самоуправе (муниципалне обвезнице). Потом се анализирају позитивна законска решења која се односе на различите облике задуживања државе и јединица локалне самоуправе. Акцент се ставља на облик задуживања емисијом дугорочних државних и муниципалних хартија од вредности. На крају се наводи најновији пример добре праксе задуживања емисијом муниципалних обвезница у нашој земљи. Циљ је установити да ли су најновије измене релевантних законских прописа допринеле побољшању амбијента за задуживање јединица локалне самоуправе емисијом муниципалних обвезница. Одговор на ово питање је и од практичног значаја за потенцијалне инвеститоре на српском тржишту муниципалних обвезница.

**Кључне речи:** обвезнице, држава, локална власт, задуживање.

---

\* mojasevic@prafak.ni.ac.rs;

\* ljubica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године."

## 1. Увод

Локални економски развој (ЛЕР) дефинише се као „раст капацитета локалне економије да ствара богатство за становнике дате локалне заједнице, а тиме и да унапређује њихов квалитет живота кроз повећање запослености, реалних зарада, вредности личне имовине, обима и квалитета услуга локалних власти и слично“ (Беговић, Ваџић, Матковић, Мијатовић, 2006: 33). Питање које је нужно повезано са *растом капацитета локалне економије* јесте како обезбедити неопходна новчана средства, односно како финансирати локални економски развој. Све до 2005. године јединице локалне самоуправе у Републици Србији нису имале законску могућност за обезбеђивање додатних средстава ради финансирања локалног економског развоја. Значајна промена одиграла се 2005. године када је усвојен Закон о јавном дугу (ЗЈД).<sup>1</sup> Њиме је омогућено задуживање јединица локалне самоуправе на финансијском тржишту уз дефинисање највишег нивоа задуживања. Прописано је да се локалне самоуправе могу задуживати на два начина: кредитом и емисијом дугорочних хартија од вредности (*муниципалних обвезница*).<sup>2</sup> Управо је овај други начин финансирања побудио интересовање локалних самоуправа у нашој земљи, али и стручне јавности. Будући да муниципалне обвезнице представљају *нови финансијски инструмент* на још увек неразвијеном финансијском тржишту Републике Србије, оне заслужују посебну пажњу. У овом раду акценат стављамо, пре свега, на регулативу која се односи на ову врсту обвезница, како бисмо утврдили да ли су најновије измене релевантних законских прописа допринеле побољшању амбијента за задуживање јединица локалне самоуправе емисијом муниципалних обвезница. Одговор на ово питање важан је и због потенцијалних инвеститора, односно купаца муниципалних обвезница, посебно ако се има у виду сигурност коју оне пружају у односу на друге хартије од вредности.

## 2. Појам и карактеристике обвезница

На берзама се врши пласман дугорочних хартија од вредности. Две најзначајније дугорочне хартије од вредности јесу акције и дугорочне обвезнице. У теорији (Николић, 2008: 108) обвезница се дефинише као дужничка хартија од вредности чијим се емитовањем позајмљује туђи новац, то јест, емитент (издавалац) обвезнице обавезује се да ће имаоцу (купцу) обвезнице, у року њене доспелости, исплатити износ њене номиналне вредности (износ плаћен приликом куповине обвезнице) и

---

1 Закон о јавном дугу, *Сл. гласник РС*, 61/05, 107/09 и 78/11

2 Чл. 37. ст. 2. ЗЈД

уговорену камату. Према Закону о тржишту капитала (ЗТК),<sup>3</sup> обвезнице и други облици секјуритизованог дуга, укључујући и депозитне потврде које се односе на ове хартије од вредности, јесу финансијски инструменти који се сврставају у *преносиве хартије од вредности*, односно у хартије од вредности којима се може трговати на тржишту капитала. Према ЗТК, обвезница, али и други дематеријализовани финансијски инструменти, морају имати следеће елементе уписане у Централни регистар: ознаку врсте финансијског инструмента; идентификационе податке о издаваоцу; укупан број издатих финансијских инструмената; укупан номинални износ издатих финансијских инструмената; датум уписа у Централни регистар.<sup>4</sup> Поред ових *обавезних* елемената, обвезница (или друга дужничка хартија од вредности), *када је то применљиво*, мора имати следеће елементе: номинални износ на који гласи; податке о каматној стопи, о начину и роковима обрачуна камате; податке о доспећу обавеза издаваоца; податке о дану за који се везује право на исплату главнице или камате; и ако издавалац има право превременог откупа, податке о откупној вредности или начину одређивања откупне вредности, као и друге услове за остварење тог права.<sup>5</sup>

Обвезнице могу издавати: предузећа, банке и друге финансијске организације, осигуравајућа друштва, држава и друга правна лица. У развијеним привредама, предузећа и држава често позајмљују новац, емисијом и продајом обвезница. Оне су привлачне за штедише, јер нуде камату вишу од банкарске камате, као и враћање главнице по доспећу. Такође, за разлику од банкарских кредита, код којих постоји трајна веза између зајмодавца (банке) и зајмопримца, у случају обвезница, њен власник не мора је чувати до доспећа, односно продајом своје обвезнице на секундарном тржишту капитала, он раскида однос са емитентом. Осим тога, власници обвезница добијају камате независно од успеха у пословању емитената (Николић, 2008: 109).

Иако се обвезнице међусобно у много чему разликују, можемо издвојити четири најважније карактеристике обвезница (Николић, 2008: 109–110). Прва карактеристика јесте *трајање обвезнице*. Наиме, неке обвезнице доспевају на наплату у периоду до једне године (*краткорочне обвезнице*), за разлику од *дугорочних обвезница*, којима се новац позајмљује на период дужи од годину дана. Штавише, Британска влада користи обвезницу која никад не доспева (тзв. *вечна обвезница*), на коју плаћа камату заувек, али се

---

3 Чл. 2. ст. 2. тач. 2. Закона о тржишту капитала, *Сл. гласник РС*, 31/11

4 Чл. 8. ст. 1. ЗТК

5 Чл. 8. ст. 3. ЗТК

купцу обвезнице главница никада не враћа (Николић, 2008: 109). Каматна стопа на обвезнице зависи, делом, од њеног трајања, те су дугорочне обвезнице свакако ризичније. Као компензација за позајмљивање на дужи рок, дугорочне обвезнице обично имају више каматне стопе него краткорочне обвезнице.

Друга важна карактеристика обвезнице јесте *кредитни ризик*, односно могућност да емитент обвезнице не плати део камате или главницу дуга. Када купци обвезница процене да је вероватноћа за неизвршавање обавеза велика, они очекују више каматне стопе као компензацију за прихватање оваквог ризика. Пошто држава обично извршава своје обавезе, *државне обвезнице* носе мали кредитни ризик и зато се на њих плаћа нижа камата. Супротно томе, пословање неких предузећа несигурно је, те се на њихове обвезнице плаћају високе камате, као компензација за ризик позајмљивања таквим предузећима. У развијеним привредама, многе агенције процењују кредитни ризик различитих обвезница, и на основу тих процена, инвеститори доносе одлуку о куповини обвезница.

Трећа важна карактеристика обвезница јесте њен *порески третман*, односно начин на који порески прописи третирају зарађену камату на обвезнице. Камата на већину обвезница јесте опорезиви приход, тако да власник обвезнице треба да плати порез на остварену камату. Неке обвезнице, нарочито *државне*, могу бити ослобођене обавезе плаћања пореза на камате. То је још један разлог због чега државне обвезнице носе ниже каматне стопе него обвезнице емитоване од предузећа.

Коначно, *тржишна цена обвезница* представља битан фактор који утиче на одлуку инвеститора да ли продају или не купљене обвезнице (Николић, 2009: 110–111). Тржишна цена обвезнице зависи од камате која се исплаћује на обвезницу, од номиналне вредности обвезнице, и каматних стопа које се исплаћују на сличне нове емитоване обвезнице. Сходно томе, *ризик од промене каматних стопа* представљао би четврту карактеристику обвезница. Рецимо, уколико се на тржишту појаве нове обвезнице с вишим каматним стопама, то доводи до пада цена раније емитованих обвезница, те би, у случају њихове продаје пре доспећа, власници били на губитку. С тим у вези, можемо разликовати два типа купаца обвезница: конзервативне и агресивне купце. Ови први држе обвезнице до доспећа, очекујући само континуиран и сигуран приход, у виду камате и враћања главнице, док друге, агресивне купце, интересује *капитална добит*, односно разлика између продајне и куповне цене обвезнице. Њима је свакако неопходно тржиште, како би могли продавати обвезнице пре рока доспећа.



### 3. Врсте обвезница

У зависности од полазног критеријума, обвезнице се могу поделити у више врста (Николић, 2008: 111–113). Према категоријама *емитената*, можемо разликовати обвезнице јавног и приватног сектора, тачније, државне и муниципалне (општинске)<sup>6</sup> обвезнице, с једне стране, и обвезнице предузећа, с друге стране. За емисију државних обвезница не тражи се сагласност надлежног државног органа, док се таква сагласност, по правилу, тражи кад обвезнице емитују други субјекти. Код нас, поједностављена процедура издавања важи за финансијске инструменте (укључујући и обвезнице) које издају Република и Народна банка Србије.<sup>7</sup>

*Државне обвезнице* су, по правилу, најсигурније, јер држава обично извршава своје обавезе. Пошто државне обвезнице носе најмањи ризик, оне обезбеђују најнижу стопу приноса својим власницима, односно носе нижу камату у односу на обвезнице других емитената. *Муниципалне обвезнице* емитују локалне власти (градови, општине, региони) и најчешће служе за финансирање изградње инфраструктурних објеката. *Обвезнице предузећа* веома су заступљене на развијеним светским берзама, јер представљају привлачан начин за обезбеђивање додатног капитала. Њиховом емисијом предузећа не преносе део власништва, нити право управљања, као што је то случај код емисије акција. Као издаваоци обвезница, јављају се и банке, и друге финансијске организације (Љутић, 2004: 362–378).

Према начину измиравања обавеза емитената обвезница разликујемо: обвезнице с купоном и без њега. *Једнократно исплативе обвезнице (обвезнице без купона)* јесу обвезнице код којих је издавалац дужан да изврши своју обавезу у целости одређеног дана. Овде нема годишње исплате камате, већ се камата исплаћује одједном, после одређеног рока, или се, у моменту доспећа, имаоцу обвезнице исплаћују и камата и главница. *Вишекратно исплативе обвезнице (обвезнице с купоном)* подразумевају обавезу емитента да власнику обвезнице једном или више пута годишње исплаћује камату, све до дана доспелости обвезнице, као и да, на дан доспећа, врати главницу. Већина обвезница, на развијеним тржиштима, јавља се у овом облику. Посебан облик обвезница представљају оне, код којих издавалац нема обавезу да, о доспећу, врати позајмљену суму новца, већ има обавезу да непрекидно плаћа купонски доходак.

Према начину остваривања права, обвезнице могу бити *на име* и *на доносиоца*, што условљава и начин њиховог преношења. С појавом

---

6 У овом раду, усвајамо термин *муниципалне обвезнице*.

7 Чл. 5. ст. 1. ЗТК

обвезница као електронских докумената оне су постале хартије од вредности *на име*, и воде се у Централном регистру хартија од вредности.

У зависности од постојања обезбеђења исплате, обвезнице се деле на *гарантоване* и *негарантоване*. Поред персоналне гаранције других субјеката, издавалац може обезбедити и сопствену гаранцију – имовином. Обвезница, гарантована залогом непокретности, назива се *хипотекарна обвезница (mortgage bond)*, а постоји и обвезница гарантована општом кредитном способношћу неког субјекта – *debenture* (Дугалић, Штимац, 2006: 404, 413).

Обвезнице, и друге дужничке хартије од вредности, могу гласити на *динаре* и на *страну валуту*.<sup>8</sup> Обавезе из обвезница (и других хартија од вредности) издавалац је дужан да изврши у валути у којој су изражене.<sup>9</sup> Насупрот дужничких хартија од вредности, акције и други финансијски инструменти који се издају и којима се тргује у Републици могу гласити само на динаре.<sup>10</sup>

Обвезнице, по правилу, носе *фиксне камате*. Будући да се износ камате, у условима инфлације, реално обезвређује, обвезнице тада могу носити и *варијабилне камате*. Постоје и тзв. *партиципативне обвезнице*, које имаоцу, поред камате, дају право и на део добити издаваоца обвезнице. На светским берзама срећу се и *обвезнице с правом учешћа у дохотку (income bonds)*, код којих камате нису фиксне, већ зависе од постојања и величине оствареног дохотка.

У односу на могућност *откупа* од издаваоца, обвезнице могу бити обвезнице које издавалац може откупити и обвезнице које издавалац не може откупити.

Према року доспећа, обвезнице могу бити *краткорочне* и *дугорочне*. Краткорочне обвезнице пласирају се на берзи новца, а дугорочне обвезнице на берзи капитала.

Обвезнице могу бити *заменљиве* и *незаменљиве*. Заменљиве, односно конвертибилне обвезнице, дају имаоцу могућност да, под одређеним условима, може захтевати замену обвезнице, за неку другу хартију од

---

8 Код нас је прописано чланом 9. ст. 3. и 4. ЗТК да је пре издавања финансијских инструмената изражених у страниој валути, издавалац обавезан да добије сагласност Народне банке Србије. Такође, према чл. 9. ст. 7. ЗТК, када је издавалац Република, аутономна покрајина, јединице локалне самоуправе, правна лица корисници буџетских средстава и организације обавезног социјалног осигурања, примењују се одредбе закона којим се уређује јавни дуг.

9 Тако је прописано чл. 9. ст. 9. ЗТК

10 Чл. 9. ст. 1. ЗТК

вредности. И код нас се могу емитовати заменљиве обвезнице, заменљиве за акције.<sup>11</sup>

### **3.1. Значај и врсте обвезница јавног сектора**

Проблем буџетског дефицита савремена држава може решити на неколико начина: позајмљивањем од централне банке, што изазива инфлаторне последице; позајмљивањем од пословних банака, што је мање инфлаторни извор финансирања, али се тиме ограничава профитабилност банака, јер се ограничава њихово ангажовање у атрактивнијим пројектима; и емитовањем државних хартија од вредности. У теорији (Николић, 2008: 114) истиче се да финансирање буџетског дефицита емисијом обвезница може бити реализовано ако су испуњена два услова: први је везан за *функционисање тржиште хартија од вредности*, а други за постојање *финансијског поверења* у емитенте. Оба услова су испуњена када говоримо о развијеним земљама, попут САД, те се јавља и „широка лепеза“ дужничких хартија од вредности емитованих од јавног сектора. Тако се наводе следеће обвезнице јавног сектора (Fabozzi, 1989: 80–145): *државне обвезнице (government bonds)* које издаје и за њих гарантује држава; *обвезнице владиних агенција/корпорација (government agency/corporation bonds)*, чији је задатак финансирање делатности од општег интереса, као што су стамбена изградња, развој пољопривреде и слично; *краткорочне државне обвезнице (treasury bills)* које издају владе, ради финансирања краткорочних буџетских дефицита, насталих услед периодичних осцилација у наплати пореза, затим због неочекиваног смањивања буџетских прихода или непредвиђених буџетских трошкова; *муниципалне обвезнице (municipal bonds)* којима се најчешће финансира изградња инфраструктурних и других објеката од јавног интереса.

У САД федерална власт емитује обвезнице Министарства финансија, или се јавља као гарант за обвезнице федералних агенција. С друге стране, локалне власти емитују хартије од вредности, најчешће уз сагласност, али без формалне гаранције државе. Тржиште обвезница које издају локалне власти у САД има традицију дугу две стотине година. Искуство са овим тржиштем обвезница указује на то да је његов развој добрим делом зависио од степена развијености институционалних инвеститора (инвестиционих фондова, пензионих фондова и осигуравајућих компанија), будући да су они првенствено заинтересовани за инвестирање у обвезнице локалних власти. Управо полазећи од начина на који се развијало америчко тржиште обвезница, у нашој теорији поједини аутори (Вучетић, Јовановић, 2013:

---

11 Чл. 262. Закона о привредним друштвима (ЗПД), *Сл. гласник РС*, 36/11 и 99/11

108) наглашавају да развитак српског тржишта муниципалних обвезница у многоме зависи од развијености инситуционалних инвеститора. С друге стране, пракса показује да су транзиционе земље развој свог финансијског тржишта отпочеле емисијом и прометом државних обвезница, као и да је куповина државних обвезница представљала атрактиван вид пласмана капитала за све инвеститоре (Griffiths, 1990: 71–73).

Затим, као емитенти обвезница јавног сектора јављају се и *јавна предузећа*. Она активно учествују на развијеним финансијским тржиштима, посебно тржиштима обвезница, с обзиром на то да им често недостају финансијска средства. Разлог недостатка финансијских средстава јавних предузећа, између осталог, лежи у томе што су њихове цене добара и услуга често лимитиране од државе. Када је реч о Србији, може се рећи да јавна предузећа већ дуги низ година, и поред законске могућности,<sup>12</sup> не користе предности финансирања емисијом хартија од вредности. С тим у вези, одавно је у теорији (Николић, 2000: 103–105) истицана важност развитка овог тржишта, уз навођење претпоставки његовог развоја, а које се везују за примену фискалне (пореске) политике; прецизирање намене коришћења средстава; контролу трговине овим обвезницама; итд. Данас је задуживање јавних предузећа код нас регулисано ЗЈД,<sup>13</sup> којим је предвиђена могућност да Република, *али не и локална власт*,<sup>14</sup> може дати *гаранцију* за измирење преузетих обавеза јавних предузећа.<sup>15</sup> ЗЈД су прописани поступак и услови давања гаранције, обим средстава, престанак гаранције и друго.<sup>16</sup> И поред тога, јавна предузећа не јављају се као емитенти обвезница, због чега се, за разлику од обвезница Републике Србије,<sup>17</sup> њима и не тргује на секундарном тржишту капитала, што значи да тржиште ових обвезница фактички и не постоји код нас.

---

12 Још је чл. 3. Закона о хартијама од вредности из 1995. године (*Сл. лист СРЈ*, 26/95) била предвиђена таква могућност.

13 Чл. 1. ЗЈД

14 Чл. 34. ст. 3. ЗЈД

15 Чл. 16. ст. 2. ЗЈД

16 Од чл. 16. до чл. 25. ЗЈД

17 Како се из Извештаја Београдске берзе за 2013. годину јасно види, на нашој берзи тргује се искључиво *обвезницама Републике Србије*. При том, учешће у трговању инструментима дуга последњих година значајно опада, што указује на *озбиљан недостатак овог тржишног материјала*. Видети: [http://www.belex.rs/files/proizvodi\\_i\\_usluge/GI\\_2013.pdf](http://www.belex.rs/files/proizvodi_i_usluge/GI_2013.pdf)

### 3.2. Појам и значај муниципалних обвезница

Муниципалне обвезнице у широкој су употреби на развијеним финансијским тржиштима, за разлику од нашег које је тек у развоју. У теорији (Јовановић, 2014: 9) муниципалне обвезнице дефинишу се као *дужничке хартије од вредности које емитују јединице локалне самоуправе како би прибавиле средства потребна за финансирање капиталних пројеката (планираних или започетих) или за обезбеђивање средстава којима би се намирили повериоци, а којима се локалне јединице обавезују да ће вратити позајмљени новац са припадајућом каматом за одређени временски период*. Ове обвезнице могу емитовати ниже територијалне јединице (региони, градови, градске четврти, општине, села, парохије), као и локалне установе (школе, универзитети, болнице) и друге јавне службе.

Значај муниципалних обвезница огледа се, пре свега, у *привилегованом пореском третману*, што их чини врло атрактивним за инвеститоре у односу на друге хартије од вредности, рецимо, обвезнице корпорација. С тим у вези, код нас је прописано да се *не плаћа порез на приходе од капитала на камату по основу дужничких хартија од вредности, у смислу прописа којима је уређено тржиште хартија од вредности и других финансијских инструмената, чији је издавалац Република, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе или Народна банка Србије*.<sup>18</sup> Такође, прописано је и да се капиталним добитком не сматра *приход остварен продајом обвезница издатих у складу са прописима којима се уређује измирење обавезе Републике по основу зајма за привредни развој, девизне штедње грађана и дужничких хартија од вредности чији је издавалац Република, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе или Народна банка Србије*.<sup>19</sup> Друго, муниципалне обвезнице сматрају се *сигурним хартијама* од вредности због чега носе нижу каматну стопу. У прилог сигурности ових хартија од вредности у теорији (Јовановић, 2014: 18) наводе се: *гаранција исплате дуга приходима конкретного капиталног пројекта*,<sup>20</sup> као и *укупним приходима које остварује локална самоуправа*,<sup>21</sup> постојање законске и моралне

18 Чл. 65. ст. 1. тач. 2. Закона о порезу на доходак грађана, *Сл. гласник РС*, 24/01, 80/02, 80/02 – др. закон, 135/04, 62/06, 65/06 – испр., 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 – одлука УС, 7/12 – усклађени дин. изн., 93/12, 114/12 – одлука УС и 8/13 – усклађени дин. изн.

19 Чл. 24. ст. 3. Закона о порезу на добит правних лица, *Сл. гласник РС*, 25/01, 80/02, 80/02 – др. закон, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11 и 119/12

20 У овом случају реч је о *приходним муниципалним обвезницама (revenue bonds)*, јер оне доносе приход од конкретного пројекта због којег су и емитоване, попут: изградње базена, водовода, канализације и слично.

21 У овом случају, реч је о *општим муниципалним обвезницама (general obligation bonds)*, које носе мањи ризик у односу на приходне муниципалне обвезнице.

обавезе државе да изврши преузете обавезе и осигурање исплате код осигуравајућих компанија. Треће, *ликвидност* муниципалних обвезница произилази из чињенице да их њихови имаоци (правна и физичка лица) могу у сваком тренутку продати на секундарном тржишту капитала и тако доћи до ликвидне имовине. Продајом ових обвезница, они могу остварити и капиталну добит. Додајмо томе да се у теорији (Момировић, 2009: 233) наводе и друге предности инвестирања у муниципалне обвезнице, као што су: више каматне стопе у односу на каматне стопе државних обвезница или каматне стопе на депозитне улоге у банци; предвидив ток исплате камате; транспарентност емитовања, могућност осигурања, итд. Такође, ове обвезнице погодне су и за *емитенте* и то из неколико разлога: задуживање по нижој каматној стопи у односу на алтернативне облике задуживања, као што су банкарски кредити; привлачење ширег круга потенцијалних инвеститора, због горе наведених погодности, што доводи до пада цене финансирања; могућност ефикаснијег и флексибилнијег финансирања у складу са потребама и могућностима локалне власти у погледу обима, структуре и рока задуживања; могућност превременог откупа обвезница, итд. (Јовановић, 2014: 20–21).

С друге стране, постоје и одређени ризици повезани са куповином муниципалних обвезница. Најчешће се наводе (Јовановић, 2014: 22–25) следећи ризици: *кредитни ризик* који представља немогућност локалне власти – емитента да по доспећу обвезница врати инвеститорима уложена средства; *ризик каматних стопа* који подразумева да раст каматних стопа на тржишту доводи до пада цена раније емитованих обвезница; *ризик реинвестирања* или немогућност имаоца обвезнице да поново инвестира новац добијен откупом обвезница; *ризик откупа* који произилази из права локалне власти као емитента да у случају пада каматних стопа повуче целокупну емисију и поново се задужи под повољнијим условима (*кол опција*); *ризик волатилности* или промене цена обвезница; *порески ризик*; *ризик инфлације*; *ризик ликвидности*; *валутни ризик*, и други. Поред ових ризика, у теорији (Јакшић, Дреновак, Тодоровић, 2014: 552–553) наводи се и могућност наступања *моралног хазарда*, а који се огледа у томе да актуелна локална власт – емитент терет враћања главнице, чак и дела камате, може пренети на будућу локалну власт. Да би се то предупредило, користе се *обвезнице са амортизационим планом отплате*, односно обвезнице код којих се дуг (главница и камата) исплаћује *пре* рока доспећа и то у једнаким годишњим или полугодишњим ануитетима. Наравно, у првим годинама отплате веће је учешће камате у ануитету у односу на главницу дуга да би се касније, протоком времена, променио однос камате и главнице у ануитету. Оваква амортизација отплате омогућава локалној

власти да терет преузете обавезе лакше поднесе и прилагоди сопственој финансијској ситуацији. Штавише, постоји могућност и да износ анuitета у почетним годинама отплате дуга буде нижи, а да се временом повећава. У овом случају, реч је о тзв. *обвезницама са убрзаним амортизационим планом отплате* (Јовановић, 2014: 17).

#### **4. Регулатива која се односи на задуживање Републике Србије на финансијском тржишту**

У нашем правном систему, као емитенти државних обвезница могу се јавити: Република, аутономне покрајине, локалне самоуправе,<sup>22</sup> правна лица корисници буџетских средстава и организације обавезног социјалног осигурања.<sup>23</sup> Државне обвезнице могу бити краткорочне или дугорочне. Према ЗЈД<sup>24</sup> под *дугорочним државним хартијама од вредности* сматрају се државне хартије од вредности чији се период отплате протеже и на наредне буџетске године. Емитовање ових хартија врши се у оквиру лимита утврђеног законом којим се уређује буџет Републике.<sup>25</sup> Државне хартије од вредности (краткорочне и дугорочне) емитију се у нематеријализованом облику.<sup>26</sup> Купци ових хартија од вредности могу бити сва домаћа правна и физичка лица, док страна правна и физичка лица то могу да чине само под условима које прописује Влада.<sup>27</sup> Одлуку о емитовању дугорочних државних хартија од вредности доноси Влада Републике Србије. За емисију ових хартија од вредности у име Владе и за рачун Републике овлашћен је министар финансија,<sup>28</sup> или постављено лице у Министарству финансија које је решењем министра овлашћено да то чини.<sup>29</sup>

Република се може задуживати у земљи и иностранству, у домаћој и иностраној валути, уз изузетак да то може да чини искључиво у *домаћој валути*, када је реч о емисији краткорочних државних хартија од вредности.<sup>30</sup> Даље, клиринг и салдирање државних хартија од вредности емитованих на

---

22 У ЗЈД користи се термин *локална власт* као скраћеница за *јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе*. У наставку текста, користимо термин *локална власт*.

23 Чл 2. ст. 38. тач. 1. ЗТК.

24 Чл. 5. ст. 7. ЗЈД

25 Чл. 5. ст. 8. ЗЈД

26 Чл. 26. ст. 2. ЗЈД

27 Чл. 27. ЗЈД

28 Чл. 5. ст. 5. ЗЈД

29 Чл. 5. ст. 6. ЗЈД

30 Чл. 3. и 4. ЗЈД

*домаћем тржишту* врши Централни регистар ХОВ, док министар финансија доноси одлуку о клирингу и салдирању у примарној емисији државних хартија од вредности којима се може трговати на *иностраном тржишту*, као и о избору стране клириншке куће.<sup>31</sup> Затим, исплата државних хартија од вредности, по правилу, врши се на дан доспећа који је утврђен у акту о емисији. Но, могућа је исплата и пре истека рока доспећа, ако је таква могућност предвиђена у акту о емисији. У том случају, министар, или лице које овласти, доноси посебно решење. Но, поред исплате пре рока доспећа, могућ је и *откуп* пре рока доспећа од стране Републике, под условом да је и свим инвеститорима пружена таква могућност.<sup>32</sup> Коначно, предвиђена је и *забрана коришћења привилегованих информација* приликом куповине државних хартија од вредности, као и санкција за такво понашање, у виду забране учествовања у куповини. Одлуку о томе доноси министар финансија.<sup>33</sup>

*Разлози* због којих се Република може задуживати изричито су предвиђени ЗЈД. Наиме, Република се може задуживати ради: финансирања буџетског дефицита, дефицита текуће ликвидности, финансирања неизмиреног дуга, за инвестиције у капитална улагања и набавку финансијске опреме, као и за извршавање обавеза по датим гаранцијама.<sup>34</sup>

И поред ових законских могућности, државне обвезнице недовољно су заступљене на домаћем тржишту, за разлику од тржишта обвезница (нарочито обвезница јавног сектора) развијених тржишних привреда које одликује велики број различитих емитената, добро организовани посредници, дуги рокови доспећа ових хартија од вредности и високо поверење инвеститора (Николић, 2008: 117).

## **5. Регулатива која се односи на задуживање локалне власти у Републици Србији**

### ***5.1. Указивање на неопходност усвајања или измене релевантних закона***

На самом зачетку развоја тржишта муниципалних обвезница у Србији, поједини домаћи аутори (Вучетић, Јовановић, 2011: 188–189) позитивно су

31 Видети о клирингу и салдирању државних хартија од вредности: чл. 28. ЗЈД

32 Видети о исплати и откупу пре рока доспећа државних хартија од вредности: чл. 29. ЗЈД

33 Видети о забрани коришћења привилегованих информација: чл. 30 и чл. 31. ст. 2. тач. 4. ЗЈД

34 Чл. 5. ст. 1. ЗЈД



оценили измену *Закона о планирању и изградњи* и то у делу конверзије права коришћења у право својине на неизграђеном грађевинском земљишту,<sup>35</sup> али су, поред тога, указали и на неопходност усвајања одређених закона, попут *Закона о јавној својини*<sup>36</sup> и *Закона о враћању одузете имовине и обештећењу*<sup>37</sup> ради унапређења овог тржишта у нашој земљи. Измена Закона о планирању и изградњи, као и усвајање наведених закона, од важности је за повећање имовинске базе јединица локалне самоуправе, што би за последицу требало да има побољшање сигурности улагања у муниципалне обвезнице. У међувремену, ови закони су усвојени, као и Закон о тржишту капитала из 2011. године, који је прецизирао процедуру емитовања муниципалних обвезница, чиме су створени основни законски услови за емитовање и трговину муниципалним обвезницама у Србији. Затим, исти аутори (Вучетић, Јовановић, 2011: 176) указивали су на то да круг лица која се могу јавити у улози купаца ових обвезница треба проширити са *Републике Србије и финансијских институција на индивидуалне инвеститоре* (домаће и стране), посебно ако се узме у обзир то да ова категорија инвеститора располаже значајном количином штедње. С тим у вези, усвојени амандмани на Закон о јавном дугу из 2011. године отклонили су ову законску препреку. Даље, ови аутори (Вучетић, Јовановић, 2011: 190) с правом су указивали и на бесмисленост једногодишње забране прометовања муниципалним обвезницама на секундарном тржишту. У међувремену је отклоњена и ова баријера трговини муниципалним обвезницама на домаћем тржишту.

Може се закључити да је процес стварања релевантног законског оквира за емитовање и прометовање муниципалним обвезницама текао споро, али да је коначно уобличен, што су поједине локалне самоуправе у Србији препознале. У том оквиру, Закон о јавном дугу из 2011. године прецизно је прописао *основе и висину задуживања* јединица локалне самоуправе, те у наставку текста елаборирамо управо та питања.

## **5.2. Основи задуживања локалне власти у РС**

Поред Републике Србије, и локална власт је овлашћена за задуживање. Она се може задуживати на два начина: узимањем кредита или емисијом дугорочних хартија од вредности (муниципалних обвезница), које могу куповати домаћа и страна правна и физичка лица у складу са ЗТК.<sup>38</sup>

35 Чл. 101а. Закона о планирању и изградњи, *Сл. гласник РС*, 72/09, 81/09 – испр., 64/10 – одлука УС, 24/11 и 121/12

36 Закон о јавној својини, *Сл. гласник РС*, 72/11

37 Закон о враћању одузете имовине и обештећењу, *Сл. гласник РС*, 72/11

38 Чл. 37. ст. 2. ЗЈД

Одлуку о томе доноси орган локалне власти, по претходно прибављеном мишљењу Министарства. Оно је дужно да се изјасни у року од 15 дана од дана достављања захтева за давање мишљења и, ако се не изјасни у том року, сматра се да је мишљење дато.<sup>39</sup> Попут Републике, и локална власт може се задуживати у земљи и иностранству, у домаћој и страној валути, али не може давати гаранције.<sup>40</sup>

Разлози за финансирање локалне власти предвиђени су ЗЈД. Први основ задуживања јесте *финансирање дефицита текуће ликвидности*. Укупан дуг који је настао по овом основу мора се вратити пре краја буџетске године, не може се рефинансирати нити пренети у наредну буџетску годину и не сме прећи 5% укупних буџетских прихода остварених у претходној години. Други основ задуживања јесте *финансирање или рефинансирање капиталних инвестиционих расхода предвиђених у буџету локалне власти*. Реч је о *дугорочном задуживању* које је предвиђено као изузетак према ЗЈД. Износ неизмиреног дуга по овом основу не може бити већи од 50% укупно остварених текућих буџетских прихода локалне власти у претходној години. Изузетно, дуг може премашити 50%, ако се ради о дугорочном задуживању чији је рок отплате, не рачунајући период мировања, најмање *пет година*. Даље, износ главнице и камате који доспева у свакој години на сва неизмирена дугорочна задуживања по овом основу не може бити већи од 15% укупно остварених текућих буџетских прихода локалне власти у претходној години. Изузетно, за дугорочна задуживања преко пет година (која су предвиђена као изузетак), износ главнице и камате на сва неизмирена дугорочна задуживања може бити већи од 15%, *ако две трећине текућег суфицита у односу на укупно остварене текуће приходе чини удео већи од 15%*. Коначно, локална самоуправа може се *задуживати емитовањем дугорочних хартија од вредности ради финансирања инвестиционих, развојних и приоритетних пројеката и програма, као што су инвестиције у капитална улагања и набавка финансијске имовине*.<sup>41</sup>

Додатна одговорност локалне самоуправе приликом доношења одлуке о задуживању произилази из законске норме која прописује да у случају да дуг не буде измирен у складу са уговореном динамиком, или у случају немогућности измирења дуга, министар финансија *обуставља пренос трансферних средстава* из буџета РС до висине неизмираних средстава.<sup>42</sup> Ако Република изврши обавезу плаћања дуга уместо локалне самоуправе, она има право на повраћај главнице, камате и осталих трошкова, као и

---

39 Чл. 33. ЗЈД

40 Чл. 34. ЗЈД

41 Видети о дугорочном задуживању локалне власти: чл. 36. ЗЈД

42 Чл. 36а. ЗЈД

право да наплати законску затезну камату. Ово право Република може остварити обуставом права учешћа градова или општина у порезима које им има уступа, односно трансферима утврђеним посебним законом, или другим инструментима обезбеђења.<sup>43</sup>

### **5.3. Пример добре праксе: Град Шабац**

Први градови у Србији који су кренули са праксом емитовања муниципалних обвезница јесу Нови Сад и Панчево. Но, најновији пример емитовања ових обвезница из 2014. године представља Град Шабац, те ћемо у наставку овај град представити као пример добре праксе.

Новембра 2014. године Град Шабац објавио је *Јединствени проспекат за јавну понуду муниципалних обвезница и њихово укључење на Опен маркет сегмент регулисаног тржишта*.<sup>44</sup> Проспекат садржи све податке прописане чл. 15, 16, и 17. ЗТК и другим актима донесеним на основу тог Закона. У складу с чл. 33. и чл. 36. Закона о јавном дугу, Министарство финансија – Управа за јавни дуг, издало је мишљење<sup>45</sup> којим је дата сагласност Издаваоцу за задужење емисијом муниципалних обвезница у укупном износу од 400.000.000 дин. у 2014. години за финансирање капиталних инвестиционих расхода, а у складу с буџетом Града Шапца за ту годину. Такође, у складу с чланом 27. ЗТК, Проспекат је одобрила Комисија за хартије од вредности РС својим Решењем.<sup>46</sup> Тиме је Комисија потврдила да Проспекат садржи све податке прописане законима и подзаконским актима и да исти може бити објављен.

У складу с чл. 36. ЗЈД, 2014. године, Град Шабац је емитовао обвезнице за прикупљање финансијских средстава потребних искључиво за финансирање реконструкције, санације, адаптације и доградње затвореног базена. Обвезнице су издате са обележјем дужничких хартија од вредности у смислу ЗТК. Оне су издате у дематеријализованом облику, на име и у деноминацији у динарима – индексирано у еврима. Рок доспећа ових обвезница је *седам* година, са грејс периодом од *две* године. Обвезнице су издате у номиналној вредности од 10.000 динара по једној обвезници. Камата се обрачунава годишње, применом фиксне каматне стопе од 6%. Камата ће се исплаћивати почевши од прве године и закључно са седмом годином, док ће се главница исплаћивати у једнаким деловима почевши од треће године и закључно са седмом годином.

---

43 Чл. 38. ЗЈД

44 Доступан на: <http://www.sabac.org/download/municipalne-obveznice-prospekt-opt2.pdf>

45 Мишљење Министарства финансија, број: 401-532/2014-001 од 2. 4. 2014. год.

46 Решење Комисије за хартије о вредности о одобрењу објављивања јединственог пројекта, бр. 4/0-64-3240/6-14 од 20. 11. 2014. год.

Емитовање муниципалних обвезница Града Шапца изазвало је огромно интересовање инвеститора, што поткрепљују и подаци да је тражња била чак 50% већа од понуде ових обвезница.<sup>47</sup> Овај пример значајан је по томе што су обвезнице емитоване јавном понудом свим правним и физичким лицима, домаћим и страним, као и због тога што су обвезнице Града Шапца укључене на секундарно тржиште капитала.

## 6. Закључак

Процес изградње тржишта муниципалних обвезница у Србији текао је споро и поред указивања бројних аутора на неопходност успостављања законских и других претпоставки тог развоја, као и на предности финансирања јединица локалне самоуправе емисијом ових обвезница. Након коначног уобличавања релевантног законског оквира, поједине локалне самоуправе у Србији, пре свега Град Шабац, кренуле су 2014. године са емисијом муниципалних обвезница уз њихово укључивање на секундарно тржиште капитала. Ово последње посебно је значајно ако се има у виду чињеница да је домаће тржиште капитала још увек недовољно развијено, нарочито у делу трговине дужничким хартијама од вредности. Надамо се да ће пример Града Шапца следити и друге локалне самоуправе у Србији, препознајући све користи овог облика финансирања, и да ће се на српском тржишту капитала, поред државних обвезница, у већој мери појавити и муниципалне обвезнице.

## Литература

Беговић, Б. Вацић, З. Матковић, Г. Мијатовић, Б. (2006). *Локални економски развој*. Београд: Центар за либерално-демократске студије и Стална конференција градова и општина Србије.

Дугалић, В. Штимац, М. (2006). *Основе берзанског пословања*. Београд: Стубови културе

Fabozzi, F. (1989). *Bond Markets, Analysis and Strategies*. New York: Prentice-Hall International, Inc

Griffiths, H. (1990). *Financial Investments*. London: McGraw-Hill Book Company

Јакшић, М. Дреновак, М. Тодоровић, В. (2014). Алтернативни извори финансирања у функцији развоја локалних самоуправа. У Максимовић, Љ. Станишић, Н. (Прир.). *Стање и перспективе економског развоја Града*

---

47 [http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2014&mm=12&dd=24&nav\\_id=939877](http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2014&mm=12&dd=24&nav_id=939877), приступ: 21. 2. 2015.

*Крагујевца*. Крагујевац: Економски факултет Универзитета у Крагујевцу. 545–559

Јовановић, М. (2014). *Муниципалне обвезнице као облик финансирања локалне самоуправе*. Ниш: докторска дисертација. Необјављено дело

Љутић, Б. (2004). *Банкарско и берзанско пословање*. Београд: Магистар бизнис администрације – МБА Пресс

Момировић, Д. (2009). Муниципалне обвезнице – Новина или финансијска иновација на тржишту капитала Србије. *Финансије*. 1–6 (LXIV). 226–255

Николић, Љ. (2000). Финансирање јавних предузећа локалне самоуправе емисијом обвезница. У Анђелковић, Ж. (Прир.). *Имовина и јавни интерес у јавним предузећима локалне самоуправе*. Београд: Удружење урбаниста Србије и Пословно удружење јавних предузећа за стамбене услуге и грађевинско земљиште. 91–107

Николић, Љ. (2008). *Берзанско право и пословање*. Ниш: Five & Co

Вучетић, Д. Јовановић, М. (2011). Правно-економске поставке коришћења општинских обвезница за финансирање локалног економског развоја и унапређење конкурентности јавног сектора у Републици Србији. У Крстић, Б. (Прир.). *Унапређење конкурентске предности јавног и приватног сектора умрежавањем компетенција у процесу европских интеграција Србије. Тематски зборник радова*. Ниш: Економски факултет Универзитета у Нишу. 171–191

Вучетић, Д. Јовановић, М. (2013). Municipal Bonds as New Instrument for Enhancing Local Economic Development in Republic of Serbia. *Facta Universitatis. Series: Economics and Organization*. 10(2), 101–116

Јединствени проспект за јавну понуду муниципалних обвезница и њихово укључење на Опен маркет сегмент регулисаног тржишта (2014). Град Шабац. Доступан на: <http://www.sabac.org/download/municipalne-obveznice-prospekt-opt2.pdf>

Мишљење Министарства финансија. Број: 401-532/2014-001, 02.4.2014

Решење Комисије за хартије о вредности о одобрењу објављивања јединственог пројекта. бр. 4/0-64-3240/6-14. 20. 11. 2014

Закон о враћању одузете имовине и обештећењу. *Службени гласник РС*. 72. 2011

Закон о јавној својини. *Службени гласник РС*. Бр. 72. 2011

Закон о јавном дугу. *Службени гласник РС*. Бр. 61. 2005. 107. 2009. и 78. 2011

Закон о планирању и изградњи. *Службени гласник РС*. Бр. 72. 2009. 81. 2009 – испр. 64. 2010 – одлука УС. 24. 2011. и 121. 2012

Закон о порезу на добит правних лица. *Службени гласник РС*. Бр. 25. 2001. 80. 2002. 80. 2002 – др. закон, 43. 2003. 84. 2004. 18. 2010. 101. 2011. и 119. 2012

Закон о порезу на доходак грађана. *Службени гласник РС*. Бр. 24. 2001. 80. 2002. 80. 2002 – др. закон. 135. 2004. 62. 2006. 65. 2006 – испр. 31. 2009. 44. 2009. 18. 2010. 50. 2011. 91. 2011 – одлука УС. 7. 2012 – усклађени дин. изн. 93. 2012. 114. 2012 – одлука УС и 8. 2013 – усклађени дин. изн

Закон о привредним друштвима. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2011. и 99. 2011

Закон о тржишту капитала. *Службени гласник РС*. Бр. 31. 2011

Закон о хартијама од вредности. *Службени лист СРЈ*. Бр. 26. 1995

Београдска берза. (2013). *Извештај Београдске берзе за 2013. годину*, [http://www.belex.rs/files/proizvodi\\_i\\_usluge/GI\\_2013.pdf](http://www.belex.rs/files/proizvodi_i_usluge/GI_2013.pdf)

[http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yuyu=2014&mm=12&dd=24&nav\\_id=939877](http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yuyu=2014&mm=12&dd=24&nav_id=939877), приступ: 21.2.2015

**Aleksandar S. Mojašević, LL.D.**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**Ljubica Nikolić, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**PUBLIC SECTOR BONDS MARKET IN SERBIA: STATUS  
AND PROSPECTS OF DEVELOPMENT**

**Summary**

*In this paper, the authors analyze the government and municipal bonds in the Republic of Serbia, with special emphasis on the current legislation on this issue, primarily the legal provisions of the 2011 Public Debt Act. The analysis has shown that the process of creating the relevant legal framework necessary for the development of the municipal bonds market in Serbia has been rather slow, even though numerous theorists consistently called attention to the benefits of funding local authorities by issuing municipal bonds and proposed the necessary legislative changes in this area. The legislative process culminated at the point when some local government units in Serbia, forefronted by the City of Šabac, recognized all the prominent advantages of this form of local government funding. Given that all the legal requirements for issuing and trading with municipal bonds in the secondary capital market have been met, the future development of this market in Serbia will depend solely on the efforts of local authorities to actively engage in the not-so-simple process of preparing and implementing the bonds issuance, and subsequently their inclusion in the open capital market where government bonds are already being traded.*

**Key words:** *bonds, state, local government, borrowing.*





## II СУДСКА ПРАКСА

---

---



**Др Драган М. Стојановић,\***  
судија Уставног суда Републике Србије,  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ИЗДВОЈЕНО МИШЉЕЊЕ

UDK: 342.565.2:340.142

Рад примљен: 11.09.2015.  
Рад прихваћен: 01.10.2015.

**ИЗДВОЈЕНО МИШЉЕЊЕ НА ОДЛУКУ  
УСТАВНОГ СУДА IУЗ-156/14\*\*  
(Оцена уставности Закона о допуни Закона о  
судијама, „Службени гласник РС“, број 121/12)**

На седници Уставног суда одржаној 26. марта 2015. године, приликом већања и гласања у предмету IУз-156/14, подржао сам предложено одлуку преваходно због њене изреке. Одлуком се утврђује да Закон о допуни Закона о судијама („Службени гласник РС“, број 121/12) није у сагласности са Уставом. У оспореном закону садржане су искључиво одредбе прелазног карактера које одступају од општег режима избора судија на сталну судијску функцију. Допуном закона, Народна скупштина је упутила налог Високом савету судства да у одређеном року, непосредно пре истека трогодишњег мандата судија први пут бираних на судијску функцију, односно до 31. децембра 2012. године, изврши избор ових судија на сталну судијску функцију у судовима опште и посебне надлежности, без обзира на околност да рад судија које су први пут биране на судијску функцију није оцењиван у поступку редовног вредновања. У суштини, на овај начин један број судија је из једног привременог, временски ограниченог статуса, једноставно „преведен“ у трајни судијски положај, чиме је „поништено“ њихово уставно разликовање.

Задржавајући сумњу у њено претпостављено „касаторно“ дејство, одлуку сам прихватио *cum grano salis*, јер се нисам сложио са њеним „правним“ дејством, које су потврђивали основни акценти у њеном образложењу. Претходни предлог одлуке, који сам поднео као судија известилац, није добио потребну већину судијских гласова. У ондашњем предлогу одлуке, поред образложене констатације да је оспорени закон супротан Уставу, био је назначен даљи правни пут ка успостављању стања уставности. Тај

\* stojand@prafak.ni.ac.rs

\*\* Издвојено мишљење објављено је у Службеном гласнику РС бр. 63/2015

пут, као упадљиви, али и неизбежни уставносудски активизам у овом предмету, укључивао је правне обавезе које би Уставни суд одредио „правом“ адресату, Високом савету судства, у циљу целовитог извршења одлуке, односно делотворног отклањања свих последица по објективну уставност, насталих како самим доношењем тако и конкретном применом оспореног закона. Тиме би, по мом суду, била у потпуности остварена мисија Уставног суда у потпуном враћању на стање уставности, односно правне државности, које је било нарушено очигледним захватом законодавца у уставно начело поделе власти.

Сада усвојена одлука, која на први поглед делује као касаторна, заправо има чисто декларативни карактер. Она се може сматрати неком врстом *lex imperfecta* одлуке, имајући у виду да не производи никакве правне последице, нити успоставља пређашње стање уставности. Мада је, дакле, утврђујућа, одлука Уставног суда IУз-156/14 сама по себи није адекватно разрешила уставни спор, нити је доиста заштитила једну од вредносних супстанци Устава – начело поделе власти. Правна аргументација која је употребљена у њеном образлагању, пре свега, упорно инсистирање на конструкцији „изнуђене неуставности“ и искључивој „кривици“ Високог савета судства, заправо је допринела да Уставни суд одустане од радикалнијих мера које су му стајале на располагању. Изабран је једноставнији, лакши пут, али није отклоњена сумња да знатан број судија није изабран на трајну функцију у складу са Уставом, нити је законодавац спречен да поново разрешава конкретне правне ситуације за чије решавање није позван. Како је предмет уставносудског испитивања био индивидуални закон, чија је примена већ била исцрпљена, очигледно је да формално касаторна одлука нема никакво правно дејство на правне односе и ситуације настале извршењем закона, нити ће *pro futura* спречавати законодавну власт да делује на исти начи.

## II

Упадљиву слабост одлуке IУз-156/2014 видим у томе што се њено образложење више бави проналажењем оправдања за противуставну интервенцију законодавца, него њеним разарајућим дејством по правну државност и принцип поделе власти који је њен саставни део. У том смислу најпре се у образложењу даје оцена да је Високи савет судства, због пропуштања да донесе акт за вредновање рада судија, „сам себе лишио права да самостално одлучује о избору судија“ и да је тако „приморао законодавца“ да приступи доношењу оспореног закона. Овај став касније је више пута поновљен, али и додатно развијен, навођењем још неколико

констатација, које су се углавном односиле на мотиве, разлоге и циљеве деловања законодавне власти у овом случају. Тим ставовима се потврђује искључива одговорност правосудне власти која је пропустила да правовремено врши своје уставне дужности, што је био главни подстицај за интервенцију законодавца. Тако се за Високи савет судства наводи да је „сам прекршио једно од основних уставних начела на којима почива правна држава“, потом се поставља питање „да ли је законодавац у овом случају самовољно извршио узурпацију надлежности другог Уставом утврђеног органа или је на овај корак био принуђен због претходног кршења Устава и закона од стране тог органа“, да би се у одговору на ово питање дошло до закључка „да би без интервенције законодавца дошло до колапса ових судова (прекршајних – примедба Д.С.) и да би Република Србија остала без једне гране судске власти.“

Посебно је индикативна тврдња из образложења да „кршење уставног начела поделе власти не значи да се на тај начин аутоматски крши и независност судске власти“. Преузимање компетенције једног уставног органа, који је по Уставу једини позван да је врши, под извесним условима или при постојању оправданог мотива, не би значило угрожавање његове независности. Произлази да је законодавац извршио захват у компетенције судске власти заправо у интересу очувања њене независности и самосталности, као својеврсни незвани вршилац туђих послова. Пошто је повреда принципа поделе власти „изнуђена“, може се даље закључивати да је због тога она у исто време разумна, очекивана и објективно оправдана, што значи да се ближим посматрањем може показати да ње заправо и нема, односно да је законодавац, поступајући у некој врсти крајње нужде, деловао тако што је од два могућа начина изабрао поступање које је мање удаљеније од Устава. Кључни аргумент за тврдњу да је законодавац извршио адекватан избор је чињеница да су у свему поштована уставом гарантована права судија. На овај начин дошло се на крају до конструкције „изнуђене неуставности“, односно њеног „степеновања“, којом се оправдава „упад“ законодавца у домен правосудне власти. Једноставно, према овој конструкцији, законодавац је био приморан да интервенише, али је његово делање далеко мање неуставно, него пропуштање Високог савета судства да правовремено изврши своју уставну надлежност.

Независно од тога што је свако „степеновање“ противуставних понашања најчешће од малог значаја за уставносудску интерпретацију, јер Уставни суд утврђује објективно значење норми, односно објективни однос законске према уставној норми, овим интерпретационим стилем, тј. увлачењем „добрих намера“ законодавца у поступак и резултат интерпретације, може се оправдати готово свако противуставно понашање, чиме се за-

право сужавају акционе могућности Уставног суда у отклањању штетних последица неуставног деловања. Потребно је учинити само мали корак да би се дошло до закључка да Уставни суд треба да одустане од санкционисања „лакших“, „случајних“, „изнуђених“ или „оправданих“ случајева противуставног понашања законодавне или извршне власти. Али, тиме се заправо напушта пут објективне интерпретације, одустаје се од премисе потпуне лојалности Уставног суда једино Уставу, јер се у поступак интерпретације уносе несигурна, субјективна, политичка процењивања, циљне представе које се не налазе у самој норми, него се траже у мотивима њеног доносиоца.

Уместо конструкције „изнуђене“ неуставности, односно њеног „степеновања“, уставна интерпретација у образлагању негдашњег предлога одлуке која није била подржана већином гласова судија ишла је једино у правцу утврђивања објективне повреде Устава. Уставноправна аргументација у ондашњем образложењу предлога одлуке заснивала се, у главним цртама, на следећим ставовима:

„Из уставне поделе функционалних овлашћења у поступку персоналног обнављања судске власти произлази да се улога Народне скупштине окончава избором лица која се први пут бирају на судијску функцију, као и доношењем закона којим ће се утврдити услови и уредити поступак избора судија за трајно обављање судијске функције. Законом се, међутим, не може довести у питање, укинути, ограничити или условљавати уставно овлашћење Високог савета судства да самостално врши избор за трајно обављање судијске функције, установљавајући критеријуме за вредновање рада судија и оцењујући у сваком конкретном случају испуњеност општих законских претпоставки за избор судија. Околности случаја у овом уставном спору показују да три уставна органа, Народна скупштина и Влада, односно ресорно министарство, као политички државни органи, и Високи савет судства, као независни и самостални орган који обезбеђује и гарантује независност и самосталност судске власти, односно судова и судија, нису у свему предузели потребне радње за извршење Устава, односно избора судија, него су поступали тако да су у резултату својих деловања сви заједно прекршили Устав. Док је Високи савет судства неосновано пропустио да на основу постојећег законодавства донесе одговарајуће нормативне (подзаконске) акте о вредновању рада судија први пут изабраних на судијску функцију, чиме би створио неопходне нормативне услове за правовремено и потпуно извршење своје главне уставне надлежности, тј. избор судија за трајно обављање судијске функције, дотле је Влада предложила, а Народна скупштина усвојила закон који не само што не извршава Устав, него иде у правцу који га доводи у директан су-

коб са водећим уставним начелима независности и самосталности гране судске власти, правне државе и поделе власти, која је њен саставни део, јер је материјалним одредбама овог закона законодавна власт суштински преузела уставне задатке независног органа правосудне власти“.

### III

Индивидуални или формални закони, као што је то Закон о допуни Закона о судијама, подлежу уставној контроли у истом обиму као и „прави“ закони који садрже општа правила. Њихово одступање од општег режима, тј. примена само на изузетан случај, није разлог нити да се ти закони изузму из поступка апстрактне нормативне контроле, нити да се подвргну мањим захтевима у погледу њихове сагласности са Уставом. Изван сваке сумње је да се при доношењу овог закона Народна скупштина руководила искључиво разлогом целисходности, налазећи да се једна конкретна спорна ситуација може разрешити одступањем од општег режима, који је сама утврдила, искључиво према његовим посебним околностима. За оцену уставности закона, међутим, од одлучујућег значаја није субјективна воља (намера) законодавца него објективна воља (значење) Устава, односно закона. Неуставност се не може оправдати добрим намерама. При постојању сукоба између целисходности, коју процењује демократски законодавац, и правне државности, предност се у датом случају мора признати начелу правне државе, односно објективном значењу уставне норме.

По мом суду, законодавна власт је у овом случају очигледно повредила уставни принцип поделе власти и функционалних овлашћења. Начело поделе власти мора бити одржано при сваком конкретном избору, тј. персоналном обнављању судске власти, не само формално него и суштински. Допуном Закона о судијама Народна скупштина је, у ствари, сама извршила примену тог закона, издајући наредбу у форми индивидуалног закона правосудној власти о томе како и када да реши једну конкретну правну ситуацију у току, коју би Високи савет судства требало самостално да решава, према свагда важећим општим правилима. Прекршено је одавно утврђено начело, које и Устав без резерве прихвата, да законодавна власт не може да врши судске послове. Ако би законодавна власт могла сама да примењује законе, онда би била овлашћена, као што је то овде случај, да ради решавања конкретног спора измени постојеће законодавство или донесе потпуно нови закон.

#### IV

Неспорно је да се и без доношења утврђујуће одлуке Уставног суда закон практично више не може примењивати. Његова примена је исцрпљена. Закон је индивидуални, дакле, формалан, његово временско дејство је окончано самим његовим доношењем, односно једнократном применом. Посматрано са становишта законодавца, једна спорна ситуација је решена аутоматским, тренутним превођењем индивидуално одређеног броја лица из једног службеног статуса у други, без спровођења посебног поступка којим би се овај чин оправдао. Из чињенице да је законом извршена промена статуса тачно одређених лица, поименично утврђених скупштинским одлукама о првом избору на судијску функцију, произлази да се овде заправо ради о типично индивидуалном закону, без обзира што та лица у самом тексту закона нису именована. Оспореном закону очигледно недостаје опште дејство, јер не додирује нити ће убудуће додиривати субјективну позицију других лица која ће тек бити бирана на трајно обављање судијске функције. Њиме је, дакле, разрешена *in totum* конкретна правна ситуација, али не на основу општег правила, него прописивањем посебног правила које важи само за тачно одређена лица. Како је спорна правна ситуација разрешена у корист индивидуално одређених лица, логично је да уставносудску констатацију да закон на основу кога је извршена промена статуса није у сагласности са Уставом, не може да прати примена одредби члана 61 Закона о Уставном суду. У њима се предвиђа да је ограничено касаторно или *ex tunc* дејство одлуке Уставног суда могуће једино на захтев лица чија су субјективна права повређена применом противуставног закона. То значи да је практично немогућа измена појединачних аката, односно збирног акта Високог савета судства о избору на основу ове одлуке Уставног суда. Није разумно очекивати од бенефицијара да захтевају измену одлуке о њиховом „избору“ на сталну судијску функцију. Ова одлука Уставног суда се, дакле, зауставља на „обичној“ констатацији да закон није у сагласности са Уставом, и ништа више: избор који је извршен не може се преиспитивати.

За Уставни суд, међутим, објективна повреда Устава подразумева да и онда када је у питању индивидуални закон није довољна проста констатација несагласности са Уставом. Нарушена правна државност се тиме неће успоставити. Правна државност овде захтева да избор конкретних лица за трајно обављање судијске функције без изузетка буде извршен од надлежног уставног органа, односно Високог савета судства, што подразумева предузимање одређених мера и спровођење унапред познате правне процедуре. Једино је овај орган позван да утврди критеријуме вредновања рада судија, потом испуњеност услова за трајно обављање



судијске функције. Интерес већ изабраних лица да се њихов избор не преиспита још једном не би требало да буде непремостива препрека која би онемогућила успостављање стања сагласног Уставу, односно персоналног обнављања судске власти у складу са Уставом.

Сматрао сам да је у овом случају, због кршења начела правне државности и принципа поделе власти, не само могућа, него да је и нужна примена посебних мера у успостављању стања уставности. Те мере су се могле спровести на основу одговарајућих одредби Закона о Уставном суду. Ако се изменама појединачног акта не могу отклонити последице настале услед примене општег акта, тј. оспореног закона, нити би Високи савет судства могао, без допунских наређења Уставног суда, сам да мења своју одлуку, која је у време када је донета била законита, онда је једино могућа активна интервенција Уставног суда. Она би имала своје оправдање на основу изузетних одредби Закона о Уставном суду којима се предвиђа да Уставни суд може одредити да се последице утврђене неуставности отклоне „повраћајем у пређашње стање, накнадом штете или на други начин“ (члан 62 Закона о Уставном суду). Од ове три могућности које стоје Уставном суду на располагању природи уставног спора не би одговарао повраћај у пређашње стање, јер би се поново јавио исти проблем, протек Уставом утврђеног мандата, тако да Високи савет судства при постојању датих околности опет не би био у стању да правовремено изврши избор, те би због тога судијска функција морала да престане истеком изборног периода. Ни накнада штете не би била адекватан начин успостављања нарушење уставности, јер лицима која су „преведена“ у трајни судијски статус није учињена никаква повреда актуелних субјективних права нити им је нанета било каква штета. О накнади штете би се могло говорити само у случају да је због пропуштања Високог савета судства дошло до престанка мандата. Преостаје једино да Уставни суд одреди да се стање уставности успостави „на неки други начин“ који, с једне стране, не би водио повреди правне могућности да се буде изабран на трајни судијски мандата, нити би, с друге стране, нарушио редовно функционисање судске власти. Практично, тиме би се на основу одлуке Уставног суда судијска функција несметано вршила све до доношења појединачних аката Високог савета судства о избору на трајну судијску функцију у складу са Уставом и законом. То значи да би Уставни суд у свом активизму морао да иде много даље од улоге „негативног законодавца“.

Овај „други начин“ би значео да Уставни суд одреди начин извршења своје одлуке, што подразумева да се то учини у самој њеној изреци. У њој би се јасно утврдило које радње Високи савет судства треба да предузме („налаже се Високом савету судства да предузме неопходне

мере и активности...“) и да се одреди рок у коме то има да се учини. У обзир долазе једино радње и овлашћења којима Високи савет судства иначе располаже, а које је пропустио правовремено да искористи. То би било најпре доношење нормативног акта о критеријумима и поступку вредновања рада судија, чиме се свакако не би установљавала никаква нова надлежност Високог савета судства, потом спровођење поступка оцењивања рада судија у разумном временском периоду, те на крају сам избор судија на сталну судијску функцију. Одређивање да се на овај начин изврши одлука Уставног суда нема, дакле, дејство утврђивања неке нове надлежности Високог савета судства (и стручних савета у судовима) којом би Уставни суд прекорачио границе својих уставних овлашћења, него је обавезујуће „подсећање“ Високог савета судства на уставне обавезе које овај уставни орган има и које мора да испуни. У супротном, Уставни суд би неосновано толеришао стање неуставности које је такве природе да се може сматрати својеврсном узурпацијом власти, с једне стране, односно самовољним невршењем уставних задатака с друге стране. Имајући у виду сложеност ових радњи, пре свега поступак оцењивања рада судија у релативно дужем временском периоду, овај рок би износио најмање годину дана од објављивања одлуке Уставног суда. Могуће је уз то и одлагање објављивања одлуке.

Према томе, стање уставности нарушено доношењем Закона о допуни Закона о судијама могло је да буде успостављено тако што би Високи савет судства у примереном року извршио своју уставну обавезу, на начин којим би се у свему поштовале гаранције правичног суђења. При томе, посебно би се водило рачуна о чињеници да на страни „неоцењених“ судија не стоји никаква кривица (*nulla poena sine culpa*). Обавеза да се изврше претходне радње неопходне за оцењивање рада судија, потом спроведу индивидуализовани поступци избора, не би смела да доведе до стања које би било још удаљеније од Устава, поготово ако се има у виду одговорност за избор судија и одсуство било какве кривице на страни судија. То значи да би за ове судије морала да важи чврста *претпоставка изборности*, најмање у обиму и значењу које је Уставни суд својевремено признао судијама које су биле подвргнуте општем избору.

Изложени правни пут за извршење властите одлуке већински састав Уставног суда, међутим, није прихватио, опредељујући се за одлуку која нити има касаторно дејство нити захтева посебно извршење. Уставни суд је само утврдио да закон, који се ионако више не може примењивати, није у складу са Уставом, што се у случају индивидуалног закона принципно не може сматрати довољним резултатом „позитивне“ нормативне контроле.

## V

У својој сталној пракси Уставни суд је стриктно следио доктрину „судске уздржљивости“, избегавајући доношење „активних“ одлука којима би се у свему повратило стање уставности. Тиме су се свакако избегавали могући приговори да Уставни суд прелази границе својих уставних овлашћења, да испитује, процењује и делује као политички орган, али су, с друге стране, због оваквог ригидног приступа, његове касаторне одлуке често остајале без икаквог правног ефекта. Немали број одлука Суда, понекад у изузетно значајним уставним споровима, заустављао се на пукој констатацији неуставности, као у овом случају. Проблем је, међутим, у томе што се некада ризик „судског активизма“ мора прихватити, уколико се не жели доношење таквих одлука које ће једино уредно нотирати противуставност закона, што ће више водити компромитовању уставносудске функције него њеној афирмацији. Управо је то случај са овом одлуком. Између „судске уздржљивости“ и „судског активизма“, Уставни суд није извршио прави избор.



**Др Оливера Вучић,\***  
судија Уставног суда Републике Србије,  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Београду

ИЗДВОЈЕНО МИШЉЕЊЕ

UDK: 342.565.2:340.142

Рад примљен: 11.09.2015.  
Рад прихваћен: 01.10.2015.

**ИЗДВОЈЕНО МИШЉЕЊЕ НА ОДЛУКУ  
УСТАВНОГ СУДА IУЗ-156/2014\*\***  
**(Оцена уставности Закона о допуни Закона о  
судијама, „Службени гласник РС“, број 121/12)**

Уставни суд је на седници одржаној 26. марта 2015. године донео Одлуку којом се утврђује да Закон о допуни Закона о судијама („Службени гласник РС“, број 121/12) није у сагласности са Уставом. Не ускраћујући свој глас оваквој одлуци (јер доношење одлуке са другачијим, супротним садржајем у овој спорној уставноправној ствари није ни било могуће), положила сам се да Суд одлучујући у овом предмету учини и корак даље од саме констатације о неуставности коју је изрекао и тако суштински заштити Устав од кршења насталог поступањем законодавца доношењем закона са овим садржајем. Уз то, нисам могла да подржим ни образложење које прати ову непотпуну и тиме недостатну Одлуку, те ћу у овом издвојеном мишљењу изложити своје виђење начина поступања Уставног суда које би било једино примерено овом уставносудском спору. Све ово из разлога што овом Одлуком Уставни суд није исказао у потребној, по моме суду, нужној мери, снагу своје уставом успостављене потребе и смисла постојања, а то је заштита важећег Устава, која, притом, мора бити делотворна, у смислу да донета одлука Уставног суда мора довести до отклањања штетних последица које су наступиле услед деловања за које је Уставни суд утврдио да је противно Уставу. Уставни суд се задржао само на пукој констатацији постојања неуставности, пропустивши да сопственим активизмом, за који постоји ослонац у важећем нормативном оквиру, суштински отклони насталу неуставност.

Такође, како сам у потпуности подржала ранији предлог решења овог спорног уставноправног питања, предложен од стране претходног судије

\* olivera.vucic.pfb@gmail.com

\*\* Издвојено мишљење објављено је у Службеном гласнику РС бр. 63/2015

известноца, који потребна већина судија није прихватила, и који је, по моме суду, био не само правно испрван, већ је представљао потпуну – правно могућу, садржински сасвим прихватљиву и, што је у овој спорној ствари од изузетне важности, делотворну одлуку Уставног суда. Дакле, прихватајући став судије Стојановића као првобитног судије известноца, у потпуности подржавам и аргументацију коју је овај судија изнео у свом издвојеном мишљењу на ову Одлуку Уставног суда. Сматрам да је Уставни суд, поступајући на овај начин, стао на пола пута, изричући само суд о неуставности – који је, како сам на самом почетку истакла, с обзиром на утврђене чињенице, био и једино могућ, избегавши да својом одлуком суштински реши ситуацију насталу услед примене донетог неуставног закона.

У ранијем предлогу одлуке био је у оквиру тачке два изреке садржан налог Високом савету судства „да изврши избор судија на сталну судијску функцију, сагласно одредбама члана 52 Закона о судијама („Службени гласник РС“, бр. 116/08, 58/09-Одлука ЗС, 104/09, 101/10, 8/12-Одлука УС, 124/12-Одлука УС и 101/13), у року од годину дана од дана објављивања ове Одлуке у „Службеном гласнику Републике Србије“. Прихватањем оваквог предлога који је предложио „првобитни“ судија известилац, спор настао између донетог Закона о допуни Закона о судијама и важећег Устава био би решен у потпуности. Утврђујућа одлука Уставног суда о неуставности оспореног Закона била би допуњена и налогом Уставног суда да потребним деловањем Високог савета судства, извршеним сагласно важећем Закону о судијама, члану 52 овог Закона, изврши законом предвиђено вредновање и оцењивање рада судија за време трогодишњег мандата, чиме би последице изазване несагласности, и тиме неуставног избора ових судија, били отклоњени. Сада донетом Одлуком, за коју се определила већина судија, Уставни суд није одговорио суштини своје уставом успостављене надлежности – деловања у циљу заштите Устава.

Оспорени Закон о допуни Закона о судијама садржи искључиво одредбе прелазног карактера којима је законодавац, Народна скупштина, „наложила“ Високом савету судства да у одређеном року, до 31. децембра 2012. године, изврши избор свих судија на сталну судијску функцију у судовима опште и посебне надлежности, без обзира на неспорну чињеницу да рад судија које су први пут биране на судијску функцију није био оцењен у поступку предвиђеног обавезног вредновања. Сматрам неспорним да је оваквим законодавним поступањем Народна скупштина нарушила уставно начело о подели власти из члана 4 Устава и повредила принцип независности судске власти. Такође, налажући донетим Законом обавезу поступања другом Уставом успостављеном органу – Високом савету

судства – независном и самосталном органу који обезбеђује и гарантује независност и самосталност судија утврђену чланом 153 став 1 Устава, Народна скупштина је повредила Уставом утврђену надлежност Високог савета судства да самостално одлучује о избору судија на сталну судијску функцију, јер је поменути законским решењем прекршила и члан 147 став 4 и члан 154 Устава онемогућавајући Високи савет судства да изврши избор ових судија. Неизвршавањем своје законске обавезе да утврди критеријуме, мерила и поступак за вредновање рада судија, Високи савет судства је довео до озбиљних и далекосежних последица по судски систем у Републици Србији, јер је потоњим налогом Народне скупштине преко доношења оспореног Закона изабран одређени број судија које би, да је оцењивање спроведено сагласно важећем Закону, биле оцењене оценом „не задовољава“, те не би смеле бити изабране за судију на сталној судијској функцији. Надаље, овим „законским решењем прелазног карактера“, до кога је дошло садејством противзаконитог поступања Високог савета судства (који није испунио своје законске обавезе) и противуставним поступањем Народне скупштине (која је својим законским налогом, тежећи „санацији“ настале противправне ситуације, одређеном броју судија обезбедила трајно вршење судијске функције), произведене су наведене последице трајног карактера. Тако су, оспореним деловањем ова два органа, повређени основни елементи процедуре за конституисање и персонално обнављање судске власти, чиме је угрожена основна идеја којом се руководио уставотворац, да се очува и јемчи како органска самосталност, тако и функционална независност судске власти.

Подсетићу овом приликом на образложење одлуке Уставног суда (Решење IУз-43/2009 од 9. јула 2009. године) којом нису прихваћене иницијативе за покретање поступка за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговорима одредаба 99 став 1, члана 100 и члана 101 став 1 Закона о судијама („Службени гласник РС“, број 116/08). Том приликом, образлажући овакву своју одлуку, Уставни суд је најпре констатовао да је „Устав од 2006. године у односу на Устав од 1990. године и систем уређења судске власти који је на основу тог Устава успостављен, извршио значајне промене у погледу вршења и организације судске власти и начина избора судија, укључујући и начин избора на сталну (трајну) судијску функцију“. Даље, по тада изреченој оцени Уставног суда, „из уставних одредаба којима је утврђено да је судијска функција стална и да Високи савет судства, у складу са законом, бира судије за трајно обављање судијске функције (члан 146 став 1 и 147 став 3), а да Народна скупштина бира за судију лице које се први пут бира на судијску функцију на период од три године (члан 146 став 2 и члан 147 став 1), те да судији, између осталог,

престаје судијска функција ако не буде изабран на сталну функцију (члан 148 став 1), по оцени Уставног суда, произилази да се стална судијска функција може стећи и обављати искључиво избором од стране Високог савета судства, док се избором од стране Народне скупштине судије бирају само први пут и то са мандатом од три године. Наиме, из одредбе члана 148 *in fine* Устава, којом је утврђено да судији престаје судијска функција, поред осталог, и ако не буде изабран на сталну функцију, следи да **Устав** од 2006. године не јемчи сталност судијске функције стечене по раније важећем Уставу од 1990. године“. У даљем тексту овог образложења се истиче да „по схватању Уставног суда, уставотворац у наведеној одредби није имао у виду само престанак судијске функције судији који се први пут бира на судијску функцију од три године према Уставу од 2006. године, јер из Устава неспорно произилази да том судији мандат престаје истеком периода на који је изабран, него и престанак судијске функције свим судијама које не буду изабране од стране Високог савета судства, а то значи и свим судијама које су изабране према прописима донетим на основу Устава од 1990. године, а које, сагласно Уставу, не буду изабране од стране Високог савета судства на сталну функцију. Такво значење има и одредба члана 147 став 3 Устава, по којој Високи савет судства бира судије за трајно обављање судијске функције, што даље значи да судији који није изабран на сталну функцију од стране Високог савета судства раније стечена судијска функција такође може, под условима утврђеним законом, престати. Наведеним уставним решењем се, по оцени Уставног суда, обезбеђује једнак (исти) положај свих судија на сталној (трајној) судијској функцији у Републици Србији, тако што ће бити изабране од истог органа, сагласно условима прописаним Уставом од 2006. године и Законом донетим на основу тог Устава. На овај начин се истовремено обезбеђује додатно јемство независности судијске функције у будућности, јер се за разлику од избора судија које је у време важења Устава од 1990. године обављала Народна скупштина као политичко тело на предлог свог Одбора за правосуђе или Високог савета правосуђа, Уставом од 2006. године избор судија на сталну функцију ставља у искључиву надлежност Високог савета судства, као самосталног и независног државног органа, стручног и компетентног тела у коме већину чланова чине судије и истакнути правници. На наведеним уставним решењима о избору судија темељи се и оспорена одредба члана 100 став 4 Закона о судијама, према којој се првим избором судија сматра и изборна дужност судије у складу са раније важећим законима. Уставни основ за овакво решење лежи у чињеници да први избор судија по Уставу од 2006. године обавља Народна скупштина, да је Народна скупштина обавила и избор свих судија по Уставу од 1990. године, а да према важећем Уставу једино Високи савет судства



бира судије за трајно обављање судијске функције“. На самом крају овог уставносудског налаза се истиче да се „Уставом прокламована судијска функција као стална остварује (се) стога само избором судија од стране Високог савета судства, а једино први избор на судијску функцију са мандатом чије је трајање ограничено на три године поверен је Народној скупштини“.

Нема сумње да судије које су свој стални судијски ангажман добиле на основу Закона о допуни Закона о судијама који се оспорава пред Уставним судом **нису** изабране од стране Високог савета судства. Њих је изабрала Народна скупштина на трогодишњи мандат, а онда је наложила снагом моћи законодавца да их, кршећи важеће право, законом предвиђеном „симулацијом“, „изабере“ Високи савет судства на трајну судијску функцију. Зато су овако „изабране“ судије само, формалном одлуком Високог савета судства, преведене, без чина суштинског избора који представља есенцију уставотворчеве замисли и првобитног законодавчевог налога, у статус судија на сталној функцији. То су, дакле, судије изабране у суштини на исти начин на који је судије раније, по Уставу од 1990. године, бирала Народна скупштина, против чега је био творац Устава од 2006. године и што је својим одлукама, бавећи се „правосудном реформом“, потврђивао Уставни суд. Зато, по моме суду, овако „изабране“ судије – њих 859, у погледу начина на који су изабране носе исти онај могући критички отклон у односу на свој избор који је могао бити прихватљив у односу на судије биране по ранијем Уставу од 1990. године, с обзиром на природу политичког органа какав је Народна скупштина. Овим својеврсним сложеним чином, прво небриге Високог савета судства о томе да, као и сви други органи и сваки грађанин државе Србије, мора да поштује важеће право – Устав и законе Републике Србије, и сагласно у њима садржаним решењима врши своју надлежност а, потом, неуставног „маневра“ Народне скупштине да настало стање, не базирајући се на суштинску вољу уставотворца, преведе у стање које би личило, или имитирало, Уставом и релевантним законом прописано стање, суштински је избегнуто поштовање Устава и једнако тако суштински нарушен горенаведени нормативни оквир. Уставни суд, стога, није имао ниједну другу могућност но да поступи како је предложио претходни судија известилац и да настало стање, засновано на утврђеном кршењу Устава и Закона, преведе снагом свог судског активизма у правно прихватљиво стање.

Одлуком којом се само проглашава неспорна чињеница неуставности, уз изразе више пута понављаног разумевања изнудице у којој су се Народна скупштина и цео судски систем нашли кршењем Устава и закона од стране Високог савета судства, Уставни суд није извршио своју уставну мисију

заштите уставности и законитости, допустивши да из неправна настало „право“ остане на снази као трајна последица уставноправно кажњивог поступања.

Стављањем тежишта својих разматрања и изрицања свога коначног суда на „анализу правне ситуације која је претходила доношењу оспореног закона“ и исказујући разумевање за залагање законодавца да „ради очувања јединства правног поретка и несметаног функционисања судске власти у Републици Србији прибегне доношењу оспореног Закона“, Уставни суд се, по моме суду, и овом приликом определио за приклањање деловању законодавца с обзиром на оцену његових мотива и исправности политике коју он својим деловањем промовише и спроводи, занемарујући своју основну дужност, претпоставку свога постојања и деловања – лојалност важећем уставу. Разматрања о томе да ли је законодавац „самовољно извршио узурпацију надлежности другог Уставом утврђеног органа, тј. Високог савета судства, или је на овај корак био принуђен због претходног кршења Устава и закона од стране тог органа“, не само да су неприлична начину и смислу уставног правосуђа, него представљају кршење самог Устава, јер се Уставни суд на овај начин упустио у оцењивање разлога и степена кривице прекршитеља Устава, чиме је сам Устав подастро будућим прекршиоцима као акт који је, под одређеним условима, оправдано кршити, јер се у разлозима кршења могу наћи и основи за правдања таквог чињења. Не треба посебно напомињати да се оваквим обрасцем поступања широко, чак безобално, отварају врата уставносудске заштите прекршитељима важећег Устава, а на Уставном суду је само обавеза да разлоге кршења правилно сагледа и разуме, те ће и настале последице бити прихваћене као нужна последица „стања“, „туђе кривице“ или „изнудице“ која није остављала места алтернативи. Поштовање устава у свакој земљи, па и држави Србији ништа мање, јесте највиша обавеза и дужност којој се нити могу нити смеју претпоставити друге обавезе или дужности, још мање околности одређеног случаја или настала правна ситуација. Ово тим пре у случајевима када је одговарајућа норма устава јасна и недвосмислена, прецизна и разумљива без остављања имало простора да се тумачењем мора трагати за њеним правим значењем.

Бавећи се спроведеном реформом правосуђа, Уставни суд је био у прилици да донесе бројне одлуке. Сама чињеница да се толико исцрпно и дуго бавио овим законским пројектом и различитим и, опет, бројним модалитетима његових измена и допуна, говори о квалитету предузетих радњи и донетих аката од стране тадањих власти, пре свих од стране Народне скупштине. Често тражен активизам Уставног суда од стране бројних овлашћених предлагача и подносилаца десетина иницијатива у протеклим

годинама сведочанство је слабог квалитета нормативних решења, слабог и недостатног разумевања уставног системског решења судске власти у Републици Србији и олаког приступања тадањег законодавца тако озбиљној материји каква је материја уређења – успостављања и функционисања судске власти. У свему, ни сам Уставни суд, по моме ставу, није увек ишао правим путем. Почетак, ток и крај правосудне реформе, посматран и кроз рад Уставног суда на спорним питањима која су се отвараола, показао је да је начињен читав низ пропуста и да су донета бројна, најблаже речено, упитна решења. Издвајањем мишљења на безмало сваку одлуку коју је Уставни суд донео по питањима правосудне реформе, трудила сам се да докажем да се у сваком од тих случајева могло и, по моме суду, морало другачије судити.

Одлука Уставног суда која је предмет овог издвојеног мишљења најбољи је доказ да рђава правна решења време не може да исправи, да су грешке у правном поступању стална сметња функционисању правног система и да свака учињена радња или донети правни акт који се супротстављају важећем праву – Уставу и одговарајућим законима – морају бити од стране Уставног суда санкционисани на начин и у мери која ће у потпуности обезбедити успостављање нарушеног правног склада. И још нешто. Ова Одлука Уставног суда, на начин како је ја разумем, још једном потврђује да Уставни суд, сада већ као свој манир, у бројним случајевима прихвата трагање за решењима која ће бити „наклоњена“ законодавцу. Наиме, изражавајући разумевање за уставну позицију и политичку моћ законотворца, које иде до границе исказивања недопустиве толеранције преме грешкама које тај орган прави у односу на највиши закон земље – Устав, Уставни суд стоји на становишту безмало ничим ограничене моћи законодавца. Сматрајући да су бројна спорна питања могући израз „законодавне политике“ на чије је вођење законодавац овлашћен самим Уставом, Уставни суд као да губи из вида чињеницу да је Устав (у њему садржана начела и нормативна решења) бедем законодавчеве слободе, јер је овај орган, по питању своје природе, места у систему и утврђених надлежности, израз и последица установљавајуће, уставотворне власти.



## III ПРИКАЗИ

---

---



**Др Михајло Цветковић\***,  
Центар за правна и друштвена истраживања,  
Правни факултет у Нишу

ПРИКАЗ

*Рад примљен: 16.09.2015.*  
*Рад прихваћен: 02.10.2015.*

## МЕЂУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА „ПРАВО У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ СЛАБИЈЕГ“

Правни факултет Универзитета у Нишу, у склопу обележавања 55. годишњице рада, организовао је 18. и 19. маја 2015. године међународну научну конференцију на тему „Право у функцији заштите слабијег“. Избор теме Конференције израз је намере правне науке да допринесе побољшању неповољног правног положаја одређених категорија лица у разнородним правним односима, као што су деца, старији, особе са инвалидитетом, жртве насиља, жртве рата, припадници мањина, окривљени, потрошачи и други „слабији“ уговорачи, пацијенти, економски зависни субјекти и др. Оваква тема врло је актуелна имајући у виду растуће разлике и неједнакост међу људима на светском и локалном нивоу. Право може да понуди смернице како би се њихове перспективе макар кретале у истом, позитивном смеру.

На конференцији је учествовало 70 аутора са 63 реферата. Посебна пажња посвећена је иностраним гостима који су представили: Правни факултет Универзитета у Салцбургу (Аустрија), Max Planck институт за упоредно и међународно приватно право (Немачка), Правни факултет Универзитета Sakağa (Турска), Хеленски институт за међународно и инострано право (Грчка), Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Свети Ђирило и Методије“ (Македонија), Правни факултет Свеучилишта у Сплиту и Правни факултет Свеучилишта у Ријеци (Хрватска), Правни факултет Универзитета у Зеници и Правни факултет Универзитета у Тузли (Босна и Херцеговина), Немачку фондацију за међународну правну сарадњу (IRZ). Конференцију су увеличали и реномирани домаћи аутори са Правног факултета и Факултета политичких наука Универзитета у Београду, Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Правног факултета Универзитета у Бањој Луци и Криминалистичко-полицијске академије. Разноврсно географско и професионално порекло учесника (универзитетски радници,

\* mihajlo@prafak.ni.ac.rs

истраживачи, судије, адвокати) обезбедило је изузетне услове за научну дискусију.

Конференцију је отворила управница Центра за правна и друштвена истраживања проф. др Милена Јовановић Zattila, након чега се учесницима обратио и Декан Правног факултета Универзитета у Нишу, проф. др Мирослав Лазић. Част да реферише у пленуму припала је дугогодишњем пријатељу Факултета, проф. др Michael Geistlinger-у, на тему „Суседска политика Европске Уније и случај Транснистрије“. Потом је рад настављен у две истовремене, одвојене сесије. Једна је обухватила јавноправну, а друга приватноправну област.

Јавноправна сесија објединила је радове из уставног, радног, управног и кривичног права, укључујући и правноекономска питања. Аутори који се баве уставним правом и људским правима реферисали су о праву старих лица на највиши ниво здравствене заштите и праву на безбедне лекове, новом концепту посредне дискриминације према чл. 14 Европске конвенције о људским правима, заштити жртава оружаних сукоба и судској заштити службеника. Легитимна ограничења права грађана, родну равноправност (квоте за жене у политици) и изборна права особа са инвалидитетом повезује тзв. друштвени оквир „права слабијег“.

Услед иманентне субординације у радноправним и управноправним односима, стручњаци из ових области су се природно уклопили у тему Конференције дискутујући о заштитној функцији радног законодавства, службеној употреби језика приликом управног поступања и административним аспектима заштите особа са инвалидитетом. На значај макроекономије за заштиту слабијих указано је апострофирањем улоге Народне банке Србије као и излагањем о правичном моделирању пореског система и управљању јавним зајмом.

Кривичари су бројчано доминирали јавноправном сесијом на којој се дискутовало о заштити оптужених особа, поступку издавања казненог налога, злочину геноцида и законским гаранцијама права на правично суђење. Отворене су и шире теме као што су начело опортунитета и „in dubio pro reo“. На жртве кривичних дела скренута је пажња прилозима о ресторативној правди у функцији заштите од насиља у породици, као и о заштити мањинских група од говора мрзње. Постављена су интересантна питања: Да ли је неписменост виктомогена предиспозиција или криминогени фактор? Да ли је дете девијантног понашања починилац или жртва?

По темама, најразноврснија је била приватноправна сесија, подељена на три целине: грађанско материјално право, трговинско право и заштита



потрошача и грађанско процесно право са међународним приватним правом. Од реферата широког домаћаја као што је нпр. „Правна заштита слабије стране у приватном праву“ или „Приватна аутономија и забрана дискриминације у грађанскоправним односима“, до знатно ужих анализа попут излагања о статусу члана посаде брода, цивилисти су говорили о правном положају власника експроприсаног земљишта, заштити хипотекарног дужника од неправичних клаузула и корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате. Као редовно слабија страна у правном односу, дете је сагледано у радовима о поверљивом порођају, правном статусу детета у римском праву, породичним правима деде и бабе према унуцима. Ту спада и рад о детету као страни одштетних облигација. Такође, поменуте су и неке дилеме које нису у директној вези са темом Конференције, али су врло актуелне с обзиром на припрему Грађанског законика РС (појам предуговора, право грађења, статус хипотекарног дужника и његовог повериоца, теорија преокупације у систему имисионе грађанскоправне заштите).

Указујући на нова средства заштите и промене у законодавству, аутори који се баве потрошачкоим правом дискутовали су о заштити путника у ваздушном саобраћају, праву потрошача на једнострану раскид уговора и његовом положају у прекограничним споровима. Презентована су одређена национална решења: о заштити корисника банкарских услуга у Турској; ново уређење финансијских услуга у БиХ; заштита грчких потрошача у уговорима о осигурању. Дискусија је допуњена рефератима о наднационалним правним појавама као што су начело специјалног и диференцијалног третмана у праву Светске трговинске организације и утицају Директиве о електронској трговини на избор меродавног права поводом вануговорне одговорности за штету. Постављено је питање да ли је акт о личном стечају прикладан инструмент правне заштите за презадужене потрошаче?

Кључне речи процесуалиста односиле су се на правну заштиту тзв. правно невидљивих лица, поступак за лишење пословне способности особа са менталним инвалидитетом и психијатријско вештачење у поступку лишења пословне способности. Пошто је приликом решавања спорова заштита слабијег изузетно важна, указано је на положај слабије стране у медијацији и представљена је економска анализа парнице насупрот непосредном преговарању. Рефератима о осигурању одличне одговорности у европском међународном приватном праву и забрани позивања на одговорност у антидискриминационом праву окончана је дискусија.

Свакако треба поменути и писани допринос уважених колега са Финансијског универзитета Владе Руске Федерације, Руске академије адвокатуре и нотарства, као и Универзитета „Дружба народов“. Иако нису присуствовали, они су послатим радовима надоградили међународни карактер Конференције. Исто важи и за ауторе са бугарског Универзитета „Неофит Рилски“. Сви радови биће објављени у ванредном броју факултетског зборника високе националне категорије.

Одржавање конференције финансијски је помогло Министарство просвете, науке и технолошког развоја РС. Учесници са Правног факултета у Нишу изнели су резултате истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“. Општи је закључак да је Конференција протекла веома успешно и у садржинском и у организационом смислу, па је тако на примереном академском нивоу обележен јубилеј Факултета.

**Др Филип Мирић\***,

Стручни сарадник за наставу Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ

Рад примљен: 16.09.2015.

Рад прихваћен: 06.10.2015.

Миомира Костић, Дарко Димовски, Филип Мирић  
*„Малолетничка делинквенција кроз призму новинских извештаја  
у дневном листу Политика 1904–1941“*, Центар за публикације  
Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2015.

Монографија *„Малолетничка делинквенција кроз призму новинских извештаја у дневном листу Политика 1904–1941“*, аутора проф. др Миомире Костић, доц. др Дарка Димовског и др Филипа Мирића представља вредну криминолошко-виктимолошку студију о начинима извештавања и друштвеног реаговања на малолетничку делинквенцију у Краљевини Југославији, у периоду од 1904. до 1941. године. На укупно 316 страна текста аутори су научном методологијом истражили начине извештавања о тако сложеном друштвеном феномену какав је малолетничка делинквенција.

Структурално, монографија се састоји из два дела. У првом делу, који носи назив *„Теоријски приступ“*, аутори анализирају кривичноправни положај малолетника према тада важећем Кривичном законнику Краљевине Југославије из 1929. године. Треба истаћи да се према тада важећем кривичном законодавству пунолетство стицало са навршеном 21. годином. Ове одредбе су се придржавали и новинари пишући своје извештаје о малолетничком криминалитету за дневни лист *Политика*.

Пред ауторима је био нимало лак задатак да прикупе обимну грађу и све новинске извештаје о малолетничкој делинквенцији објављене у дневном листу *Политика*, класификују их и научно обраде. У другом делу рада под насловом *„Емпиријски приступ“*, управо је то учињено – анализирано је укупно 466 чланака о малолетничкој делинквенцији објављених у дневном листу *Политика* у периоду од 1904. до 1941. године. У оквиру овог дела, ради веће систематичности, чланци су подељени, према времену објављивања, на неколико периода: 1904–1923; 1924–1930; 1931–1935; и 1936–1941, а у оквиру њих предметно. Обрађивани су они новински извештаји који се односе на имовински криминалитет малолетника и криминалитет

---

\* filip@prafak.ni.ac.rs

насиља, чиме су аутори желели да пружи један садржински потпун преглед новинских извештаја о малолетничком криминалитету и делинквенцији уопште. На основу спроведеног истраживања аутори су у монографији изнели закључке који представљају значајан допринос изучавању начина извештавања о малолетничкој делинквенцији, што је од изузетног значаја како за развој криминологије, тако и за развој новинарства.

Општи закључак аутора је да стручна и општа јавност нису показивале посебно интересовање за тачно извештавање о обиму малолетничке делинквенције тога доба. У дневном листу *Политика*, у посматраном периоду, није објављена ниједна стручна нити научна расправа, односно критички осврт на стање малолетничке делинквенције у Краљевини Југославији с почетка прошлог века. Наравно, није се од новинара могло очекивати да малолетничку делинквенцију и малолетнички криминалитет посматрају на научни начин, уз доследну употребу одговарајуће правне терминологије, али недостатак криминолошких студија указује и на непостојање свести прегалника кривичноправне науке тадашњег времена да је њихова највећа обавеза да утичу на популаризацију и презентацију савремених научних учења и сазнања, и тако допринесу и превенцији криминалитета с једне, и проналажењу адекватног друштвеног одговора на различита противправна понашања младих с друге стране.

Аутори даље наводе да начин извештавања посредно указује на недовољно интересовање за феноменолошке и етиолошке показатеље малолетничке делинквенције. Ниједан од њих малолетничку делинквенцију не посматра на систематичан начин, као глобални друштвени феномен, узимајући у обзир све њене феноменолошке и етиолошке карактеристике. Ово је свакако један од најважнијих недостатака уочених приликом анализе новинских чланака који су били предмет истраживања. У вези са овим треба изнети и једно значајно ограничење. Чињеница да се најчешће извештавало о кривичним делима против имовине и кривичним делима са елементима насиља од стране малолетника, указује само да су ова кривична дела привлачила највећу пажњу јавности. Погрешно би било из ових навода извући закључак да ова кривична дела преовлађују у укупном криминалитету малолетника у посматраном периоду. До оваквих података би се евентуално могло доћи анализом правноснажно окончаних кривичних поступака према малолетницима, што није било предмет интересовања аутора.

Занимљиво је запажање аутора да ниједан чланак посвећен малолетничкој делинквенцији није објављен на насловној страни *Политике*, иако је било новинских текстова који би, судећи по тежини извршеног кривичног дела

и других околности случаја, завређивали да буду објављени на насловној страни. Када је реч о извештавању о криминалитету лица женског пола, уз име малолетнице је обавезно наведено и име њеног оца или мужа, што довољно говори о подређеном положају жена у претежно патријархалном друштву тадашње Југославије. Такође, уочава се и неједнак друштвени положај брачно и ванбрачно рођене деце. Ванбрачно рођење деце је био чест узрок чедоморства. Из свега наведеног се може закључити да је извршење кривичних дела са елементима насиља неретко имало за последицу и смрт жртве, што је у раду посебно објашњено.

У анализираним чланцима уочавају се бројне правописне грешке и употреба архаичних израза. У циљу очувања аутентичности наведених текстова у њима нису вршене језичке и правописне исправке где год је то било могуће. Овакав приступ је свакако допринео већој аутентичности самог рада.

Извештавање о малолетничкој делинквенцији у великој мери одсликава друштвени положај малолетника у Краљевини Југославији у XX веку, а још и више сведочи о начинима друштвеног одговора на ову негативну појаву. Због тога, монографија *„Малолетничка делинквенција кроз призму новинских извештаја у дневном листу Политика 1904–1941“* представља веома значајну студију која на један нов, рекло би се пионирски начин, сагледава феномен малолетничке делинквенције дајући му једну нову историјску, односно свевремену димензију.



# IV IN MEMORIAM

---

---





**Др Срђан Голубовић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

Рад примљен: 28.09.2015.

## **IN MEMORIAM: ПРОФ. ДР МИЛОРАД БОЖИЋ (1946–2015)**

Дана 29. 6. 2015. године напустио нас је наш истакнути наставник др Милорад Божић, редовни професор Правног факултета у Нишу у пензији. Током више од четири деценије савесног рада и истраживања, оставио је неизбрисив траг у српској академској заједници.

Професор Милорад Божић рођен је 4. новембра 1946. године у Белом Пољу, код Куршумлије. Дипломирао је на Економском факултету Универзитета у Нишу 1970. године, магистрирао на Економском факултету у Београду 1974. године, а докторску дисертацију одбранио на Економском факултету у Нишу 1979. године. Универзитетску каријеру започео је 1971, најпре на Економском факултету, а од 1985. године наставио на Правном факултету у Нишу. У звање редовног професора за ужу правно-економску научну област изабран је 1991. године. Током богате универзитетске каријере, на основним, магистарским и докторским студијама предавао је бројне предмете, међу којима се издвајају Економска политика, Право привредног система и Међународни економски и финансијски односи. Његова наставна и педагошка активност није била ограничена само на Правни факултет, већ је обухватала и друге факултете Универзитета у Нишу, пре свега Машински и Филозофски факултет. Професор Божић предавао је многим генерацијама студената. На предавањима пленио је добротом, хуманошћу и знањем, што му је међу студентима јачало ауторитет професора и педагога. Наставници и сарадници Факултета изузетно су га ценили и поштовали, препознајући његову колегијалност, принципијелност и приврженост академским нормама. Својом одговорношћу и поступцима чувао је не само своје достојанство, већ и достојанство својих колегиница и колега, и на тај начин допринио повећању угледа Правног факултета у Нишу. Професор Милорад Божић обављао је низ значајних академских и јавних функција. На Правном факултету у Нишу био је дугогодишњи шеф Катедре за правно-

---

\* golub@prafak.ni.ac.rs

економске науке, председник Савета и продекан Факултета. У периоду 2002–2004. године обављао је дужност декана Правног факултета у Нишу. Као декан Факултета био је сталожен, одговоран, вредан, али и захтеван руководилац. Професор Божић био је ангажован и у универзитетским органима, као члан Савета и председник Научно-стручног већа за друштвено-хуманистичке науке. Обављању функција на Универзитету приступао је са великим еланом, али и визијом његовог даљег развоја.

У научним и стручним круговима проф. Божић уважаван је као изузетан стручњак. Његов научни интерес усмеравао се ка кључним привредно-системским и економско-политичким питањима. Поред великог броја расправа, есеја и чланака, објавио је и низ обимнијих дела, међу којима издвајамо монографију “Економска политика – политика економске стабилизације”, затим више издања уџбеника “Економска политика”, као и уџбеник “Економија”, намењен студентима Машинског факултета Универзитета у Нишу. Овај велики опус заокружен је и едицијом осам тематских зборника „Балкан у процесу евроинтеграције“.

Професор Божић одликовао се сјајним организаторским способностима. Остаје у сећању његов ентузијазам у организацији интеркатедарских састанака, припреми бројних научних скупова и семинара, уређивању тематских зборника и часописа. Са научноистраживачким радом наставио је и након одласка у пензију. Био је укључен у покретање новог часописа Филозофског факултета Универзитета у Нишу “Балканске синтезе”, и као уредник припремио његов први број са темом „Економска сарадња на Балкану и његова будућност“.

Због свега што је током академске каријере постигао, професор Божић остаће нам у сећању као вредан научни радник, одговоран професор и педагог, а својим колегама прави и искрени пријатељ.

IV РАДОВИ СТУДЕНАТА  
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

---

---



**Мр Бојан Влашки,**  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Бањој Луци  
Република Српска, Босна и Херцеговина

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.9

Рад примљен: 15.07.2015.

Рад прихваћен: 06.11.2015.

## **САДРЖИНА И ПРАВ(Н)А ПРИРОДА КОНЦЕПТА ДОБРЕ УПРАВЕ**

**Апстракт:** Предмет овог рада је анализа садржине и прав(н)е природе концепта добре управе, као „амалгама“ правних и ванправних принципа који одређују рад администрације Европске уније и управа њених држава чланица. Након кратког излагања о настанку и историјском развоју концепта добре управе, биће указано на основне елементе његове садржине. У том погледу, нарочито ће се водити рачуна о освјетљавању битних компоненти концепта добре управе – законитости, цјелисходности, правилности, праведности, правичности, па и моралности. Биће ријечи и о прав(н)ој природи концепта добре управе, освјетљавањем његове правне стране, уз истовремено уважавање постојања ванправних елемената. Укратко, слједећим текстом се покушава објаснити унутрашњи смисао „европског“ концепта добре управе и указати на његов значај у контексту управног дјеловања институција Европске уније, те држава чланица и потенцијалних чланица ове јединствене заједнице европских држава.

**Кључне ријечи:** добра управа, управно дјеловање, законитост, цјелисходност, правилност, праведност, правичност, моралност.

---

\* b.vlaski@pravobl.com

## 1. Увод

Управа као друштвена појава у савременом свијету добија све више на значају. Након дугог периода обиљеженог, готово искључиво, ауторитативним карактером њеног дјеловања, управа је у последња два вијека на себе преузела низ важних друштвених послова са неауторитативним предзнаком. Интензитет промјена у технолошкој и привредној сфери друштвеног живота, који је без преседана у досадашњој историји човјечанства, захтјева од управе да не буде кочница економског развоја. Поред тога, на крилима теорије природног права порасли су и захтјеви за потпунијом и квалитетнијом заштитом појединаца у односима са државом, али и новим облицима међдржавних и наддржавних организација. С обзиром да од управе у највећој мјери зависи остварење ових захтјева, логична је тенденција за побољшањем њеног дјеловања у друштву и стварањем „хуманијег лица управе“, у смислу усвајања и примјене принципа добре управе. Формулисање ових принципа најдоследније је проведено у оквиру Савјета Европе и Европске уније, а њихов утицај је примјетан и у државама чланицама ових организација. Осим тога, принципи добре управе усвојени у оквирима Европске уније врше значајан утицај на државе које су кандидати и потенцијални кандидати за чланство у овој *sui generis* заједници држава. Претходно наведено се посебно манифестује кроз афирмацију стандарда тзв. европског управног простора (Кунић, 2009: 10–14; Kavran, 2004: 1063–1074; Cardona Pereto, Freibert, 2007: 51–59).

Концепт добре управе своју основу има у појму управе. За достизање идеала добре управе, веома је важно имати у виду различите аспекте појма управе. Као што је познато, појам управе је вишезначан и обухвата како правне, тако и ванправне елементе (Кунић, 2010: 5–33). С обзиром на то да концепт добре управе носи снажан правни печат, може се тврдити да је његово правно утемељење садржано у материјално-функционалној страни појма управе (Томић, 2009: 40–44). Међутим, поред правних, темељи концепта добре управе имају значајне ванправне изворе.

## 2. Настанак и еволуција концепта добре управе

Коријени концепта добре управе могу се наћи још у теорији природног права. Опстанак и развитак друштва уз остваривање општег (заједничког) добра, као једне од највиших вриједности природног права, неоствариви су без ваљаног дјеловања управе. Широко распрострањена поставка теоретичара природног права о дуализму позитивног и природног права, те о тежњи да се ово прво приближи потоњем идеалу у великој мјери је примјењива на настојања за усклађивањем управне праксе са принципима

добре управе. Даље, теорија природног права као предуслов за приближавање позитивног права природном истиче постојање владавине права и демократског, истински плуралистичког друштва. У практичном животу се исти предуслов захтјева за заживљење принципа добре управе. Поред тога, концепт природног права са наглашеним значајем идеја праведности и правичности представља важан основ активности институције омбудсмана у многим државама приликом вршења контроле над радом управе. „Тиме он (омбудсман – Б. В.) остварује повезивање принципа позитивног и природног права више него иједна друга државна институција“ (Давинић, 2008а: 78, 81). Ваља напоменути и да је претежно судски начин настанка принципа добре управе у европским оквирима, уклопљив у методе теорије природног права о отклањању несклада између природног и позитивног права, међу којима предњачи вид судског стварања права (Перовић, 2006: 799–916; Марковић, 1991: 202; Перовић, 2001: 205–217; Фулер, 2001).

Вишевијековни интелектуални напори истакнутих филозофа и правника на пољу природних права човјека добили су своју правну потврду у другој половини XX вијека, израдом значајних међународних и регионалних кодификација о људским правима. Прва и основна међу њима је Универзална декларација о правима човјека из 1948, усвојена у оквиру Организације уједињених нација. Као модел за усвајање ове кодификације људских права послужила је француска Декларација о правима човјека и грађанина из 1789. године. Универзална декларација о правима човјека заснована је на рационалној (умној) концепцији природног права, полазећи од тога да су сва људска бића обдарена разумом и свијешћу и да на основу тога треба да једни према другима поступају у духу братства. Она се као дјело природе рађају слободна и једнака у достојанству и правима, тако да свако има право на живот, слободу и безбједност личности (Перовић, 2006: 852–853). По узору на ову кодификацију усвојен је низ других докумената о људским правима међународног и регионалног значаја, од којих су за настанак принципа добре управе најзначајније Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. (у даљем тексту: ЕКЉП) и Повеља о основним правима Европске уније из 2000. (у даљем тексту: ПОПЕУ) године. Усљед тога, концепт добре управе се у правној теорији најчешће посматра у европским оквирима. С обзиром на то да је ЕКЉП настала у оквиру Савјета Европе, а ПОПЕУ представља тековину права Европске уније, развој принципа добре управе можемо посматрати у оквирима ове двије организације. Осим тога, не смије се превидјети ни значај општих принципа и правила управног права држава чланица наведених организацаја. При томе треба имати у виду међусобне утицаје и испреплетеност правила добре управе који су тим путевима створени.

У том свјетлу је нарочито важан повратни утицај који принципи добре управе усвојени од институција Савјета Европе и Европске уније врше на правне системе држава чланица (па и потенцијалних чланица) ових организација. Сходно томе, развој добре управе би требао бити у врху приоритета држава кандидата и потенцијалних кандидата за чланство у Европској унији, како у испуњавању обавеза из чланства у Савјету Европе (имајући у виду чињеницу да су те државе чланице Савјета Европе), тако и у процесу европских интеграција.

ЕКЉП је први документ међународног карактера којим је гарантована правна заштита појединаца у односима са државом (Jakšić, 2006: 12, 15). Како већину тих односа појединци успостављају у односу према органима и организацијама јавне управе, ЕКЉП је постала и значајан инструмент за унапријеђење рада управе. У том смислу, одредбе ЕКЉП (нарочито чланови 6 и 13) су биле инспирација за доношење једне резолуције и низа препорука Комитета министара Савјета Европе, све са циљем побољшања рада управе. Поред тога, систем правне заштите створен ЕКЉП, са централном улогом Европског суда за људска права у Стразбуру, недвојбено је унаприједио положај појединаца у земљама чланицама Савјета Европе у односима са управама тих држава.

Паралелно са напорима тијела Савјета Европе усмјереним на афирмисање концепта добре управе, текао је сличан процес у оквиру институција Европске уније.<sup>1</sup> С обзиром на то да оснивачки уговори Европске уније нису предвидјели прецизне одредбе о начину и поступку вршења активности администрације Уније, улога креатора принципа добре управе је припала Европском суду правде. При томе су као извор за профилисање принципа добре управе послужила општа правна начела прихваћена у правним системима држава чланица Уније (Kanska, 2004: 302; Lanza, 2008: 479-480; Mendes, 2009: 3). Посебан допринос подизању значаја стандарда добре управе у раду институција Европске уније дала је институција Европског омбудсмана. Један од најпрепознатљивијих резултата рада ове институције је усвајање Европског кодекса доброг управног поступања из 2001. године, од стране Европског парламента. Поред тога, за издвајање неколицине значајнијих принципа добре управе и њихово подизање на ниво права на добру управу, те укључивање овог права у ПОПЕУ, кључна је била улога Европског омбудсмана.

---

1 У даљем тексту ћемо, ради једноставности, под појмом Европске уније подразумијевати и Европске заједнице.



### 3. Садржина концепта добре управе

Утврђивање садржине концепта добре управе скопчано је са неколико тешкоћа. Прво, овај концепт полази од појма управе, који је и сам неодређен и проблематичан за прецизније дефинисање. Везивањем епитета „добра“ за појам управе, питање спознаје унутрашњости концепта добре управе се додатно усложњава. Иначе, „добро“ се у филозофији права истиче као „врховна светска вредност... опстанак света, односно опстанак највећег могућег броја бића у њиховом пуном достојанству, подразумевајући при томе, на првом месту, људска бића као особене моралне субјекте способне да свесно чине добро придоносећи тако светском врховном Добром“ (Лукић, 1995: 527). Појам „добро“, у смислу највише врлине којој теже сва бића, присутан је био још у дјелима Сократа, Аристотела и Св. Томе Аквинског (Vuchetich, 2007: 57). Сљедствено наведеном, јасно је да концепт добре управе, најшире посматрано, превазилази правне оквире и има јако упориште у филозофији права. То је видљиво не само у називу концепта, него и у његовој садржини, која се, између осталог, црпи из вриједности као што су праведност, правичност и моралност. Тиме овај концепт добија вриједносну димензију, а тако постављен појам отвара простор за бројне субјективне одговоре на питање шта је то добра управа. Узимајући у обзир претходно наведено, одређивање садржине концепта добре управе постаје условљено системом вриједности прихваћених у конкретној друштвеној средини, као и субјективном процјеном органа и појединаца који су овлаштени да утврђују и надзиру примјену правила управног дјеловања (Давинић, 2008а: 99).

Концепт добре управе се, као што је већ истакнуто, заснива на појму управе, прецизније на његовој материјално-функционалној страни.<sup>2</sup> Зато се као почетно намеће питање активности које управа врши. Међу овима се издвајају типични управни послови: доношење управних аката и вршење управних радњи. Осим наведених и најважнијих, од значаја за концепт добре управе су и друге активности, као што су доношење прописа, стварање двостраних појединачних аката, те други управни и стручни послови. Између осталог, истиче се да учешће управе у изради нацрта закона доводи до њене посредне одговорности за „лош“ закон (Davinić, 2008б: 727–728).

Приликом вршења управних активности од субјектата управе се захтјева остварење законитости, цјелисходности, правилности, праведности, правичности, али и моралности, све у циљу задовољења стандарда добре

---

2 Овим не умањујемо значај елемената формалног појма управе за обликовање концепта добре управе.

управе. Стога је неопходно што прецизније одредити ове појмове и разграничити их у контексту њиховог утицаја на концепт добре управе.

Законитост је од суштинског значаја за успјешно функционисање правног система, па тако и за ваљано дјеловање управе. Она треба да обезбједи извјесност и предвидљивост у људским односима и може се посматрати са три гледишта: филозофског, социолошко-политичког и нормативног (Митровић, 2004: 58–82). Правно-филозофски посматрано, законитост је нормативно-правни израз принципа праведности, као једне од темељних друштвених вриједности. Уроњена у друштвено и политичко окружење, законитост се јавља као вид свјесног стварања правних правила у циљу одржања друштвеног и политичког поретка. Коначно, у нормативном смислу законитост представља најважније правно начело, које захтјева усклађеност са законом свих правних (општих и појединачних) и материјалних акта у једном правном систему, када их доносе и/или врше државни органи, недржавни субјекти или грађани (Савић, 2008: 26–27). Несумњиво је да је остваривање законитости у раду управе предуслов развоја добре управе. Најупечатљивији примјери лоше управе представљају резултат незаконитог дјеловања управе. Међу њима се нарочито истичу незаконити управни прописи, незаконити управни акти и незаконите управне радње. Ипак, законит рад управе не значи увијек и задовољење стандарда добре управе. Разлог томе су лоши законски прописи, који неријетко не одговарају друштвеној стварности и тако доводе до неправичних посљедица по грађане и правне субјекте (Давинић, 2008а: 110).

Цјелисходност управног дјеловања се манифестује кроз вршење дискреционих овлашћења од стране органа јавне управе и изведена је из начела законитости (Krbek, 1937; Tomić, 2006: 289–302). С обзиром на то да се законом не може увијек одредити правило понашања које би се непосредно пројектовало на конкретне животне ситуације, законодавац, изузетно, повјерава управи овлашћење на вршење дискреционог одлучивања. Другим ријечима, законом се предвиђа више могућих рјешења конкретног случаја, а на органу управе је да изабере оно којим ће се оптимално задовољити законска сврха. Уколико не изабере најбољу законску солуцију, орган управе ће повриједити принцип цјелисходности, а у случају одлучивања противно законском овлашћењу и сврси орган ће прекршити начело законитости. Нецјелисходност, у правилу, представља примјер лоше управе, а нецјелисходни управни акти могу бити поништени или укинати од стране другостепеног органа, по жалби у управном поступку (Tomić, 2009: 215). Као и код принципа законитости, могући су случајеви доношења цјелисходних аката који производе неправичне посљедице према конкретним странкама (Давинић, 2008а: 116).

Правилност (саправност) представља правно начело које се састоји у захтјеву усклађености сваке радње са правним актом који је и сам усклађен са другим правним актима (Митровић, 2004: 76). За разлику од правне хијерархије својствене принципу законитости, код правилности је акценат стављен на међусобну усклађеност правних аката и вршење материјалних аката у складу са њима. Нема сумње да неправилан рад управе доводи до кршења принципа добре управе, те је стога неопходно да вршење управних активности буде правилно. И у овом случају вриједи опаска да правилно вршење управних активности може водити неправди и неправичним резултатима у конкретним животним ситуацијама. Стога је неопходно освијетлити појмове праведности и правичности.

Праведност представља темељну друштвену и правну вриједност, апстрактан принцип, виши у односу на друге правне принципе, који се из њега изводе и служе његовом остварењу. У најкраћим цртама, праведност се може дефинисати као једнако поступање се једнаким стварима, а неједнако поступање с неједнаким стварима сразмјерно њиховој неједнакости, и давање сваком оно што му припада (*suum cuique tribuere*). Сврха праведности се састоји у обезбјеђењу опстанка и напретка појединаца и друштва, што је чини извором концепта добре управе (Marković, 1994: 596). Дух праведности прожима принципе добре управе, а нарочито је видљив у принципима недискриминације, сразмјерности, непристрасности, самосталности, објективности и заштите легитимних очекивања. Основни пут остваривања праведности у праву представља примјена принципа законитости. Међутим, како је већ истакнуто, дословна примјена закона у појединим случајевима може довести до негације принципа праведности (*summum ius summa iniuria*). Осим тога, у појединим питањима закон остаје недоречен, остављајући правне празнине. Да би се то избјегло, потребно је у таквим случајевима примјенити принцип правичности.

Правичност се најчешће одређује као практична примјена принципа праведности у конкретним животним ситуацијама (Marković, 1994: 585). Иако се у теорији говори о принципу правичности, може се тврдити да је у ствари ријеч о правној техници примјене принципа праведности на конкретне ситуације (Marković, 1994: 625). Према је рјешавање по правичности карактеристично за поступање судова (и арбитража) у грађанскоправним стварима, правичност се не може искључити ни у управном праву. Тако је француски Државни савјет, у својству управног суда, примјеном принципа правичности установио принцип одговорности државе за штету, који је данас један од елемената права на добру управу.<sup>3</sup> Осим тога, сматрамо да

---

3 Видјети члан 41, став 3 Повеље о основним правима ЕУ. Retrieved 29, March, 2014, from [http://www.eucharter.org/home.php?page\\_id=49](http://www.eucharter.org/home.php?page_id=49).

су органи управе дужни поступати у складу са принципом правичности када врше овлашћења на дискреционо одлучивање. У таквим случајевима, управа се мора превасходно старати о остварењу принципа законитости, као примарног начела у раду управе, настојећи да у оквиру закона дође до правичног рјешења. Стога, принцип правичности у раду управе никада не смије бити примијењен *contra legem*, јер би иначе довео до правне несигурности и могуће злоупотребе овлашћења.

Још један извор концепта добре управе је моралност, схваћена као управљање људским поступцима према принципу добра (Marković, 1994: 588). Сам израз „добра управа“ носи у себи клицу моралног императива, чијем задовољењу треба тежити у пракси. Осим тога, поједина морална правила, као што су забрана коруптивног понашања и сукоба интереса државних службеника, правно су санкционисана (Kavran, 2006: 31–38). Ипак, већина моралних норми остаје изван поља правне заштите. Без обзира на то, управа би се у вршењу својих активности требала руководити моралним начелима прихваћеним у конкретном друштву. На тај начин, управа ће бити на правом путу ка остварењу принципа добре управе.

Организована друштвена заједница успоставља одговарајуће институције и механизме који треба да осигурају примјену претходно наведених принципа у пракси. Тиме се управа подвргава различитим облицима контроле, правне и ванправне, односно унутрашње и спољашње (Томић, 2009: 53–67; Кунић, 2010: 127–150). Да ли управа једне земље остварује принципе добре управе у пракси, треба да одговоре субјекти њене контроле. Тако контролу законитости проводе управа, судови и омбудсман. Контрола цјелисходности је у рукама управе и омбудсмана, док коначан суд о праведности, правичности и моралности рада управе треба да дају омбудсман<sup>4</sup> и јавно мњење<sup>5</sup> (Лончар, 1995: 231–241).

---

4 Један од примјера оваквог дјеловања институције Омбудсмана јесте и саопштење Заштитника грађана Републике Србије од 26. јуна 2012. године, који је утврдио да Републички фонд за здравствено осигурање Републике Србије крши права дјете када одбија да им овјери здравствене књижице због тога што послодавац њиховим родитељима не уплаћује осигурање. У саопштењу Заштитника грађана позива се Фонд да тој дјети без одлагања овјери здравствене књижице, јер, како је наведено, право дјетета на здравствену заштиту не може зависити од неизвршавања обавеза трећих лица и постаје обавеза државе уколико она не може да обезбједи финансијску дисциплину. Retrieved 5, July 2012, from [www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/2383-2012-06-25-09-50-57](http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/2383-2012-06-25-09-50-57).

5 Може се тврдити да јавно мњење не оцјењује искључиво праведност, правичност и моралност управног дјеловања, него има и велике могућности указивања на незаконитост и нецјелисходност у раду управе. У овом контексту, вриједни су помена протести грађана Бања Луке из маја 2012. године против изградње пословне зграде

Када се узме у обзир сложеност односа наведених принципа и динамичност друштвеног живота, нарочито у контексту учесталих турбулентних друштвено-економских кретања, јасно је да једна универзална и свевремена дефиниција добре управе не може бити брањена до краја, нити јој се може приписати одговарајући практични значај. Из свега наведеног произлази закључак да је за утврђивање садржине концепта добре управе непходно поћи од одговарајућег друштвено-економског миљеа и конкретног (државног, међудржавног или наддржавног) правног оквира. Сходно томе, садржину концепта добре управе ћемо одредити како у европским, тако и у националним оквирима.

Европски концепт добре управе почива на неколико основних правних принципа, међу којима се у литератури нарочито истичу принцип владавине права и законитости управног дјеловања (Koprić, Musa, Lalić Novak, 2011: 1521, 1529; Kanska, 2004: 299–300; Lanza, 2008: 483), заштите легитимних очекивања (Davinić, 2010: 389), брижљивог и непристрасног вођења поступка (Mendes, 2009: 3) и сл.

Уопште узевши, дефинисању концепта добре управе у европским оквирима се може приступити на два начина – негативно и позитивно.

Негативне дефиниције појма добре управе супротстављају га појму лоше управе (Davinić, 2008б: 717–731), па се тако сматра да добра управа обухвата оно дјелање управе које није обухваћено појмом лоше управе (Ponce, 2005: 555; Lanza, 2008: 485). Међутим, овим приступом се не може утврдити садржина концепта добре управе, нарочито узимајући у обзир сложеност и неодређеност појма лоше управе.

Позитивне дефиниције концепта добре управе разликују се по обиму принципа које укључују у његову садржину (Mendes, 2009: 6). Теоретичари који усвајају шире схватање садржине концепта добре управе, узимајући у обзир вишезначност овог концепта, виде у њему тзв. кишобран право (Koprić et al., 2011: 1525; Mendes, 2009: 4; Kanska, 2004: 306). Испод овог кишобрана се уврштава читав низ процесних и материјалних принципа управног права, као и ванправних правила. Практични резултат овог схватања јесу Европски кодекс доброг управног поступања из 2001. године, предложен од Европског омбудсмана и усвојен од Европског парламента, те Препорука Комитета министара Савјета Европе (2007) 7 о доброј управи. С друге стране, уже позитивно одређење даје концепту добре управе изразити процесни карактер, посматрајући га као резултанту општих процесних

---

на мјесту једне од градских зелених површина и оспоравање законитости и цјелисходности одлука органа управе у конкретном случају. Retrieved 5, July 2012, from [frontal.rs/index.php?option=btg\\_novosti&catnovosti=0&idnovost=21645](http://frontal.rs/index.php?option=btg_novosti&catnovosti=0&idnovost=21645).

принципа управног права, чији је основни циљ заштита субјективних права странака (Kanska, 2004: 300; Lanza, 2008: 483). Из овог схватања се на темељу праксе Европског суда правде развило право на добру управу, које је садржано у члану 41 ПОПЕУ.

Садржина концепта добре управе је одредива и у националним оквирима. Принципи добре управе тако могу бити садржани у Уставу,<sup>6</sup> законима,<sup>7</sup> као и актима омбудсмана и органа управе који садрже правила тзв. меког права.<sup>8</sup>

Из претходно изложеног произлази да је питање садржине концепта добре управе изузетно сложено. Анализом његових почетака у европским оквирима, може се уочити да је концепт добре управе настао као посљедица оспоравања управних одлука пред европским судовима (Кунић, 2009: 14–15), те да његову основу чине одређени процесни принципи управног права изведени кроз праксу европских судова и кодификовани у одговарајућим документима. Осим процесних принципа, у ове документе су уврштени и поједини материјални принципи управног права. Иако је настао у раду правника и упућен је (у)правној пракси, концепт добре управе није искључиво правног карактера, јер инспирацију налази у филозофским идејама природног права, праведности и правичности. Стога, у овај концепт улазе не само правно обавезујући процесни и материјални принципи управног права, него и бројни принципи тзв. меког права (Коргић et al., 2011: 1521; Mendes, 2009: 3–5; Kanska, 2004: 304). То потврђује и једна од пресуда Европског суда правде, у којој се наводи: „правна правила и добра управа могу се поклапати (...), али ови појмови нису синоними. Када судови утврђују да је нешто потребно урадити у складу са добром управом, они то раде јер не постоји прецизно правно правило(...).<sup>9</sup> У истом смислу се изјаснио и Европски омбудсман, истичући да и поред преклапања концепта добре управе и принципа законитости, овај концепт (концепт добре управе

---

6 Устав Италије из 1947. и Устав Шпаније из 1978. године садрже одредбе којима се на посредан начин успостављају принципи добре управе (Ponce, 2005: 556–557). Такође, фински Устав из 2000. године у члану 21, став 2 утврђује „да ће гаранције доброг управљања бити успостављене законом“ (Kanska, 2004: 308).

7 У овом смислу, од највећег значаја за остварење концепта добре управе су начела општег управног поступка. Видјети: (Rađenović, 2005: 29–58).

8 Међу овима се истичу Кодекси доброг управног поступања, односно Кодекси службеничке етике.

9 *Tradax Granhandel BV v. Commission* [1984] E.C.R. 1385. Наведено према: (Davinić, 2010: 390).

– Б. В.) има неисцрпне ванправне изворе.<sup>10</sup> Да ли су конкретни принципи правно обавезујући или нису, зависи превасходно од врсте аката у којима су они садржани, доносиоца тих аката, као и поступка њиховог доношења. Без обзира на њихову правну обавезност, сви ови принципи чине концепт добре управе и предуслов су за приближавање идеалу добре управе у пракси.

#### 4. Прав(н)а природа концепта добре управе

С обзиром на комплексност садржине концепта добре управе, који истовремено чине правни и ванправни принципи, питање правне природе овог концепта носи озбиљна ограничења и резерве. Може ли се говорити о правној природи концепта који је великим дијелом састављен од правила тзв. меког права? Несумњиво је да је концепт добре управе настао као резултат правно регулисаних поступака, вођених у вези са управним активностима институција ЕУ пред Европским судом правде. Странке су се у својим представкама ослањале на овај концепт, позивајући се истовремено на кршење одређених процесних принципа признатих у правима држава чланица ЕУ. Европски суд правде је прихватајући те представке, постепено изградио концепт добре управе, не дајући његову дефиницију и ослањајући се на поменуте принципе. У тим околностима, могла се истичати процесна правна природа концепта добре управе. Међутим, касније ће, нарочито захваљујући активностима Европског омбудсмана, концепт добре управе добити материјалноправне и ванправне елементе. Усљед ових процеса је утврђивање правне природе концепта добре управе постало упитно. С друге стране, у окриљу концепта добре управе израсло је право на добру управу из члана 41 ПОПЕУ и изграђено је на поменутим процесним принципима изведеним из праксе Европског суда правде. Ријеч је о праву процесне природе, о чему свједочи како правна теорија тако и судска пракса (Ponce, 2005: 558–559; Lanza, 2008: 479, 482–483). Чини се да срж концепта добре управе, састављена од процесних принципа управног права заједничких европским државама, има процесну правну природу, док бројни други принципи добре управе имају материјално-правни и ванправни карактер. Стога природа овог концепта није искључиво правна, него је у знатном дијелу ванправна.

Сумирајући разматрање прав(н)е природе концепта добре управе, можемо констатовати да исти служи остваривању двојачке сврхе, која се састоји

---

10 Diamandouros, N. (2007b). *The principle of good administration in the recommendations of the European Ombudsman*. Sofia.; Diamandouros, N. (2007a). *Legality and good administration: is there a difference?*. Strasbourg. Retrieved 30, March 2014, from <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/speeches.faces>.

како у заштитити права и интереса странака у односу са управом, тако и у заштити и унапријеђењу јавних интереса. С тим у вези, субјективистички концепт права на добру управу, афирмисан чланом 41 ПОПЕУ, пренаглашава заштиту индивидуалних права и интереса, који су у савременим условима неријетко интереси моћних корпорација и богатих појединаца. Тиме се занемарују јавни интереси, без чијег остварења нема добре управе ни добробити друштва. Стога сматрамо да је за остварење концепта добре управе у пракси неопходно успоставити равнотежу у заштити јавних и приватних интереса.<sup>11</sup>

## 5. Закључак

Концепт добре управе представља највјеродостојнији израз теорије природног права у области управног права. Створен у оквирима Савјета Европе и Европске уније, синтезом основних управноправних принципа карактеристичних за правне системе европских држава, овај концепт данас представља јединствен и складан скуп општих правних правила усмјерених на остварење законитог, цјелисходног и правилног рада органа јавне управе, али и ванправних правила која почивају на природно-правним принципима праведности и правичности.

Као што се у овом раду могло видјети, концепт добре управе је изразито сложен и дифузан, што за посљедицу има његово отежано дефинисање. У теорији су присутни различити начини одређивања овог концепта и могу се свести на два приступа – позитиван и негативан. Док негативни приступ одређује добру управу као скуп активности супротних појму лоше управе, позитивним приступом се настоји приближити садржина концепта добре управе. Полазећи од позитивног приступа у ужем смислу, може се закључити да основу овог концепта чине одређени процесни принципи управног права заједнички европским државама. Јудикатура европских судова недвосмислено указује на процесноправне темеље концепта добре управе у европским оквирима, те процесну правну природу овог концепта у вријеме његовог настанка. Осим тога, још у почетном стадијуму развоја овог концепта, европски судови су му пружали правну заштиту, обезбјеђујући његовим принципима правну обавезност. Почетак XXI вијека доноси кодификацију процесних принципа добре управе, те инкорпорирање неких од њих у право на добру управу садржано у Повељи о основним правима Европске уније. Поред тога, усвајањем Европског кодекса

---

11 Као један од приједлога за потпунију заштиту јавних интереса наводи се пружање могућности учешћа у управним процедурама трећим лицима и организацијама за заштиту јавних интереса. Видјети: (Kanska, 2004: 299; Mendes, 2009: 4).



доброг управног поступања, те Препоруке Комитета министара Савјета Европе (2007) 7 о доброј управи, долази до увођења материјалноправних и ванправних елемената у садржину концепта добре управе. С обзиром на правно необавезујући карактер ових докумената, правила садржана у њима представљају тзв. меко право. Овим процесом се промијенила и сама природа концепта добре управе, који добија шири смисао. То више није искључиво правни концепт процесно-правне природе, него скуп принципа и правила, претежно процесно-правних (посматрано у ужем смислу), али и материјално-правних, те ванправних. Промјена карактера добре управе из процесноправног концепта, заштићеног судском праксом, у сложени концепт са бројним правно-ванправним елементима, резултат је и појачане улоге институције Европског омбудсмана у његовом афирмисању. Видљиво је да су се правна необавезност аката Европског омбудсмана и ванправни механизми његовог дјеловања одразили и на концепт добре управе.

Сводећи утиске по анализи садржине и прав(н)е природе концепта добре управе закључујемо да је његова суштина да путем одговарајућих општих правних и ванправних принципа изрази захтјеве које мора да испуњава модерна управа – заштиту права грађана и правних лица у односима са државом и посебним облицима повезивања држава, као и заштиту и унапријеђење јавних интереса.

## Литература

Vuchetich, L. (2007). Pravednost i pravičnost u filozofiji prava. *Pravnik*. 85 (41). 47–76

Davinić, M. (2010). Pojam dobre uprave. *Pravni život*. 10 (59). 389–404

Давинић, М. (2008а). *Европски омбудсман и лоша управа (maladministration)*. Докторска дисертација (необјављено). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Davinić, M. (2008б). Pojam loše uprave. *Pravni život*. 10 (57). 717–731

Diamandouros, N., (2007а). *Legality and good administration: is there a difference?*. Strasbourg. Retrieved 30, March 2014, from <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/speeches.faces>

Diamandouros, N., (2007б). *The principle of good administration in the recommendations of the European Ombudsman*. Sofia. Retrieved 30, March 2014, from <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/speeches.faces>

Дивљи запад на југоистоку Европе. Retrieved 5, July 2012, from [frontal.rs/index.php?option=btg\\_novosti&catnovosti=0&idnovost=21645](http://frontal.rs/index.php?option=btg_novosti&catnovosti=0&idnovost=21645)

EU Charter of Fundamental Rights. Article 41. Right to good administration. Retrieved 29, March 2014, from [http://www.eucharter.org/home.php?page\\_id=49](http://www.eucharter.org/home.php?page_id=49)

Заштитник грађана утврдио пропусте у раду РФЗО. Retrieved 5, July 2012, from [www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/2383-2012-06-25-09-50-57](http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/2383-2012-06-25-09-50-57)

Jakšić, A. (2006). *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*. Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu

Kavran, D. (2006). Javna uprava i etika. *Pravni život*. 3–4 (55). 31–38

Kavran, D. (2004). Evropski upravni prostor, reforma i obrazovanje državne uprave. *Pravni život*. 9(53). 1059–1075

Kanska, K. (2004). Toward Administrative Human Rights in the EU – Impact of the Charter of Fundamental Rights. *European Law Journal*. 3 (10). 296–326

Koprić, I., Musa, A., Lalić Novak, G. (2011). Good Administration as a Ticket to the European Administrative Space. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 5(61). 1515–1560

Krbek, I. (1937). *Diskreciona ocjena*. Zagreb: Jugoslavenska Akademija znanosti i umjetnosti

Кунић, П. (2010). *Управно право*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Управа за полицијско образовање Бања Лука

Кунић, П. (2009). Савремене тенденције у реформи јавне управе. *Модерна управа*. 2. 9–20

Lanza, E. (2008). The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rationes and Enforcement in Antitrust Case-Law. *Teoria del Diritto e dello Stato*. 1–2–3. 479–490

Лончар, З. (1995). Јавно мњење – облике контроле управе. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1–3 (27–29). 231–241

Лукић, Р. Д. (1995). *Систем филозофије права, Сабрана дела*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, Београдски издавачко-графички завод

Marković, B. S. (1994). О прavičnosti i pozitivnom pravu. *Pravni život*. 9–10 (43). 583–643

Марковић, Б. (1991). Односи између позитивног и праведног права. *Анали Правног факултета у Београду*. 1–3 (XXXIX). 202–210

Mendes, J. (2009). Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behaviour. *European University Institute Working Papers, Law*. 9. 1-13

Митровић, Д. М. (2004). Начело законитости. *Анали Правног факултета у Београду*. 1-2 (LII). 58-76

Перовић, С. (2006). Природно право у филозофском и нормативном спису. *Архив за правне и друштвене науке*. 1-2. 799-916

Перовић, С. (2001). Зачеци српске филозофске мисли о природном праву. *Анали Правног факултета у Београду*. 1-4 (XLIX). 205-217

Ponce, J. (2005). Good Administration and Administrative Procedures. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Summer 2005. 551-588

Rađenović, M. O. (2005). *Pravo opšteg upravnog postupka*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

Савић, С. (2008). Начело законитости (уставности) у Уставу Републике Српске. *Правна ријеч*. 14/2008 (V). 25-35

Томić, Z. R. (2009). *Opšte upravno pravo: organizaciono, materijalno, procesno*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik

Томić, Z. R. (2006). Diskreciona ocena u upravnom pravu. *Pravni život*. 10 (55). 289-302

Tradax Granhandel BV v. Commission [1984] E.C.R. 1385

Фулер, Л. Л. (2001). *Моралност права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за публикације

Cardona Pereto, F., Freibert, A. (2007). The European Administrative Space and Sigma Assessments of EU candidate countries. *Hrvatska javna uprava*. 1 (7). 51-59

**Bojan Vlaški, LL.M.**

*Teaching Assistant,  
Faculty of Law, University of Banja Luka,  
Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina*

## **CONTENT AND LEGAL NATURE OF THE CONCEPT OF GOOD ADMINISTRATION**

### **Summary**

*The subject of this paper is the analysis of the content and legal nature of the concept of good administration, perceived as an “amalgam” of legal and non-legal principles guiding the activities of the European Union administration and administrations of its Member States. After providing a brief overview on the origins and historical development of the concept of good administration, the author focuses on the main elements of its content. In this regard, particular account shall be taken to illuminate the important components of the concept of good administration: legality, expediency, regularity, justice, equity, as well as morality. The legal nature of the concept of good administration will be discussed by casting more light on its legal aspect while acknowledging the existence of non-legal elements. In brief, the following text attempts to explain the inner meaning of the “European” concept of good administration and to underscore its significance in the context of administrative activities of the European Union institutions, Member States and potential member states of this unique community of European states.*

**Keywords:** *good administration, administrative activity, legality, expediency, regularity, justice, equity, morality.*

## ПРАВНИ АСПЕКТИ ГРАЂАНСКИХ И ВЕРСКИХ СЛОБОДА ЈЕВРЕЈСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ НА НАШИМ ПРОСТОРИМА

**Апстракт:** У раду се анализирају правни аспекти грађанских и верских слобода припадника јеврејске заједнице кроз анализу уставних одредби, закона и подзаконских аката којима су регулисани односи на нашим просторима. Предмет анализе је положај јеврејске заједнице у Кнежевини и касније Краљевини Србији, као и у Краљевини СХС и Краљевини Југославији. Осим одредби устава којима су гарантована права јеврејске заједнице и других заједница, као и закона који су били продуктивни за јеврејску заједницу, приказани су и укази, уредбе којима су ограничавана права Јевреја на нашим просторима, са посебним освртом на законске одредбе, уредбе и наредбе по окупацији Краљевине Југославије, којима су апсолутно кршена грађанска права Јевреја, односно она практично тим мерама нису ни постојала.

**Кључне речи:** Јевреји, јеврејска заједница, грађанска права, слободе, закони, угрожавање.

### 1. Увод

Јеврејска заједница на нашим просторима има дугу традицију. Положај јеврејске заједнице био је условљен различитим друштвеним и историјским околностима. Ова заједница је у одређеним периодима третирана као корисна, а у одређеним периодима као штетна по друштво у коме је егзистирала. Државноправне промене које је изнедрио XIX и XX век, пратиле су и промене у друштву, политичком и правном систему, дошло је и до промена државних граница, па су јеврејске заједнице различито третиране, сходно законодавству држава које су настајале на отоманским територијама, или их запоседале.

\* zeljkolaz@gmail.com

Предмет рада је анализа грађанских и верских слобода јеврејске заједнице на нашим просторима, кроз преглед уставних, законских и подзаконских аката који су се односили на јеврејску заједницу. У зависности од делова рада, анализа грађанских и верских слобода је разматрана кроз домет права и слобода који су били прокламовани и достигнути тадашњим степеном друштвеног развоја. Грађанске слободе разматрамо превасходно кроз слободу настањивања и несметаног обављања делатности, док верске слободе разматрамо кроз слободу изјашњавања и вероисповести. Временски оквир анализе обухвата преглед положаја јеврејске заједнице кроз правне аспекте у Кнежевини, затим у Краљевини Србији, у Краљевини СХС и у Краљевини Југославији, па све до првих година формирања ФНРЈ.

Управо је стицањем независности Кнежевине Србије, одредбама Берлинског мировног уговора 1878. године створен формално-правни предуслов за успостављање бољег положаја јеврејске заједнице, као по свим основима равноправне са другима.

Јевреји су до тада углавном третирани као домаће становништво, али је могућност њиховог положаја у одређеним гранама привређивања спречавана ограничавајућим законодавством и подзаконским актима. Након стицања пуне независности, Србија се кроз ове одредбе обавезала да укине ограничавајуће законе који су се тicali Јевреја.

Јеврејска заједница на простору Кнежевине и Краљевине Србије није била у демографском смислу бројна, али је у културном и економском заузимала је значајно место. Тек са стварањем Краљевине СХС у демографском смислу дошло је до увећања јеврејске заједнице, али у односу на друге националне заједнице по бројности опет није заузимала значајно место, док је након Другог светског рата демографски скоро уништена.

## **2. Положај и слободе јеврејске заједнице у Кнежевини Србији**

Настанак најпре вазалне, а потом независне српске државе, доносио је нове друштвене односе, самим тим и законску регулативу која их је пратила. Ти друштвени токови доносили су различит однос према несрпским заједницама (хатишерифске одредбе о роковима за исељавање муслиманског живља из Србије, уставне одредбе о једнакости свих грађана, поданика Србије без обзира на вероисповест, али и гарантовање заштите државне источно-православне вере итд).

Може се видети да је однос према Јеврејима на простору некадашње Србије је био променљив у зависности од режима који је био на власти. За време прве владавине кнеза Милоша Обреновића (1815–1839) дошло је до развоја

јеврејске заједнице. Када је реч о грађанским и радним слободама, оно што се у прегледу литературе уочава је да су српски трговци из конкурентских разлога тежили да ограниче слободно деловање својих јеврејских колега. Болтацијски еснаф 1836. године захтевао је да се у Београду број јеврејских дућана ограничи на десет (Поповић, 1997: 16).

У одредбама Устава може се видети да су верске слободе у овом периоду биле гарантоване. Устав Кнежевине Србије из 1835. у глави IX, која се односи на рад Цркве, у члану 97 прописује „да свака вероисповест у Србији, има право, вршити своје богослужење слободно, по својим обредима, и биће под покровитељством правитељства Српског“, а члан 98 истиче „да људи који нису православне источне вероисповести обреде врше по обредима њихове цркве“.<sup>1</sup>

У Уставу Кнежевине Србије, односно Султанском хатишерифу из 1838. године, у члану 57 даје се пуна верска слобода српском народу, како у погледу богослужења, тако и приликом избора црквених великодостојника, док се друге вере посебно не наводе у погледу остваривања својих права.<sup>2</sup>

После 1830. године јавља се опозиција режиму кнеза Милоша Обреновића. Вође опозиције били су Тома Вучић Перишић, браћа Алекса и Стојан Симић, Илија и Хаџи-Милутин Гарашанин и Аврам Петронојевић. Они су захтевали да се кнежева власт ограничи Уставом, те су прозвани „уставобранитељима“ (Лебл, 2001: 82).

Под видом борбе за одбрану Устава, опозиција се бори против кнеза и 1839. године га приморава да абдицира. По принципу наследног права, на власт доводе тешко болесног Милошевог сина Милана, који умире после 26 дана, а у чије име је владало намесништво. Уставобранитељи управљају земљом девет месеци и онда доводе на власт Милошевог седамнаестогодишњег сина Михајла, који такође влада кратко и 1842. године га приморавају да напусти Србију, да би за кнеза поставили Александра Карађорђевића, сина вође Првог српског устанка (Лебл, 2001: 82).

Још у периоду борбе за власт, уставобранитељи су истицали својим присталицама да ће чим дођу на власт изгласати антијеврејске законе и да ће протерати све Јевреје из унутрашњости Србије. Већ 1839. Јеврејима је забрањено отварање радњи у недељу и на српске празнике, што им је проузроковало знатну штету, јер су њихове радње и радионице биле

---

1 *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835-1941)*, приредио Душан Мрђеновић, Београд 1988, стр. 36-37. Даље скраћено: Устави и владе.

2 *Султански хатишериф*, Београд 1838, стр. 6.

затворене и на суботње дане и на јеврејске празнике. Јеврејска заједница упутила је молбу Намесништву 8. новембра 1839. године да им се одобри отварање дућана у недељу, али им је молба одбијена (Лебл, 2001: 83). Доношењем „Турског устава“ и абдикацијом кнеза Милоша јуна 1839. године, јесте дошло до измене политичке власти, али са друге стране стварни проблеми друштва су остали нерешени (Krkluš, 2009).

У периоду уставобранитеља и кнеза Александра Карађорђевића (1842–1858), дошло је до промене односа према јеврејској заједници из искључиво пословних разлога. Београдски варошани су протестовали због Јевреја придошлица и тражили да се њихов долазак у Србију ограничи. Министарство унутрашњих дела је 9. јула 1842. године обавестило Савет о „великом угњетавању“ српских трговаца услед умножавања Јевреја у Србији и заузимања „спољашњих радњи, магаза, кожа, ћурчилука, брашна и проне“. Министарство је молило Савет да толике радње Јевреја ограничи и тако притекне у помоћ „свом грађанству“ (Поповић, 1997: 17).

Уставобранитељи доказују да њихова обећања имају и покриће. Кнез Александар Карађорђевић је 1844. године објавио Декрет по којем се Јеврејима одузимају грађанска права, они се протерују из унутрашњости Србије. У Параграфу 44 се каже: „Јевреји овдашњи, само староседеоци, са само 10 њихових у разним класама трговине и заната разрађених дућана, у овој Обштини радити и с радњом под ова правила живети можеду, без слободе куповати и имати муљкове и дућане, разве само по једну за фамилију, и то у њиховој махали кућу која само бином, а не земљом притјажетелно њихова бити може“ (Лебл, 2001: 85). Овим декретом грађанска права Јевреја била су угрожена, док верске слободе јеврејске заједнице нису биле ограничаване.

Значајно је када говоримо о слободи вероисповести у Кнежевини Србији, да је она први пут прокламована једним посебним законом, Законом о слободи вере. Реч је о Закону од 9. септембра 1853. године.<sup>3</sup> Правитељство је сачинило предлог Закона о слободи вере, који је Совјет прихватио 1. септембра, а кнез потврдио девет дана касније (Новаковић, 1907: 17–18).

Право на слободу вероисповести је у Кнежевини Србији уживало и кривичноправну заштиту, чак и пре доношења Закона о слободи вере од 9. септембра 1853. године. Казнителни законик за полицајне преступке од 27. маја 1850. године, уређујући материју иступа, санкционисао је у посебној глави III („О преступницима односително на веру и закон“) читав низ дела против вере. Једно од њих се директно односило на слободу

---

3 Закон од 9. септембра 1853. године, Сборник закона и уредби и уредбени указа издани у Књажеству Србији, књ. VII, Београд, 1854, стр. 78–79.



вероисповести: „Кои на Веру хули, или кои децу или људе од цркве и од Закона одвраћа, да се подвргне казни строга затвора од 12 до 20 дана.“<sup>4</sup>

Након повратка на власт кнеза Милоша у Србију 1859. поправљен је положај јеврејске заједнице Указом донешеним септембра 1859. на Госпојинској скупштини са основним циљем „да се сваки становник ове земље без разлике вере и народности може настанити где жели и да се може занимати занатом и трговином како хоће“ (Поповић, 1997: 18).

Кнез Милош Обреновић је сматрао да сви његови поданици треба да уживају исте грађанске слободе, те је упркос потпуно супротним одлукама Народне скупштине 26. септембра 1859. године донео следећи Указ: „Желећи да сви грађани српски без разлике вере и народности, буду учасници у слободи, која је за сваку радњу и занимање у Србији изречена, нашао сам се побуђен Указом овим поручити Попечитељству Внутрени дела да оно све што би овој жељи мојој противно постојало за укинато сматра, и по томе настојава да никакви поданик Србски био он које му драго вере и народности, не буде ограничен у слободи сваковрсне радње и занимања.“ Овај Указ довео је веома брзо до настањивања јеврејског живља по унутрашњости Србије. Власти нису могле да им то забране док је Милош Обреновић био жив, но стари кнез је преминуо већ 14. септембра 1860. године, непуну годину од објављивања овог Указа (Лебл, 2002: 6).

Слобода вероисповести је била гарантована и Кривичним закоником. Доношењем Казнителног законика за Књажество Србију 29. марта 1860. године престао је да важи Казнителни законик за полицајне преступке, а тиме и пропис параграфа 21. којим се штитила слобода вероисповести. Преступ против слободе вероисповести из параграфа 207, тачка 1 постојао је када „ко, јавно, усмено или писмено на Бога или на чију му драго веру хули, или јавно исмејава чије му драго вере начин и обичаје слављења Бога.“<sup>5</sup>

Тек за време владавине Милана Обреновића (1868–1889) долази до пуне афирмације јеврејске заједнице у српском друштву, посебно кроз одредбе Устава из 1869. године и касније кроз политичке догађаје на Берлинском конгресу (Лебл, 2001: 85). Устав Кнежевине Србије из 1869. године у члану 31 истиче да је владајућа вера у Србији источно-православна. А слободна је и свака друга призната вера, и стоји пред заштитом закона у погледу вршења својих обреда. Но „нико не може, позивајући се на прописе своје

---

4 *Казнителни законик за полицајне преступке од 27. маја 1850*, Сборник закона и уредби и урдбени указа издани у Књажеству Србији, књ. V, Београд, 1853, стр. 134.

5 *Казнителни законик за Књажество Србију од 29. марта 1860*, Збирка закона Краљевине Србије, стр. 126.

вере, ослободити се својих грађанских дужности“.<sup>6</sup> Са друге стране, слобода вероисповести је била ограничена прописом којим се забрањује „свака радња, која би могла бити убитачна за православну веру (прозелитизам)“.<sup>7</sup> У глави VIII која се односи на цркве и школе, у члану 119 истиче се слободно јавно вршење вероисповести које су у Србији признате, док се у члану 120 истиче да је Књаз заштитник свих вероисповести у Србији признатих.<sup>8</sup> Једини изузетак представља ограничење из чл. 11 Устава везано за „књаза Србског“ који мора бити „православне источне вере“.<sup>9</sup>

Поред слободе јавног исповедања вере која је зајемчена у одељку „О правима и дужностима грађана у опште“, Уставом се посебно гарантује слобода јавног вршења верозаконих обреда. У члану 119, у одељку под насловом: „О црквама, школама и благодетним заводима“, стоји: „Слободно јавно извршавање верозаконих обреда имају вероисповести које су у Србији признате, или које особеним законом буду признате.“<sup>10</sup> Гарант Уставом прокламоване слободе вероисповести, по чл. 120 Устава био је кнез: „Књаз је заштитник свију вероисповеди, у држави признатих.“<sup>11</sup>

Први пут је Уставом од 1869. године омогућено регрутовање Јевреја у српску војску. Јевреји у оно време нису служили у војсци. По турским законима, војска се борила за превласт ислама у свету, и доследно томе начелу, војник је могао бити само правоверни муслиман. Немуслиманско становништво турске царевине плаћало је харач за сваког мушкарца, као откупнину од војне службе. Ту таксу плаћали су и Срби православни као и Јевреји. Ступањем на снагу Устава из 1869. године, власти су добиле налог да се у смислу тачке 35 Устава и Јевреји регрутују у српску војску. Јевреји у Србији, и иначе искрено привржени својој отаџбини, прихватили су ово наређење као свету дужност, која се има добровољно извршавати. Јевреји су утолико радосније ступали у српску војску и зато што су им увиђајне власти пружале могућност да се и у војсци могу хранити сходно својим верским прописима, и што им је стављена у изглед еманципација и равноправност са српским становништвом (Делић, 1938: 50). Већ у рату 1876. године двадесетак Јевреја било је обухваћено мобилизацијом, док

---

6 *Устав за Књажество Србију од 1869, Устави и владе, стр. 76.*

7 *Ibid.*

8 *Исто, стр.86.*

9 *Исто, стр. 74.*

10 *Устав за Кнежество Србију од 1869, Устави и владе, стр. 86.*

11 *Ibid.*

су се неки пријавили као добровољци у легију књегиње Наталије. У рату су се борили као обични војници – редови, без права да стичу чинове (Поповић, 1997: 127).

### **3. Положај и слободе јеврејске заједнице у Краљевини Србији**

Берлински конгрес, одржан од 13. јуна до 13. јула 1878, несумњиво је био најзначајнији политички догађај у историји Јевреја у Србији XIX века. Једно од питања решаваних на овом конгресу било је и јеврејско питање у источним земљама, самим тим и у Србији. Учесници конгреса, шест европских земаља и Турска, постављали су проблем изједначавања Јевреја са осталим „вѣрама“ као „питање части“ (Поповић, 1997: 19).

**Члан XXXV** указивао је на то да ни за једно лице у Србији разлика у верској опредељености или конфесији не сме бити повод за искљученост или немогућност у погледу уживања грађанских или политичких права, рада у јавним службама, обављања јавних функција и указивања почести, као ни у погледу обављања разних професија и делатности, у било ком месту. Слобода и видно практиковање свих облика исповедања вере обезбедиће се свим домаћим лицима у Србији, као и странцима, и неће бити никаквих препрека у погледу хијерархијске организације различитих заједница нити у погледу њихових односа с њиховим духовним поглаварима (Делић, 1938/39: 51).

Стојан Новаковић је истицао, да се по питању положаја римокатолика и других неправославних вероисповести „мора полазити од основа које су (...) положене у Берлинском Уговору“. Новаковић истиче три таква основа: „Први је, да се у Србији разлика у вери или вероисповести не може никад узети као сметња у уживању грађанских или политичких права или у вршењу каквих било послова; други је, да се у Србији зајамчи потпуна слобода вршења обреда и исповедања какве било вере како за српске поданике тако и за странце; трећи је, да се ничим неће моћи спречавати ни јерархистичка организација различитих вера, ни њихове везе са њиховим духовним старешинама.“ (Новаковић, 1907: 19–20; видети и: Павловић, 2000: 190. и Живановић, 1923: 382.)

Нови Устав Краљевине Србије проглашен је 22. децембра 1888. године на Великој Народној Скупштини одржаној у Београду. Писци Устава су одредбу о државној вери унели у први део Устава којим се одређивао облик владавине, државна вера и државна област Краљевине Србије (Павловић, 2000: 201; Казимировић, 1923: 14–15). Уз грб и заставу, православна вера је такође уврштена у својеврсне симболе националног идентитета, чиме је светосавски концепт Српства добио своју уставноправну потврду. Чланом

3 Устава прописано је: „Државна је вера у Србији источно-православна.”<sup>12</sup> Устав слободу вероисповести схвата као део слободе савести: „Слобода савести је неограничена. Све признате вере слободне су и стоје под заштитом закона, уколико вршење њихових обреда не вређа јавни ред или морал.”<sup>13</sup>

У члану 30 Устава истиче се да сваки странац у Србији ужива личну и имовинску сигурност, али су дужни подносити терете општинске и државне уколико се томе не противе међународни уговори. У члану 190 Устава, у делу који се односи на цркве, школе и добротворне заводе, истиче се да за друге вероисповести црквена управа припада њиховим духовним властима, док се у члану 192 истиче да се службена преписка других цркава мора доносити на увиђај и одобрење министру црквених послова.<sup>14</sup> Границе слободе вероисповести исте су као и у Намесничком уставу: државно законодавство и забрана сваке радње која је „управљена против источно-православне вере у Србији (прозелитизам)”.<sup>15</sup> По члану 42 Устава, краљ је „заштитник свију признатих вероисповести у Србији”.<sup>16</sup>

Риста Делић износи једно кратко али тачно запажање: „У овој земљи, по признању и самих Јевреја, убрзо је завладао дух потпуне верске трпељивости и широкогрудно схватање начела демократије, слободе и равноправности без обзира на порекло и верску припадност. Формалност око признања потпуне равноправности Јевреја испуњена је доношењем слободоумног Устава од 1888. године. Противу Уставом зајамчене једнакости није се више појавила никаква опозиција“ (Делић, 1938: 51).

Устав од 1901. године је, као и Устав од 1888. године, одвојио државну веру од слободе вероисповести.<sup>17</sup> Слобода вероисповести се у Уставу од 1901. уређује прописима који су у потпуности преузети из Устава од 1888. године.<sup>18</sup> У Уставу се проширује читава лепеза грађанских права када су у питању личне слободе, и први пут се текст Устава уводи термин „грађанин српски“. У члану 33 Устава истиче се да је слобода савести неограничена, и да су све слободне вере под заштитом закона, осим ако вршење њихових обреда вређа јавни ред и морал; српски грађани се не могу ослободити грађанске и војне дужности позивајући се на прописе своје вере. Када је

12 *Устав за Краљевину Србију од 1888*, Устави и владе, стр. 107.

13 *Исто*, стр. 109.

14 *Исто*, стр. 130.

15 *Устав за Краљевину Србије од 1888*, Устави и владе, стр. 109.

16 *Исто*, стр. 111.

17 *Устав Краљевине Србије од 1901*, Устави и владе, стр. 147.

18 *Исто*, стр. 151.

реч о неправославним вероисповестима, у члану 98 Устава, први пут се експлицитно не наглашава да друге вероисповести уживају сва права, већ се истиче положај Министра црквених послова и његов врховни надзор: прописује се да друге вере могу само своју унутрашњу организацију уређивати „по законима својих вера“, док су у свему осталом подложне надзору Министра црквених послова.<sup>19</sup>

У Уставу Краљевине Србије из 1903. године, одредбе о вери преузете су из Устава од 1888. године. У члановима 18, 19 и 20 опет се истиче се да је слобода савести неограничена и да су све слободне вере под заштитом закона, осим ако вршење њихових обреда вређа јавни ред и морал, као и да се грађани Србије не могу ослободити грађанске и војне дужности позивајући се на прописе своје вере, када је реч о неправославним вероисповестима. У члану 189 истиче се аутономија других вера.<sup>20</sup>

#### **4. Положај и слободе јеврејске заједнице у Краљевини СХС и Краљевини Југославији**

У балканским ратовима и у Првом светском рату, положај и судбина јеврејске заједнице на нашим просторима не разликују се од положаја и судбине српског и других народа који су насељавали наше просторе. Голгота кроз коју је прошла Краљевина Србија, одразила се на цело друштво. Припадници јеврејске заједнице узели су значајно учешће у овим ослободилачким ратовима, и као војници и као лекари.

Однос државе према Јеврејима био је у већој или мањој мери благонаклон, што потврђују догађаји из новембра 1917. године када је Британска влада објавила Балфурову декларацију којом се Јеврејима признаје право да оснују своју „народну домовину“ у Палестини. Влада Краљевине Србије је већ 27. децембра 1917. године дала пуну подршку Балфуровој декларацији и била је, уз Велику Британију, прва држава која је подржала оснивање јеврејске државе (Поповић, 1997: 119).

Први светски рат и страдања цивила, која је он произвео, захтевали су у новој мирној Европи успостављање нових међународних и друштвених односа, и у погледу заштите цивила, и у погледу заштите и гарантовања права мањинама, посебно у државама пораженим у рату. На Париској мировној конференцији 1919. године, земље победнице настојале су да побеђене и новоосноване државе обавезу на строго поштовање права националних мањина. Као прототип за те обавезе служио је споразум

---

19 Исто, стр. 160.

20 Устав за Краљевину Србију од 5. јуна 1903, Крф 1916, стр. 6 и 34.

између земаља победница и Пољске, у којима има посебних одредби у вези са Јеврејима. Већина земаља, међутим, прихватила је те обавезе са очитим незадовољством, сматрајући да им оне крње сувереност и није их спроводила нити поштовала (Поповић, 1997: 119). Версајски мир је усвојио принцип стечених историјских права и принцип заштите мањина као меродавне критеријуме за решавање унутрашњих националних питања. Заштита мањинских права превазишла је унутрашњеполитички значај и постала је врло брзо пресудан фактор за успостављање добросуседских односа (Marković, 1956: 161). Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца прихватила је обавезу да гарантује мањинама основна људска права попут права на живот, слободу, вероисповест, језик и право на држављанство (Stojković, Martić, 1953: 8).

Значајно је у контексту првих неспоразума у животу Краљевине СХС, поменути да је крајем 1919. године министар унутрашњих послова издао Наредбу о изгону из Краљевине СХС странаца пореклом из Мађарске, Аустрије, Немачке, Бугарске и Турске. У Наредби није посебно истакнуто да се она односи на Јевреје, али је њено спровођење обухватало и Јевреје из тих земаља. Представници СЈВО посетили су 6. новембра 1919. министра унутрашњих послова Светозара Прибићевића и ова интервенција је ублажила ефекте наредбе, по којој је требало иселити из Босне око 200, а из Загреба 600 јеврејских породица (Споменица СЈВО: 6–7).

У Краљевини СХС, и касније у Краљевини Југославији, јеврејска заједница је у уставноправном погледу третирана као верска заједница, док су Јевреји појединци пред законом третирани као равноправни грађани (Поповић, 1997: 123). Видовдански устав из 1921. године (а слична решења задржао је и тзв. Октоисани устав из 1931. године) дели верске заједнице на усвојене и признате. Положај усвојених добиле су све верске заједнице које су биле законски признате на било ком делу територије која је ушла у састав Краљевине. Признате су биле све оне које су накнадно добиле законско признање од органа нове државе.<sup>21</sup> Уставом признате вере имале су право да одржавају везе са својим верским поглаварима и ван граница државе. Верским представницима било је забрањено да духовну власт преко богомоља, написа верског карактера, или на неки други начин, злоупотребљавају у партијске сврхе. Устав од 1931. године, у чл. 11, став 8, уводи изричиту забрану да се у богомољама, приликом верских скупова и манифестација, врши било каква политичка агитација.<sup>22</sup> Усвојене и

21 *Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 1921. године*, члан 12, став 3, *Устави и владе*, стр. 210–211. и *Устав Краљевине Југославије од 1931. године*, члан 11, ставови 1 и 3, *Устави и владе*, стр. 250.

22 *Устав Краљевине Југославије од 1931. године*, *Устави и владе*, стр. 250.

признате биле су Српска православна црква, Католичка са гркокатоличком, Евангелистичка, Исламска и Мојсијева (Радић, 1995: 20; Troicki, 1935: 21).

У Уставу Краљевине СХС од 1921. године у члановима 4 и 5 истиче се да су сви грађани пред законом једнаки и гарантује се лична слобода. У члану 12 гарантује се слобода вере и савести и у складу са друштвеним уређењем нове државе доста презицино се декларишу верска права и слободе, првенствено кроз уважавање политичких и грађанских права без обзира на веру; усвајају се оне вере које су у ма ком делу Краљевине већ добиле признање, гарантује се самостално регулисање унутрашњих верских ствари, финансија, фондова, те се наглашава да нико није дужан да своје верско опредељење јавно исповеда; истиче се да признате вере своје везе могу одржавати и ван граница државе, да се државна буџетска средства (уколико су предвиђена за верске сврхе) морају делити равномерно према стварним потребама појединих вероисповести, као и да верски великодостојници не могу веру злоупотребљавати у партијске сврхе.<sup>23</sup>

Године 1929, 14. децембра, донет је Закон о верској заједници Јевреја.<sup>24</sup> Верску заједницу Јевреја по овом Закону образују сви припадници јеврејске вероисповести, који живе у Краљевини Југославији и њима је загарантована пуна слобода јавног исповедања вере. Јевреји су организовани по вероисповедним општинама чији је задатак брига о верским и културним потребама чланства. Вероисповедне општине организују Савез, а ортодоксне Удружење, с тим да оба организациона облика, као и поједине општине, посебним правилима утврђују унутрашње уређење, делокруг рада, права и дужности. Министар правде одобрава правила Удружења и Савеза, као и појединих општина. Јеврејске вероисповедне општине и њихов Савез, односно Удружење, представљају самоуправна тела, која самостално управљају културним и добротворним установама, укључујући и верску имовину и фондове, а под врховним надзором државе. Утврђено је право да слободно одлучују о пријему задужбина намењених верским задацима и да њима руководе у складу са одговарајућим законом, као и да располажу и стичу покретна и непокретна добра. Наведени субјекти самостално врше контролу прихода и расхода по поступку о рачуноводству прописаном од министра правде посебном уредбом. Комплетна имовина и пословање подлежу надзору државне Главне контроле, који се обавља на захтев министра правде, Савеза, Удружења или појединих општина. Савез

---

<sup>23</sup> Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 1921. године, Устави и владе, стр. 209, 210–211.

<sup>24</sup> *Zakon o verskoj zajednici Jevreja u Kraljevini Jugoslaviji*, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, број 301, од 24. 12. 1929.

и Удружење представљају централне органе јеврејских вероисповедних општина свог верског правца у Краљевини (Новаковић, 2012: 948).

Може се рећи да је овај период био златно доба за развој и напредак јеврејске заједнице на нашим просторима. Грађанска права Јевреја била су, као што смо већ поменули, потврђена и у Уставу Краљевине Југославије од 1931. године. Тек са јачањем националсоцијализма у Немачкој и са продором те идеологије на наше просторе, дошло је до промене става према јеврејској заједници. Ово се почело испољавати кроз деловање и писање појединих дневних листова, те са појављивљњем организација са нацистичком идеологијом и пронемачких политичара. Посебно се притисак на јеврејску заједницу могао осетити почетком четрдесетих година кроз негативне кампање које су против Јевреја водили поједини дневни листови, међу којима се истицао лист „Време“. Антисемитизам је, дакле, и на нашим просторима био у порасту.

Негативну кампању пратила је сложена спољнополитичка ситуација. Краљевина Југославија била је окружена Силама осовине, осећао се велики притисак на Владу Краљевине, а друштвене прилике биле су условљене општим стањем у ратом већ захваћеној Европи. Све ово довело је до тога да се под притиском појединих политичких кругова 5. октобра 1940. донесу и истовремено објаве две антијеврејске уредбе са законском снагом: „Уредба о упису лица јеврејског порекла за ученике универзитета, високих школа у рангу универзитета, виших, средњих, учитељских и других стручних школа“ и „Уредба о мерама које се односе на Јевреје у погледу обављања радњи са предметима људске исхране“.<sup>25</sup> Ове уредбе са ограничавајућим одредбама према Јеврејима (*Numerus clausus*) биле су противуставне: према тада важећем Уставу од 1931. године, грађанска права и дужности били су једнаки и гарантовани за све држављане Краљевине (члан 4 Устава гарантовао је да је држављанство у читавој Краљевини једно, да су сви су грађани пред законом једнаки, да сви уживају једнаку заштиту власти, да се не признаје племство ни титуле, нити икаква преимућства по рођењу, а члан 11 ујемчава слободу вере и савести, равноправност свих вероисповести пред законом, као и то да је уживање грађанских и политичких права независно од исповедања вере). Овим уредбама су флагрантно прекршене одредбе Устава и ускраћена су основна права јеврејске заједнице на образовање и рад.

Убрзо по доношењу уредби, усложњавање спољнополитичке ситуације довело је до приступања Краљевине Југославије Тројном пакту, до масовних

---

25 Службене новине Краљевине Југославије, број 229-LXXX-A, Београд, субота, 5. октобар 1940. године.



мартовских протеста, до Априлског рата 1941. године и до капитулације Краљевине Југославије.

## **5. Положај јеврејске заједнице у окупираној Краљевини Југославији и по ослобођењу**

У окупираној Краљевини, окупационе снаге примењују све мере које имају за циљ тотално уништење Јевреја по моделу примењеном у нацистичкој Немачкој. Територија Краљевине подељена је на окупационе зоне у којима су важили расни и други закони којима је јеврејска заједница била тотално обесправљена. У окупационој зони Србије, која је била под контролом немачких снага донета је Наредба од 30. маја 1941. године која се односила на Јевреје и Цигане и Уредба о припадању имовине Јевреја Србији. У Независној Држави Хрватској донет је читав низ аката по угледу на Немачко расно законодавство, међу којима су најдрастичније у том погледу биле законске уредбе о утврђивању расне припадности, о отпуштању свих Јевреја из државне службе, о обавезном пријављивању свих Јевреја, о подржављењу имовине Јевреја и јеврејских предузећа, о колективној одговорности Јевреја „за узнемиравање пучанства и отежавање опскрбе“ итд. (Krizman, 1996: 247–254). У НДХ је показана несумњиво највећа доследност у примени антијеврејских мера. У Италијанској окупационој зони важили су Италијански расни закони, а у Бугарској зони „Закон о заштити Бугарске државе и расе“.

Постојао је читав низ установљених квазиправних института којима је озаконен прогон Јевреја. За њих грађанска права у овом периоду апсолутно нису постојала. Јединствен је случај у савременој правној историји да је прогон једне заједнице био озаконен бројним квазиправним средствима која су настала у нацистичкој Немачкој и касније копирана у многим државама чланицама Тројног пакта и окупираним државама.

Последица овакве квазиправне регулативе и других мера које су примењене против јеврејске заједнице, скоро су довели до тоталног уништења те заједнице. Ни по ослобођењу наших простора од окупације, ситуација није била боља: имовина Јевреја која је била узурпирана од стране окупационих или квислиншких власти, била је потом узурпирана од нових комунистичких власти. Правни основ за овакво деловање била је Одлука коју је АВНОЈ донео 21. новембра 1944. године и која је налагала да се највећим делом југословенски Јевреји више не могу сматрати правним сопственицима своје имовине, као „одбегли или одсутни“.<sup>26</sup> Сходно овој одлуци, имовина није могла директно бити враћена присутним

---

26 АЈИМ, Алије 1948–1952. АЈ, Фонд Президијума Народне скупштине ФНРЈ, ф. 17 к. 310.

власницима, чак ни ако су располагали правоснажним доказима о власништву, већ је морала бити уступљена трећем лицу или правном сопственику имања, кога би именовали за то задужени представници државних власти.<sup>27</sup> Последица оваквих одлука је конфискација, односно национализација јеврејске имовине, као и српске, за оне породице које су проглашене као антинародни елемент или су се сматрале симпатизерима прошлог система. Велики број јеврејских породица са наших простора иселио се 1948. године за Израел.

## 6. Закључна разматрања

У Кнежевини Србији положај јеврејске заједнице и грађанска права били су условљени констелацијом односа у самој власти. Могу се запазити поједине антијеврејске мере, али су оне несумњиво имале економски, а не антисемитски карактер. Након Берлинског конгреса 1878. године и током постојања Краљевине Србије, положај и права припадника јеврејске заједнице били су поштовани. У Краљевини СХС и Краљевини Југославији, по питању гарантовања персоналних права, припадници ове заједнице се нису одвајали од осталих држављана, што је опет дубоко укорењено у традицији односа на овим просторима. Зато смо се у раду највише фокусирали управо на одредбе устава којима су та права гарантована и штићена. Многи од припадника јеврејске заједнице вршили су високе државне функције. По питању материјалног и статусног положаја, припадници јеврејске заједнице углавном су спадали у средње и више слојеве друштва, а по питању образовања, процентуално су спадали у најобразованији сегмент друштва.

Појаве антисемитизма нису биле правило. Биле су спорадичне и занемарљиве и нису се издвајале из појава опште нетрпељивости међу појединим етницитетима, што опет није било правило на нивоу читавог друштва. Постале су изражене на нашим просторима тек у другој половини тридесетих година XX века. За две антијеврејске уредбе донете 5. октобра 1940. године, које су ограничавале права Јевреја, ипак се не може рећи да су биле инспирисане аутохтоним антисемитизмом, јер су оне више биле производ јаких спољних притисака на Краљевину Југославију.

Од тренутка окупације Краљевине Југославије, не може се уопште говорити о постојању било каквих права Јевреја на тим просторима. Као заједница, они су били тотално обесправљени. После ослобођења, нове комунистичке власти су у духу идеологије коју су промовисале, вршиле национализацију имовине, али та национализација опет није била усмерена исључиво

---

27 АЈ, Фонд Президијума Народне скупштине ФНРЈ, ф. 17 к. 310.

према Јеврејима, већ према свима који су се сматрали „антинародним елементима“.

Положај јеврејске заједнице до почетка Другог светског рата на нашим просторима био је знатно повољнији од тадашњег положаја Јевреја у другим европским државама: поштовала су се грађанска и верска права Јевреја, док су у великом броју случајева Јевреји третирани као Срби Мојсијеве вероисповести.

## Литература

Novaković, D. (2012). *Versko zakonodavstvo Kraljevine Jugoslavije*. Rijeka: Zb. Prav. fak. Sveuc. Rij. v. 33, br. 2.

Lebl, Ž. (2001). *Do „konačnog rešenja“- Jevreji u Beogradu 1521–1942*. Beograd.

Живановић, Ж. (1923). *Политичка историја Србије, књ. I*. Београд.

Pejašinovic, Z. (1997). *Cionistički pokret: od Bazelske do Balfurove deklaracije*. Beograd.

Krkljuš, Lj. (2009). *Pravna istorija srpskog naroda, drugo izmenjeno izdanje*. Beograd.

Р. Казимировић, Р. (1923). *Црквени проблеми пред нашим новим уставом, Црквено-правне расправе, књ. I*, Београд.

Дурковић-Јакшић, Љ. (1990). *Србија и Ватикан 1804–1918*. Краљево.

Stojković, Lj., Martić, M. (1953). *Nacionalne manjine u Jugoslaviji*. Beograd.

Marković, M. (1956). *Zaštita, manjina u sklopu međunarodne zaštite ljudskih prava*. Beograd.

Павловић, М. (2000). *Уставноправна европеизација Кнежевине и Краљевине Србије*. Београд.

Lengel Krizman, N. (1996). *Хронологија жидовског страдања 1938–1945, у Антисемитизам Холокауст Антифашизам*. Загреб.

Поповић, Н. (1997). *Јевреји у Србији 1918–1941*. Београд.

Делић, Р. С. (1938). *Јевреји у Југославији*. Београд.

Radic, R. (1995). *Verom protiv vere*. Beograd.

*Религија и друштво, зборник радова (1969)*. Загреб.

*Вјерске заједнице у Југославији, зборник радова. (1970)*. Загреб.

Новаковић, С. (1907). *Католичка црква у Србији III*, Архив за правне и друштвене науке, књ. IV, бр. 1, 1907.

*Споменица СЈВО 1919–1969.*

Troicki, S. (1935). *Verska politika Kralja Ujedinitelja*, Letopis matice srpske, knjiga 343, sveska 1.

*Црквени проблеми пред нашим новим уставом, Црквено-правне расправе*, књ. I. (1923). Београд.

### **Историјски извори**

Архивска грађа:

*Архив Југославије АЈ*, Фонд Президијума Народне скупштине ФНРЈ, ф. 17 к. 310.

*Архив Јеврејског историјског музеја АЈИМ*, Алије 1948–1952.

Правни извори:

*Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835–1941)*, приредио Душан Мрђеновић, Београд 1988.

*Устав Кнежевине Србије*, Крагујевац 1835.

*Султански хатишериф*, Београд 1838.

*Закон од 9. септембра 1853. године*, Сборник закона и уредби и уредбени указа издани у Књажеству Србији (од почетка до конца 1853) књ. VII, Београд, 1854.

*Казнителни законик за полицајне преступке од 27. маја 1850*, Сборник закона и уредби и уредбени указа, издани у Књажеству Србији (од почетка до конца 1850. године), књ. V, Београд, 1853.

*Казнителни законик за Књажество Србију од 29. марта 1860*, Збирка закона Краљевине Србије

*Устав Кнежевине Србије*, Београд 1869.

*Устав Краљевине Србије*, Београд 1888.

*Устав Краљевине Србије*, Београд 1901.

*Устав Краљевине Србије од 5. јуна 1903*, Крф 1916.

*Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд 1921.

*Устав Краљевине Југославије, Београд 1931.*

*Zakon o verskoj zajednici Jevreja u Kraljevini Jugoslaviji, Službene novine Kraljevine Jugoslavije, broj 301, od 24. decembra 1929.*

*Службене новине Краљевине Југославије, број 229-LXXX-A, Београд, субота 5. октобар 1940. године*

**Željko Lazić, LL.D.**

**LEGAL ASPECTS OF CIVIL AND RELIGIOUS FREEDOMS  
OF THE JEWISH COMMUNITY IN THIS REGION**

**Summary**

*This doctoral thesis analyzes the legal aspects of civil and religious freedoms of members of the Jewish community by examining the constitutional provisions, legislative acts and regulations governing these matters in our region. The subject matter of analysis is the position of the Jewish community in the Principality of Serbia and the Kingdom of Serbia, as well as in the Kingdom of SCS and the Kingdom of Yugoslavia. In addition to the constitutional provisions which guaranteed the rights of the Jewish community and other communities, the paper focuses on the legislative acts which were productive for the Jewish community as well as on the ordinances and decrees which substantially restricted the rights of the Jews in these territories. In particular, there is a specific reference to the legislative provisions, regulations and orders instituted after the occupation of the Kingdom of Yugoslavia. These measures led to an absolute violation of the Jews' civil rights, which were practically non-existent at the time.*

**Keywords:** *Jewish community, civil rights, freedoms, laws, peril.*



## **УСЛУГЕ ЕКО-ТУРИЗМА У СВЕТЛУ НОВИХ КЛАСТЕРА И ПРИМЕНЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ**

**Апстракт:** *Савремени еко-туризам обухвата основне принципе одрживог развоја одређеног подручја и активно доприноси очувању природне и културне баштине, укључујући становништво локалних заједница у његово планирање, развој и расподелу остварених прихода. Заснован је на богатству биодиверзитета у смислу ретких и ендемских врста, на традиционалном знању и фолклорној традицији одређеног подручја. Производи и услуге које су специфичне за овај облик туристичке понуде одувек се налазе на граници између користи и штете по идентитет одређеног подручја. Међутим, груписање свих расположивих капацитета у оквиру одређене заједнице, ради промовисања њених специфичности и разноликости, представља данас једно од решења у корист добрих економских резултата еко-туризма.*

*У овом раду аутор указује на значај тенденције образовања кластера у оквиру еко-туризма, као и на савремена решења у смислу заштите генетичких ресурса, традиционалних знања и фолклора локалних заједница у оквиру туристичких услуга. Развој заштите интелектуалне својине, чији је циљ очување традиционалних знања и вештина одређеног становништва, има значајан утицај на развој и повећање конкурентности еко-туризма у новим условима глобалног тржишта.*

**Кључне речи:** *еко-туризам, кластери, заштита права интелектуалне својине, локална заједница, биодиверзитет.*

---

\* vukasinkg@hotmail.com

## 1. Увод

Примена права интелектуалне својине у циљу заштите генетичких ресурса, традиционалних знања и фолклора одређене заједнице представља једно од најспорнијих питања у вези са легалним приступом и коришћењем ових ресурса, заснованих на традицији локалних заједница широм света. Наиме, бројне интернационалне компаније, попут агрогиганата *Monsanto*, *DuPont* и *Syngenta*, изградиле су монополске позиције, између осталог, уз помоћ интензивног црпљења културних ресурса староседелачких народа широм свих континената<sup>1</sup> (Then, Tirpe, 2014: 7). У многим случајевима, реч је о нелегалним приступима, у оквиру којих се права интелектуалне својине користе ради заобилажења обавеза које произилазе на основу националне или наднационалне правне регулативе, чиме се негативно утиче на одржавање ресурса одређених народа, и староседелачких и других локалних заједница (Then, Tirpe, 2011: 11).

Неопходно одрживо коришћење биодиверзитета се може постићи успостављањем система заједничког приступа очувања генетичких ресурса, мерења њиховог утицаја на животну средину, легалним коришћењем, као и поштенom и праведном расподелом користи које из њих потичу.<sup>2</sup> У области интелектуалне својине, више него у било којој другој области права, међународна димензија има значајну улогу у смислу стварања стандарда и за национално и за међународно законодавство. У том циљу је на савременом и диверзификованом тржишту услуга настао нови концепт успостављања међусобне сарадње и кооперативних веза (Завод за интелектуалну својину Републике Србије, 2006). Овај концепт је резултат развоја *high-tech* сектора, у којем је највреднији капитал знање и сарадња између савременог пословања и науке. Синергички ефекат је, међутим, обухватио и традиционалне секторе, као што је туризам. Формирање кластера у оквиру пружања туристичких услуга представља перспективан правац развоја овог сектора (Cooke, 2001: 950).

У том смислу, овај рад обухвата анализу повећања конкурентности еко-туристичких услуга на основу образовања кластера и адекватне

---

1 Један од аутора извештаја *European patents on plants and animals – is the patent industry taking control of our food?*, Christoph Then, истиче ситуацију пуну правних апсурда у оквиру које се и поред забране патентирања биљних сорти и животињских раса, признавањем патената од стране Европског завода за patente, омогућава заобилажење ових забрана и истовремено служи интересима мултинационалних компанија, као што су *Monsanto*, *DuPont* и *Syngenta*, које већ контролишу око 50% међународног комерцијалног тржишта семена.

2 European Parliament resolution of 20 April 2012 on our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020 (2011/2307(INI))



примене права интелектуалне својине у заштити генетичких ресурса, традиционалних знања и фолклора, као примарних чинилаца за настанак и пружање ових услуга.

## **2. Кластери и право интелектуалне својине као основ повећања конкурентности туристичких услуга**

Према подацима Светске трговинске организације, услуге представљају најбрже растући сектор глобалне економије, и чине две трећине глобалног *output-a*, трећину глобалног запошљавања, и скоро 20% светске трговине (World Trade Organization). Континуирани раст у сектору услуга и обим пословања у области туризма једнак је или чак превазилази извоз нафте, прехранбених производа и аутомобила (World Trade Organization). Туристичке услуге постале су значајан фактор у међународној трговини и истовремено су један од главних извора прихода за многе земље у развоју (United Nations Conference on Trade and development, 2007).

Избор савременог корисника туристичких услуга заснива се на помирењу два међусобно контрадикторна концепта. Први концепт се огледа у све већој специјализацији, а други у што диференциранијој понуди услуга. То се остварује комбиновањем наизглед неповезаних туристичких производа и услуга, које се постиже на основу бројних активности сарадње између конкурентних ентитета. Најбољи облик такве сарадње представљају туристички кластери, а концепт груписања у кластере постаје све популарнији у туризму. О томе сведочи стални пораст броја кооперативних веза, насталих спајањем различитих субјеката, који су директно или индиректно укључени у активности пружања туристичких услуга. Полазна тачка за сарадњу између бројних, некада, међусобно конкурентних субјеката је у обједињавању потенцијала којима располажу како би се заједничким ефектима и синергијом истакла привлачност дотичног подручја. Привлачност се одређује, на пример, бројем природних атракција, али и људским активностима у области архитектуре, фолклора, традиционалне хране и пића, стила живота локалне заједнице, смештајних капацитета, итд. Акумулација ових активности на једном подручју утиче на његово претварање у туристички регион. Другим речима, природни потенцијал и привлачност одређеног подручја представља темељ на коме се гради туристички кластер. За његово функционисање и развој неопходно је обједињавање елемената у виду инфраструктуре, услуга и добављача, пословног окружења, као и доприноса јавних институција, које учествују како у трошковима, тако и у користима које настају као резултат овакве синергије. У том контексту, интензивна конкуренција и

економија знања награђује оне који схватају значај нематеријалних права интелектуалне својине и њихову улогу у разликовању и додатој вредности понуђених туристичких услуга.

Правом интелектуалне својине обезбеђени су бројни облици заштите, који се односе на управљање, експлоатацију и спровођење нематеријалних права у циљу јачања кластера у сектору пружања туристичких услуга (Nanayakkara, 2008: 2). Бројни су покушаји да се на тржишту услуга понуде што различитији садржаји за одређену клијентелу. Тако су, на пример, услуге у оквиру кластера еко-туризма усмерене на еколошки и друштвено одговорног појединца, а примарну атракцију у овом случају чине флора, фауна и културно наслеђе одређене дестинације (Nanayakkara, 2008: 9). Овај кластер је првобитно замишљен као модел путовања заснован на природним разноликостима, а данас представља концепт специфичног приступа одрживог развоја одређеног подручја. Одговорним спровођењем овог концепта у пракси се минимизира негативан ефекат традиционалног туризма на животну средину и повећава се степен културног интегритета локалне заједнице (Global Development Research Center). Његова суштина је у успостављању блиских веза које постоје између очувања животне средине, економског развоја, као и спознаје о културној разноликости и начину живота на одређеном локалитету (Nanayakkara, 2008: 11).

Међутим, у пракси су познати и бројни примери којима се указује да се, уместо успостављања блиских и развојних веза, ствара систем експлоатације овог концепта у негативном смислу. У том смислу, у теорији се често као пример наводи француска туристичка промоција подручја Баскије. Традиционални фолклор и обичаји условили су живот локалног становништва овог подручја, а у оквиру ове туристичке понуде локално становништво је именовано као „Индијанци Европе” (Lacey, Douglass, 2002: 11). Француска држава је у потпуности спонзорисала ову туристичку понуду засновану на сезонском запошљавању локалног становништва у промоцији културних обележја овог подручја. Друштвени критичари су овај концепт окарактерисали као „средство државног угњетавања” (Lacey et al. 2002: 11), износећи став да се ово подручје Француске намерно одржава у недовољно развијеном стању и да су игнорисана основна грађанска, политичка и културна права ове заједнице.

Управо из наведених разлога, у сектору еко-туризма значајну улогу има систем заштите интелектуалне својине којим се, на овом сектору, омогућава поступно трансформисање локалних културних разлика у нову вредност са циљем јачања понекад и маргинализованих заједница. Овај систем заштите усмерен је на заштиту генетичких ресурса, традиционалних

знања и очување фолклора одређених подручја у циљу повећања конкурентности у погледу вредности, с једне стране, и разноликости између понуђених услуга, с друге стране (Erikson, 2003: 530).

### **3. Појам генетичких ресурса, традиционалног знања и фолклора у оквиру кластера еко-туризма**

Генетички ресурси, традиционална знања и фолклор представљају значајне елементе културног, социјалног и историјског идентитета, који се развија, одржава и преноси са генерације на генерацију у локалним заједницама широм света. За наведене елементе идентитета одређене заједнице не постоје прецизне и усаглашене дефиниције, те су стални предмет тумачења у теорији и пракси.

Премачлану 2 Закона о потврђивању Конвенције о биолошкој разноврсности, под генетичким ресурсима подразумева се генетички материјал стварне или потенцијалне вредности у оквиру конкретно одређеног биолошког извора.<sup>3</sup> Другим речима, „биолошки извори” укључују генетичке изворе, организме и њихове делове, популације или било које друге биотичке компоненте екосистема са стварном или потенцијалном наменом или коришћу за човечанство.<sup>4</sup> Земља порекла генетичких ресурса је земља која поседује генетичке изворе у *In-situ* условима. Истим чланом наведеног закона прецизира се да су *In-situ* они „услови где генетички ресурси постоје у оквиру екосистема и природних станишта и, у случају припитомљених или гајених врста, у окружењу где су развили своја препознатљива и карактеристична својства.”<sup>5</sup>

У циљу пружања подршке развоју и спровођењу ефикасних мера, како би се омогућило очување, одрживо коришћење и приступ генетичким ресурсима, члан 8, став 1, тачка (j) Закона о потврђивању Конвенције о биолошкој разноврсности предвиђа да ће државе уговорнице:

- „у складу са својим националним законодавством поштовати, чувати и одржавати знање, иновације и праксе староседелачких и локалних заједница које се држе традиционалног начина живљења, важног за очување и одрживо коришћење биолошке разноврсности,
- унапређивати њихову ширу примену уз одобрење и укључење оних који поседују такво знање, иновације и праксе, и

---

3 Чл. 2 Закона о потврђивању Конвенције о биолошкој разноврсности, *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори, 11/2001*

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

– подстаћи праведну поделу користи које проистичу из коришћења таквог знања, иновација и пракси.”<sup>6</sup>

Поред тога, Европска унија има низ инструмената којима настоји да искористи позитиван утицај права интелектуалне својине у очувању генетичких ресурса. Тако је, на пример, у преамбули Директиве Европског парламента и Већа о правној заштити биотехнолошких проналазака садржан позив за пријаву патената, који укључује информације о географском пореклу биолошког материјала биљног или животињског порекла.<sup>7</sup> При њиховој даљој комерцијализацији заштита може бити регулисана правом жига, али и географским ознакама порекла. Поред тога, значајна улога припада ауторским и сродним правима, као и праву на индустријски дизајн.

Појам традиционалног знања у основи је дефинисан као „... подскуп ширег концепта културног наслеђа” (Dutfield, 2004: 76), при чему се под појмом културног наслеђа подразумева све оно што припада посебном идентитету једног народа. Оно укључује све што се у савременом међународном праву сматра креативном производњом људске мисли, као што су песме, музика, игре, литература, уметничка дела, научна истраживања (Dutfield, 2004: 79). Поред тога, укључује и наследство из прошлости и из природе, попут природних карактеристика пејзажа, као и свих врста биљака и раса животиња у оквиру њих (Khog, 2003: 435).

Светска организација за заштиту интелектуалне својине дефинише појам традиционалног знања као „... подскуп наслеђа у чијем је саставу: традиција заснована на књижевним, уметничким и научним радовима, представе, изуми, научна открића, дизајн, ознаке, имена и симболи, необјављене информације, као и све остале иновације и креације настале у оквиру интелектуалне активности насталих на традиционалној основи” (Muga-be, Kameri, Mutta, 2001: 8). При том се истиче да традиционална основа подразумева систем знања који се преносе с генерације на генерацију на одређеној територији, који је настао на несистематичан начин и који се развија као одговор одређене заједнице на конкретне промене средине (Posey, Dutfield, 1996: 213).

Појмом традиционално знање обухваћен је и појам традиционалних културних израза. Њиме се означава продукција која се састоји од карактеристичних елемената традиционалне уметничке баштине

---

6 Ibid.

7 Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, *OJ L 213*

развијене у одређеној заједници и то у нематеријалним и материјалним облицима (Posey et al. 1996: 217).

У нематеријалне културне изразе спадају: а) вербални изрази, као што су народне приче, народна поезија, анегдоте и загонетке, знакови, речи и симболи, б) музички изрази, као што су народне песме и инструментална музика; ц) изрази као што су народне игре, уметничке форме и ритуали (Graber, 2006: 257). Материјални, изрази подразумевају: а) продукцију народне уметности, посебно цртежа, слика, скулптура, резбарије, керамика, теракота, мозаика, израду накита, ткање и шивење текстила, тепиха, костима; б) старе занате и занатске производе; ц) музичке инструменте; д) грађевинске и архитектонске форме (Graber, 2006: 261). Сви наведени изрази данас су обухваћени употребом нашироко прихваћеног термина национални фолклор, погодног за потребе релевантних међународних уговора (Blakeney, 2006: 9).

#### **4. Примери добре праксе у државама чланицама Европске уније**

Општина *Calvià* налази на јужној обали Шпаније и годинама је популарно туристичко одредиште са око 1,6 милиона туриста годишње (Dodds, Butler, 2010: 43). Као последица неконтролисаног пораста туриста у последњих неколико деценија и изразитог притиска на локалне ресурсе, дошло је до деградације животне средине (Dodds et al. 2010: 45).

Представници локалне заједнице иницирали су израду Акционог плана интегрисаног одрживог развоја региона *Calvià* (United Nations Environment Programme and World Tourism Organization, 2005), са посебним нагласком на сектор еко-туризма. Акциони план је усвојен 1997. године, а његови елементи и многобројне мере заштите и данас су на снази.

Акционим планом је, на пример, 1.700 хектара земље која је раније била издвојена за урбани развој, декласификацијом претворено у копнено заштићено подручје и морски парк са ретким биљним врстама, чије су ген секвенце заштићене као патенти и регистроване у међународној банци гена (Ajuntament de Calvià, 1997). Постојећи проблеми клизишта, експлоатације песка и лоших еколошких услова у приобаљу решени су новим приступом уређењу и регенерацији плажа, који су прилагођени захтевима очувања животне средине (Ajuntament de Calvià, 1997). На основу теренског истраживања приобалне флоре и вегетације детерминисано је преко 214 врста које су ценобионти 12 заједница, које су данас регистроване као један од 158 званично регистрованих светских центара разноликости биодиверзитета (Ajuntament de Calvià, 1997).

У последњих пет година је на овом подручју развијен нови облик кластер услуга еко-туризма, чија се понуда састоји од специфичних облика јутарње медитације, чију обуку изводе професионални инструктори са лиценцом и вечерњих обука традиционалног плеса која је поверена становницима овог подручја, који туристима продају националну ношњу и уче их традиционалном плесу на пешчаној обали (Ajuntament de Calvià, 1997). Заштитом дизајна на националном, али и међународном нивоу очуване су особености ткања, карактеристичне шаре и позната чипка, којима се изражавају специфичности националне ношње овог подручја (Ajuntament de Calvià, 1997).

Националним стратегијама развоја еко-туризма бројне државе су покренуле акционе планове који обједињују како формирање нових кластера, тако и свеобухватну примену права интелектуалне својине у циљу очувања разноликости постојећих биодиверзитета. Тако је на пример, у 2002. години од стране бугарске владе покренут Акциони план у циљу стварања могућности за економски раст оних заједница које се налазе у близини заштићених подручја, као и за јачање локалне подршке за очување и допринос одрживом развоју у оквиру еко-туризма.<sup>8</sup> После две године заједничког учешћа заинтересованих страна, укључујући и учешће туристичких асоцијација, невладиног сектора и Фондације за реформу локалне самоуправе, дефинисано је дванаест еко-туристичких региона, на основу географских карактеристика и културног наслеђа (Bulgarian State Tourism Agency, 2006). Наиме, успостављено је дванаест регионалних еко-туристичких акционих програма, при чему су њихови кључни аспекти изражени кроз:

1. институционални развој и јачање националне радне групе за еко-туризам, која прегледа и ажурира пријављене планове и надгледа њихово спровођење;
2. нагласак на умрежавању малих и средњих предузећа у циљу образовања кластера између туристичких, али и других сектора на локалном нивоу;
3. нагласак на развоју бизниса кроз обуку, примену шема за осигурање квалитета и заштиту производа и услуга правом жига (Bulgarian State Tourism Agency, 2006).

Развијени субројни инструменти за подршку спровођења плана, укључујући и доношење два важна законодавна акта на националном нивоу. Првим се регулише способност уговарања између малих туроператера у заштићеним подручјима, а другим актом су промењени закони локалне самоуправе,

---

<sup>8</sup> Bulgaria Tourism Act. *State Gazette*. No. 56/7. 6. 2002

тако да порески приход од туризма остаје у општини и усмерен је на развој инфраструктуре у вези са туристичком понудом овог подручја (Vulchev, 2002: 23). Такав развој еко-туризма, као и локална и регионална промоција очувања природне и културне баштине, брзим темпом су у протеклих пет година спроведене у Бугарској, која је добила сертификат за промоцију „одрживог туризма“, односно „*Green Globe Certification*“ (The International Ecotourism society). Добијањем овог сертификата, привредни субјекти или региони имају право његове употребе, чиме преносе поруку да су њихови производи и услуге признати као добри стандарди за очување животне средине (Nanayakkara, 2008: 6).

Један од примера је и успешно коришћење колективног жига за обележавање туристичких понуда у Француској. „*Logis de France*“ је регистровани заштитни знак удружења независних хотелијера повезаних са циљем да промовишу хотеле у приватном власништву, који се налазе у руралном амбијенту (World Tourism Organisation (UNWTO), 2002). Концепт је замишљен као кластер производа и услуга у оквиру којих се корисницима нуде лепоте руралних крајева широм Француске, као и храна ових подручја у локалном амбијенту и окружењу (Nanayakkara, 2008: 9). На пример, реч је о винским турама, боравцима у винаријама, могућностима узорковања различитих врста вина, посета винским фестивалима. Постављањем етикете и спровођењем строго поштованих критеријума, којих се хотели придржавају, настао је нови производ са додатом вредношћу, па тако данас постоји више од 3.000 хотела који су чланови овог удружења (World Tourism Organisation (UNWTO), 2002). Хотели су, такође, класификовани по категоријама, као и по специјализованим традиционалним искуствима у припремању хране. Поред заштите ознака жигом, широко је распрострањена заштита географским ознакама порекла. На овај начин се ствара диференцирана понуда на тржишту са адекватним системом заштите на основу права интелектуалне својине (Nanayakkara, 2008: 9).

## 5. Закључак

Туризам је најпогоднији сектор за ефикасно коришћење потенцијала кластера. Природу туристичког производа чине културна и природна атрактивност места, познатост жига којим је заштићен, хотелске услуге и приступ квалификованих водича. Заједничка акција различитих локалних субјеката може да доведе до бржег развоја еко-туризма нудећи специфичну и свеобухватну туристичку понуду. Кластер обично има сложена инфраструктуру у виду различитих услуга, захваљујући којима је могуће задовољити потребе клијената, смањити трошкове маркетиншких

активности и правних услуга. Такође, треба напоменути да је еко-туризам најбољи сектор у коме се спроводи непрекидан проток информација заједничким акцијама три главна актера: предузећа, научних институција и администрације. Локалне самоуправе региона за које је еко-туризам од изузетне важности свакако ће бити заинтересоване да се укључе у ову врсту иницијативе и тиме побољшају своје туристичке понуде и приходе.

Систем интелектуалне својине пружа веома моћне инструменте за јачање конкурентности ових региона еко-туризма. Конкуренција је све интензивнија и економија знања награђује само оне који схватају значај нематеријалне заштите и њихову улогу у разликовању и стварању додате вредности у облику нових услуга и производа еко-туризма. Правима интелектуалне својине обезбеђује се адекватна заштита уз поштовање и очување генетичких ресурса, традиционалних знања и специфичног фолклора одређеног подручја.

## Литература

- Ajuntament de Calvià. (1997). *Local Agenda 21 initiatives to advance sustainability in a heavily developed tourist centre, Calvià - ES*. Преузето 10. 05. 2015. <http://ec.europa.eu/ourcoast/index.cfm?menuID=7&articleID=107>
- Blakeney, M. (2006). Protecting Traditional Cultural Expressions: The International Dimension. In Macmillan, F. Bowrey, K. Elgar, E. (Eds.). *New Directions in Copyright Law: Volume 3*. Cheltenham, UK. 7–17
- Bulgaria Tourism Act. *State Gazette*. No. 56/7. 6. 2002
- Bulgarian State Tourism Agency. (2006). *Report on Municipalities Tourism Survey*. Преузето 13.05.2015. [www.tourism.government.bg](http://www.tourism.government.bg)
- Cooke, P. (2001). Regional innovation systems, clusters, and the knowledge economy. *Industrial and Corporate Change*. Vol. 10, No. 4. 945–974
- Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions. *Official Journal L* 213. 30/07/1998 P. 0013–0021
- Dodds, R. Butler, R. (2010). Barriers to implementing Sustainable Tourism Policy in Mass Tourism Destinations. *Tourismos: An International Multidisciplinary Journal of Tourism*. Vol. 5, No. 1. 35–53
- Dutfield, G. (2004). *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*. London, UK: Routledge



Erikson, P. P. (2003). Welcome to This House: A Century of Makah People Honoring Identity and Negotiating Cultural Tourism. *Ethnohistory*. Vol. 50, No. 3. 523–547

European Parliament resolution of 20 April 2012 on our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020. (2011/2307(INI))

Global Development Research Center. *Defining Eco-Tourism*. Преузето 26. 04. 2015. <http://www.gdrc.org/uem/eco-tour/etour-define.html>

Graber, C. (2006). The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO. *Journal of International Economic Law*. 09/2006. 257

Khor, M. (2003). *Intellectual Property, Biodiversity and Sustainable Development Resolving the Difficult Issues*. London, UK: Zed Books

Lacey, J. Douglass, W. (2002). Beyond Authenticity: The Meanings and Uses of Cultural Tourism. *Tourist Studies*. 2/2002. 5–16

Mugabe, J. Kamari - Mbote, P. Mutta, D. (2001). *Traditional knowledge, genetic resources and intellectual property protection: Towards a New International Regime*. International Environmental Law Research Center Working Paper. Преузето 03. 05. 2015. <http://www.ielrc.org/content/w0105.pdf>

Nanayakkara, T. (2008). Role of Intellectual Property in Enhancing the Competitiveness of the Tourism Industry. *World Intellectual Property Organization Publication*. Преузето 26. 04. 2015. [http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/tourism\\_ip.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/tourism_ip.pdf)

Posey, D. A. Dutfield, G. (1996). *Beyond Intellectual Property Rights: Towards Traditional Resources Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*. Ottawa, Canada: IDRC Books

The International Ecotourism society. *Certification and Standards*. Преузето 17. 05. 2015. <https://www.ecotourism.org/certification-and-standards>

Then, C. Tippe, R. (2014). *European patents on plants and animals - is the patent industry taking control of our food?* Преузето 10.04.2015. [http://no-patents-on-seeds.org/sites/default/files/news/european\\_patents\\_on\\_plants\\_and\\_animals\\_2014\\_2.pdf](http://no-patents-on-seeds.org/sites/default/files/news/european_patents_on_plants_and_animals_2014_2.pdf)

Then, C. Tippe, R. (2011). *Das Saatgutkartell auf dem Vormarsch - Patentanmeldungen und Patenterteilungen im Bereich der Pflanzen- und Tierzucht im Jahr 2010*. Преузето 10.04.2015. [http://no-patents-on-seeds.org/sites/default/files/news/patente\\_report\\_2011.pdf](http://no-patents-on-seeds.org/sites/default/files/news/patente_report_2011.pdf)

United Nations Conference on Trade and development. (2007). *FDI in Tourism: The Development Dimension*. Преузето 22.04.2015. [http://unctad.org/en/Docs/iteiia20075\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiia20075_en.pdf)

United Nations Environment Programme and World Tourism Organization. (2005). *Making Tourism more Sustainable – A Guide for Policy Makers*. Преузето 07. 05. 2015. <http://www.unep.fr/shared/publications/pdf/DTIx0592xPA-TourismPolicyEN.pdf>

Vulchev, P. (2002). *Bulgarian ecotourism development outlook: Survey of the domestic market*. Преузето 16. 05. 2015. [www.moew.government.bg/ecotourismforum/index\\_e.htm](http://www.moew.government.bg/ecotourismforum/index_e.htm)

World Tourism Organisation (UNWTO). (2002). *The French Ecotourism Market - Special Report Series*. Преузето 20. 05. 2015

<http://www.e-unwto.org/doi/book/10.18111/9789284405251>

World Trade Organization. *Understanding the WTO: The Agreements - Services: Rules for Growth and Investment*. Преузето 20. 04. 2015. [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/agrm6\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm6_e.htm)

Закон о потврђивању Конвенције о биолошкој разноврсности. *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*. Бр. 11. 2001

Завод за интелектуалну својину Републике Србије. (2006). *Приручник – Управљање интелектуалном својом у пословању*. Преузето 15. 04. 2015. <http://www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Knjige/Upravljanje%20IS%20u%20poslovanju.pdf>

**Vukašin Petrović, M.A.**

***ECO-TOURISM SERVICES IN LIGHT OF NEW CLUSTERS AND  
APPLICATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS***

***Summary***

*Contemporary eco-tourism includes the basic principles of sustainable development and actively contributes to the preservation of natural and cultural heritage of a specific area by involving the residents of local communities in the planning, development and distribution of generated revenues. It is based on the abundance of biodiversity (particularly rare and endemic species), the traditional knowledge and folklore tradition of a specific area. Products and services that are specific to this form of tourism have always been on the verge of being both beneficial and harmful for the identity of a particular area. Yet, one of the current solutions for attaining good economic results of eco-tourism is grouping all available resources within a particular local community for the purpose of promoting its distinctive features and diversity.*

*In this paper, the author discusses a significant trend of forming eco-tourism clusters and points out to the contemporary solutions aimed at protecting the genetic resources, traditional knowledge and folklore of local communities within tourism services. The development of intellectual property protection, whose goal is to preserve traditional knowledge and skills of certain local communities, has a significant impact on the development of eco-tourism as well as on the increase of its competitiveness in the global market.*

***Keywords:*** *eco-tourism, clusters, protection of intellectual property rights, local community, biodiversity.*



**СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА**  
**ЗБОРНИКА РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**  
**у 2015. години**

1. Др Александра Јовановић	редовни професор Правног факултета у Београду
2. Др Александар Мојашевић	доцент Правног факултета у Нишу
3. Др Александар Ђирић	редовни професор Правног факултета у Нишу
4. Др Весна Кнежевић-Предић	редовни професор Факултета политичких наука у Београду
5. Др Владимир Марјански	доцент Правног факултета у Новом Саду
6. Др Војислав Ђурђић	редовни професор Правног факултета у Нишу
7. Др Вук Радовић	ванредни професор Правног факултета у Београду
8. Др Вук Цуцић	асистент Правног факултета у Београду
9. Др Гоце Наумовски	ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ у Скопљу
10. Др Дејан Вучетић	доцент Правног факултета у Нишу
11. Др Дејан Јанићијевић	ванредни професор Правног факултета у Нишу
12. Др Драган Јовашевић	редовни професор Правног факултета у Нишу
13. Др Драган Николић	редовни професор Правног факултета у Нишу
14. Др Драган Стојановић	редовни професор Правног факултета у Нишу, судија Уставног суда Републике Србије
15. Др Драган Чорбић	редовни професор Правног факултета у Нишу
16. Др Драгана Раденковић-Јоцић	редовни професор Економског факултета у Нишу
17. Др Душанка Јововић	редовни професор Правног факултета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици

18. Др Душица Миладиновић- Стефановић	доцент Правног факултета у Нишу
19. Др Ђорђе Л. Николић	ванредни професор Правног факултета у Нишу
20. Др Зоран Миладиновић	редовни професор Правног факултета у Крагујевцу
21. Др Зоран Радивојевић	редовни професор Правног факултета у Нишу
22. Др Ивана Симоновић	доцент Правног факултета у Нишу
23. Др Игор Вуковић	ванредни професор Правног факултета у Београду
24. Др Илија Бабић	редовни професор Факултета за европско правно-политичке студије, Универзитета Едуконс у Новом Саду
25. Др Ирена Пејић	редовни професор Правног факултета у Нишу
26. Др Јасмина Лабудовић Станковић	ванредни професор Правног факултета у Крагујевцу
27. Др Љубица Николић	редовни професор Правног факултета у Нишу
28. Др Маја Настић	доцент Правног факултета у Нишу
29. Др Марија Ђорић	Институт за политичке студије у Београду
30. Др Маријана Пајванчић	редовни професор Правног факултета у Новом Саду (у пензији)
31. Др Марко Антевски	виши научни сарадник Института за међународну политику и привреду у Београду
32. Др Марко Ђурђевић	ванредни професор Правног факултета у Београду
33. Др Милена Јовановић Zattila	редовни професор Правног факултета у Нишу
34. Др Миодраг Симовић	редовни професор Правног факултета у Бања Луци, потпредседник Уставног суда БиХ
35. Др Миомира Костић	редовни професор Правног факултета у Нишу

36. Др Мирко Живковић	редовни професор Правног факултета у Нишу
37. Др Мирослав Лазић	редовни професор Правног факултета у Нишу
38. Др Михајло Цветковић	асистент Правног факултета у Нишу
39. Др Наташа Стојановић	редовни професор Правног факултета у Нишу
40. Др Небојша Раичевић	ванредни професор Правног факултета у Нишу
41. Др Небојша Ранђеловић	редовни професор Правног факултета у Нишу
42. Др Небојша Шаркић	редовни професор Правног факултета у Новом Саду
43. Др Невена Петрушић	редовни професор Правног факултета у Нишу
44. Др Предраг Димитријевић	редовни професор Правног факултета у Нишу
45. Др Предраг Цветковић	ванредни професор Правног факултета у Нишу
46. Др Рената Дескоска	редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ у Скопљу
47. Др Сања Ђајић	редовни професор Правног факултета у Новом Саду
48. Др Саша Кнежевић	редовни професор Правног факултета у Нишу
49. Др Славиша Ковачевић	доцент Правног факултета у Нишу
50. Др Слободан Орловић	ванредни професор Правног факултета у Новом Саду
51. Др Срђан Голубовић	редовни професор Правног факултета у Нишу
52. Др Срђан Маринковић	редовни професор Економског факултета у Нишу
53. Др Срђан Милашиновић	редовни професор Криминалистичко-полицијске академије у Београду
54. Др Сузана Рајић	редовни професор Филозофског факултета у Београду

55. Др Сузана Стефановић	ванредни професор Економског факултета у Нишу
56. Др Тамара Миленковић-Керковић	редовни професор Економског факултета у Нишу
57. Др Тања Каракамишева	редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ у Скопљу



## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера,
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman
<b>Аутор(и)</b>	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт е-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фуноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усменом саопштењу рада*</b>	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети <b>овде</b> .
<b>Доставља радова</b>	Радови се достављају у електронском облику (као <i>attachment</i> ) на следећу адресу: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>
<b>Огледни примерак рада</b>	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА

\* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

## УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити **у тексту**, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

**Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати.** Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Онима теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Priř.) <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	<b>Фус нота:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	<b>Фус нота:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001)  <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> . format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <i>attachment</i> ) to the following address: <a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley& Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IV-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IV-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>