
TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

RODOLJUB ETINSKI

Evolutionary Interpretation of Treaties
and Risk of Judicial Legislation /71/

STEVAN LILIĆ

Magnitsky Legislation — Targeted Sanctions and Restrictive
Measures for Violations of Human Rights and Corruption /31/

MILICA KOVAČ ORLANDIĆ

European Social Model — Myth or Reality. /59/

PETAR BRUDAR

Overview of the Supreme Court of Montenegro's
Decision Uvp No. 415/2017 of 19th October 2017 /73/

SINIŠA GAZIVODA

Russian Federation and the European
Convention — East of the Human Rights /83/

**PRESENTATIONS AT SCIENTIFIC
AND PROFESSIONAL MEETINGS**

MLADEN VUKČEVIĆ

Challenges in the Selection Process of Prominent Lawyers
for Members of Judicial Councils — Normative
Framework and Practice /103/

REVIEWS

EMIL MUJEVIĆ

Rodžer Koterel, *Law, Culture & Society*, CID, Fakultet
pravnih nauka Univerzitet Donja Gorica, 2022.. . . . /111/

FROM THE HISTORY OF LAW

MIHAILO KONSTATINOVIĆ

Explanation of the Preliminary Draft of the Law
on Obligations — General Part From 1966. /119/

ISSN 2661-2623



9 772661 262301

2022 | 2

STUDIA IURIDICA MONTENEGRINA

UDG

ISSN 2661-2623

STUDIA IURIDICA MONTENEGRINA

PODGORICA 2022 | BROJ 2 | GODINA IV

UNIVERZITET DONJA GORICA
FAKULTET PRAVNIH NAUKA

Evolutionary Interpretation of Treaties and Risk of Judicial Legislation

The risk of judicial legislation is inherent to any method of interpretation of international treaties, but due to particular characteristics of evolutionary interpretation, this method of interpretation is especially at risk to slip into judicial legislation. Both key elements of evolutionary interpretation: a) the capacity of a treaty to evolve its meaning and b) change that occurred after the conclusion of a treaty that modifies the meaning of the treaty have slippery spots. Branching of evolutionary interpretation through the jurisprudence of various international courts and tribunals increased the risk. Despite branching, certain commonalities may be derived from incoherent practices and if they acquire the status of standards, they can reduce the danger of arbitrariness. Besides, a holistic approach to interpretation, as envisaged in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, can diminish the risk.

Key words: international treaties, evolution, interpretation

Introduction

The evolutionary interpretation is a relatively new method of interpretation that addresses the temporal aspect in the interpretation of long-living legal instruments, such as constitutions or international treaties. Regarding international treaties, it answers the question of whether and how certain change, such as a change in rules on international law applicable between the parties to a treaty or changes of the meaning of terms used in a treaty, modifies the meaning of the treaty.

Whether a change can affect the meaning of a treaty depends on certain qualities of a treaty provision, on the disputed issue that should be answered by interpretation, and on the qualities of the change. A treaty provision should have qualities that enable it to evolve its meaning. A change should be such to offer the answer to the issue that is disputed between the parties.

^{*} Rodoljub Etinski, Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Faculty of Law, University of Donja Gorica, *e-mail*: rodoljub.etinski@hotmail.com. The author is grateful to Professor Sanja Djajić, professor James Nafziger and Dr Janya Grigorova for their comments to previous versions of the text. The comments encouraged the author to continue to work on developing of his views. All failures of the text are exclusive responsibility of the author.

The issue of judicial legislation was raised in the *Magyar Helsinki Bizottság* case of 2016.¹ The issue before the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR or European Court) was whether the term “to receive” information, in the context of the freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the European Convention on Human Rights, evolved thus to include meanings of the terms “to seek” information or “to access” to the information? The Government of the United Kingdom intervened in the proceedings on the side of the Respondent State Hungary. Having in view the *travaux préparatoires* and case law, the Government asserted that Article 10 did not recognize a right of access to information.² The recognition of the right “would far exceed the legitimate interpretation of the Convention and would amount to judicial legislation.”³ The Government invoked Article 31 (1) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter VCLT) and argued that the ordinary meaning of the words should be the principle means of interpretation.⁴ In spite of that, the majority of judges of the Grand Chamber of the European Court gave a positive answer. Dissenting judges Spano and Kjølbrog began their opinion with a general and key remark concerning the role of the European Court. The two judges warned that the European Court should not be a body that transformed every positive development in the field of human rights in the Convention law, but a body restraint to the interpretation of the Convention.⁵ Obviously, they shared the concern of the United Kingdom that the European Court might encroach on judicial legislation. The positive answer was based on several developing processes which were running in parallel, and which resulted in the new meaning of Article 10. The developing process will be addressed later in the article.

The risk of judicial legislation is not specific only to the method of evolutive interpretation. However, certain characteristics of this method make the risk greater. Branching of evolutive interpretation in practices of various international courts and tribunals results in incoherency and relative indeterminacy of the concept and opens the door for arbitrariness. The concepts differ regarding a key element of the evolutive interpretation — establishing the capacity of a treaty to evolve its meaning over time. The International Court of Justice (hereinafter: ICJ or World Court) uses subjective element — intention or presumed intention of the parties to endow a treaty with a capacity to evolve an objective element-characteristics of terms, provisions, and the treaty which enable its meaning to evolve.

¹ *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (app. no. 18030/11), Judgment of 8 November 2016.

² *Ibid.*, para 69.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, para 99.

⁵ *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Spano Joined by Judge Kjølbrog, para 2.

Other international courts and tribunals use only objective elements. An arbitration tribunal rejected both elements and employs the object and purpose of a treaty to realize the evolutive potential of its provision. This incoherence can instigate other innovative approaches which can increase uncertainty regarding evolutive interpretation and interpretation in general.

The article aims to refer to slippery places of evolutive interpretation as well as to safeguard against judicial legislation. It begins with a short presentation of birth and branching of evolutive interpretation and continues with a short reference to informal modification of a treaty which can mitigate the risk. The focus will be then shifted to two key elements of evolutive interpretation: a) the capability of a treaty to evolve its meaning over time and b) change, which occurred after the conclusion of a treaty, and its capacity to alter the meaning of the treaty. A holistic approach to interpretation will be presented as the best guarantee against judicial legislation and the article will end with a more general consideration of the propriety of evolutive interpretation.

1. The birth and branching of evolutive interpretation of treaties

Huber's formulation of the intertemporal law in the *Island of Palmas* case in 1928⁶ and a remark of the Permanent Court of International Justice of 1923 that answer the question of whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State depends on the development of international relations announced the development of evolutive interpretation in international law.⁷ Codifying treaty law 1964–1966, the UN International Law Commission (hereinafter: ILC or Commission) touched on the intertemporal issue.⁸ Having spread over various international jurisdictions after the seventies of the last century, the evolutive interpretation has lost coherence and bifurcated into more branches.

The substance of intertemporal issues, addressed by the International Court of Justice (hereinafter: the ICJ or the World Court), was the question of whether and how changes in international law

⁶ *Island of Palmas case*, Award of April 1928, Report of International Arbitral Awards, vol. II, 845. Available at <https://legal.un.org/riaa/> See more on intertemporal law at T. O. Eilas, *The Doctrine of Intertemporal Law*, *American Journal of International Law*, vol. 74, no. 2, 1980, 285–307.

⁷ *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, P. C. I. J. Series B, No. 4, 1923. Available at <https://www.icj-cij.org/en/pcij-series-b>.

⁸ Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, Geneva, 4 May — 19 July 1966, *The Yearbook of the International Law Commission* 2/1966, 222, para 16. Available at https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_191.pdf.

and language affect the meaning of treaties. In the *Namibia* case⁹ of 1971, the issue was whether and how the international legal system, which has been established after World War Two and which has recognized the right to self-determination, affects the meaning of a general provision on mandates in paragraph 1 of Article 22 of the Covenant of the League of Nations of 1919. In the *Aegean Sea Continental Shelf* of 1978, the question was whether rules on the continental shelf, which emerged in the law of the sea after World War Two, modified the meaning of the terms “territorial status,” as used in the 1931 Greek instrument of accession to the 1928 General Act for Peaceful Settlement of International Disputes.¹⁰ The difference between the parties in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case was whether a new development of international environmental law undermined the validity of the 1977 Treaty between Czechoslovakia and Hungary concerning the construction and operation of the Gabčíkovo-Nagymaros System of Locks.¹¹ In the *Navigational Rights and Related Rights* case,¹² the question was whether the term “commerce” has changed its meaning from the time of the conclusion of the Treaty of Limits of 1858, so to cover tourist services or remained at its original meaning of trade in goods. In *Pulp Mills* the ICJ found that environmental impact assessment obligation has emerged from the widespread acceptance of States and thus became infiltrated in the Statute of the River Uruguay.¹³ In the case of *US Nationals in Morocco*¹⁴ in 1952, the World Court considered whether the term “dispute” in a provision regarding consular jurisdiction had meaning from the time of the conclusion of the treaty in 1836 or a new meaning. Here, the World Court opted for the meaning from 1836 i. e. for static interpretation. In the *Construction of a Wall* advisory opinion, however, the Court departed from the model established in previous mentioned cases and referred to the evolved practice of the General Assembly as to a source of a new meaning of the Charter.¹⁵ The focus of the ICJ in mentioned cases, except in the last case, was on ascertaining ability of a treaty to absorb a new meaning. The

⁹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, p. 31, para 53, All cases of the ICJ are available at <https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>.

¹⁰ *Aegean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey) Judgment of 19 December 1978.

¹¹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 65, para 104.

¹² *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I. C. J. Reports 2009.

¹³ *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, 14.

¹⁴ *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952, I. C. J. Reports 1952.

¹⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 149, para 27.

World Court developed concept according to which the ability was intended or presumably intended by the parties and the intention or presumed intention is expressed in using generic terms in treaties and in the long duration of treaties.

The ECtHR accepted the method of evolutive interpretation in the *Tyrer* case¹⁶ in 1978 and became famous for that method. The attention of the European Court has not been concentrated on ascertaining the ability of the European Convention on Human Rights to evolve its meaning, but on ascertaining changes in social and legal developments that affect the meaning of the Convention. The *Magyar Helsinki Bizottság* is distinguished by the way of ascertaining the change of legal developments and its impact on the meaning of the Convention. Although evolutive interpretation has become a label of the ECtHR, it has not been used as an absolute canon.

The new type of evolutive interpretation was born in the *Iron Rhine* case.¹⁷ The Arbitral Tribunal was asked, *inter alia*, whether Article XII of the 1839 Treaty of Separation, which governed building traffic communication between Belgium and Germany over the Dutch territory, was applicable also to the modernization of the railway communication. Information on the ability of the Treaty to evolve was found not in the characteristics of provisions of the Treaty, but in the object and purpose of the Treaty. New facts — modern speedy railways — provoked the object and purpose of the treaty to disclose a new meaning of Article XII.

The model of evolutive interpretation, as developed by the ICJ, has been transplanted into practice of the Appellate Body of the WTO and in investment arbitrations. Two investment arbitration tribunals, the Al-Warraq tribunal and the Itisaluna tribunal interpreted Article 17 of the 1981 Agreement on Promotion and Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organization of the Islamic Conference (hereinafter OIC Agreement). The Al-Warraq tribunal applied evolutive interpretation and the Itisaluna tribunal refused this interpretative method. Two tribunals arrived thus to contrary results.

The evolutive interpretation has not been established thus as a coherent and uniform method in various judicial practices. Rather, it seems that the courts and tribunals have adapted the method to their different needs. That may explain different concepts of the ICJ and the ECtHR. The ICJ interprets various treaties, and the World Court has to establish in each case capability of a particular treaty to evolve

¹⁶ *Tyrer v. the United Kingdom*, Application No. 5856/72, Judgment, 25 April 1978. All cases of the ECtHR are available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}).

¹⁷ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decision of 24 May 2005, Reports of International Arbitral Awards, vol XXVII, 2008, 35. Available at <https://legal.un.org/riaa/>.

its meaning. The European Court interprets exclusively the European Convention on Human Rights. Having found once that the Convention has been a living instrument, it is in a position just to repeat its first finding in later cases. Due to different subject matters of disputes, the ICJ is usually in a more convenient position than the ECtHR to ascertain the change and its bearing on the meaning of a treaty. The Appellate Body of the WTO transplanted the model of the ICJ, but without subjective element — intention or presumed intention of parties. The Iron Rhine arbitral tribunal established a new type of evolutive interpretation which might be seen as closer to teleological interpretation. Such diversification of the practice of evolutive interpretation brings a risk of vagueness and arbitrariness in its application. The Al-Warraq tribunal found thus evidence of the capability of Article 17 of the OIC Agreement to evolve not in characteristics of terms used in the Article, but in the subject-matter of the Article.

2. Informal modification of a treaty by practice in its application

According to the general rule regarding the amendment of treaties, as laid down in Article 39 of the VCLT, “a treaty may be amended by agreement between the parties”. Whether a treaty may be amended by an informal agreement between the parties, reached by their practice in the application of a treaty? In its Draft on the law of treaties of 1964, the ILC proposed Article 38 as follows: “A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions.” The Vienna Conference rejected the proposal.¹⁸ Having in view that the Conference rejected the proposal in 1968 and that later literature and practices of international courts have recognized the possibility of informal modification, the ILC was very cautious about the idea of an informal modification of a treaty, but it did not reject the idea in 2008.¹⁹

The ICJ signaled such a possibility in more cases. In *Navigational and Related Rights*, the ICJ indicated two ways by which the meaning of a treaty may be changed:

On the one hand, the subsequent practice of the parties, within the meaning of Article 31(3)(b) of the Vienna Convention, can result in a departure from the original intent on the basis of a tacit agreement between the parties. On the other

¹⁸ Report of the Committee of the Whole on its work at the first session of the Conference, Doc. A/Conf. 39/14, Documents of the UN Conference on the Law of the Treaties, United Nations, New York, 1971, 158.

¹⁹ Report of International Law Commission on the Work of Its Seventieth Session, Supp. No. 10, 2018, UN Doc. A/73/10 (2018), 51.

hand, there are situations in which the parties intent upon the conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms ...a meaning or content capable of evolving...²⁰

The ILC observed that it was not quite clear whether the ICJ accepted that subsequent practice under Article 31(3)(b), might also amend or modify a treaty, or whether the ICJ explained that the original intent of the parties was not necessarily decisive for the interpretation of a treaty.²¹ In *Namibia*, however, the ICJ rejected the objection of South Africa that a resolution of the Security Council was invalid since the abstention of a Permanent Member in voting on the resolution was contrary to Article 27(3) of the UN Charter. The World Court explained that such a mode of voting “has been generally accepted by the Members of the United Nations and evidence a general practice of that Organization.”²² The relevant part of Article 27(3) of the Charter states: “Decisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members...” Whether the ICJ applied here evolutive interpretation or accepted the informal modification of Article 27? The question might have certain doctrinal significance, but its practical importance is small. After certain sporadic critiques of such a mode of voting by some Member States, that mode of voting has become generally accepted. That’s the end. All other is of small importance.

The ECtHR was quite clear and explicit. In the *Öcalan* case, the ECtHR stated:

It is recalled that the Court accepted in its *Soering v. the United Kingdom* judgment that an established practice within the Member States could give rise to an amendment of the Convention. In that case, the Court accepted that subsequent practice in national penal policy, in the form of a generalized abolition of capital punishment, could be taken as establishing the agreement of the Contracting States to abrogate the exception provided for under Article 2 § 1 and hence remove a textual limit on the scope for evolutive interpretation of Article 3 (...).²³

Informal modification of a treaty by practice in its application is thus the first neighbor of evolutive interpretations. Their domains are

²⁰ *Navigational and Related Rights*, *supra* n. 12, p. 242.

²¹ International Law Commission Report on the Work of Its Seventieth Session, Supp. No. 10, at 60, UN Doc. A/73/10 (2018).

²² *Namibia*, *supra* n. 9, p. 22, para. 22.

²³ *Öcalan v. Turkey*, (Application No. 46221/99), Judgment of 12 May 2005, para 163.

not clearly divided. By interpreting a treaty, an international court can in fact recognize informal modification of the treaty. In that case, it would not be reasonable to accuse the court of judicial legislation.

3. *Capability of a Treaty to Evolve Its Meaning over Time*

The concept of intention or presumed intention of the parties to endow a treaty with the capacity its meaning to evolve has been established by the ICJ to preserve the concept of a treaty as the agreement among the parties. In *Aegean Sea Continental Shelf*, the Court used the phrase “the presumption necessarily arises that its meaning was intended to follow the evolution of the law”. It was in a line with the opinion of the UN International Law Commission from 1966 that the applicability of intertemporal law should depend on the intention of the parties.²⁴ The author of the opinion was Sir Humphrey Waldock, then Special Rapporteur on the law of treaties in the ILC²⁵ and later Judge of the ICJ in *Aegean Sea Continental Shelf*. His idea on the relevance of the intention of the parties for the intertemporal issue was accepted in the ILC and now appeared in the judgment of the ICJ. In the preceding *Namibia* case, the ICJ used the presumption that the parties accepted the evolutionary capacity of the expression — “the parties ... must ... be deemed to have accepted ...”²⁶ In *Navigational Rights and Related Rights*, the ICJ remarked that the parties had been aware that the meaning of the terms would probably evolve over time and states “there are situations in which the parties’ intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been ...”²⁷ The Al-Warraq Tribunal stated that “the intention of the Contracting Parties... was to create a dispute resolution mechanism that might develop with international law.”²⁸ Thus, the parties intended or presumably intended, when they drafted a treaty, to open the treaty for a new meaning.

The intention or presumed intention may be disclosed in certain objective characteristics of a treaty. The courts and tribunals used different phrases to indicate the objective capacity of a treaty to evolve. Some of them found these objective signs as an expression of the

²⁴ *Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session*, *supra* n. 8, p. 222, para 16.

²⁵ Humphrey Waldock, The Effectiveness of the System Set up by the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Journal*, 1, 1980, 3,4. Quoted by Eirik Bjorge, The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation, and the Intentions of the Parties, in A. Bianchi, D. Peat and M. Windsor, (eds), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 201.

²⁶ *Namibia*, *supra* n. 9, p. 31, para 53.

²⁷ *Navigational Rights and Related Rights*, *supra* n. 12, p. 242, para 64.

²⁸ *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, Award of 21 June 2012, para 82. Available at <https://www.italaw.com/cases/1527>.

intention or presumed intention, but others did not refer to the subjective element. The expressions “by definition evolutionary,”²⁹ “generic term”³⁰ and “sufficiently generic”³¹ are used. Indeed, the meaning of a term should be enough broad to allow its new specification. Thus, in *Namibia*, the expression “the well-being and development of the peoples concerned” was enough broad to include the new right to self-determination.³² Or, in *Aegean Sea Continental Shelf* the expression “territorial status” was enough wide to absorb the newborn concept of the continental shelf. In one case, the openness of articles was described by a remark that “articles do not contain specific obligations of performance.”³³ The treaties of “the most general kind and of continuing duration”³⁴ or only of “continuing duration”³⁵ were considered capable of evolving. The characteristic of treaties has been always combined with the characteristic of terms. The *Al-Warraq* tribunal departed from the stated practice. It described the term “dispute” as “the generic and undefined term”.³⁶ Really, the term is of generic nature. The Tribunal used the term, however, to denote the subject matter of Article 17 of the OIC Agreement. It was used as the subject matter of the Article since the new meaning did not specify or alter the meaning of the term, but it modified the meaning of the Article as a whole. It was an innovative and problematic approach.

The ECtHR has not used the concept of intention or presumed intention to justify its evolutive interpretation. Neither it explores the generic nature of terms used in the European Convention on Human Rights. Instead of that, the European Court repeats that “the Convention is a living instrument”.³⁷ That means that the Convention is capable to evolve its meaning. That means, also, that the agreement of the Contracting States, as explicated in the provisions of the Convention, is not static, but dynamic, changeable over time. The ICJ confirmed, also, as it was stated above, that the original intention of the parties can be replaced by their tacit agreement achieved by subsequent practice in the application of a treaty. Judge of the ICJ James Crawford saw evolutive interpretation as a departure from the

²⁹ *Namibia*, *supra* n. 9, p. 31, para 53.

³⁰ *Aegean Sea Continental Shelf*, *supra* n. 10, p. 20, para 48. *Navigational Rights and Related Rights*, *supra* n. 12, 243, para 66. Appellate Body Report, United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, 48, para 130. Available at https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf.

³¹ Appellate Body Report, *China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publication and Audiovisual Entertainment Product*, WT/DS363/AB/R 21 December 2009, p. 161, para 396, in n. 705. Available at https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/363abr_e.pdf.

³² *Namibia*, *supra* n. 9, p. 31, para 53.

³³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* *supra* n. 11, p. 67, para 112.

³⁴ *Aegean Sea Continental Shelf*, *supra* n. p. 20, para 48.

³⁵ *Navigational Rights and Related Rights*, *supra* n. 12, p. 243, para 66.

³⁶ *Al-Warraq*, *supra* n. 28, para 82.

³⁷ *Tyrer*, *supra* n. 16, para 31.

intention of the parties, as it was at the time of a conclusion of a treaty.³⁸ The Appellate Body of the WTO transplanted the model of the ICJ but dropped out the subjective component-intention or presumed intention. The “Iron Rhine Railway” Tribunal did not, also, refer to the intention or presumed intention of the parties. It remarked that “a conceptual or generic term” model, as used by the ICJ or the Appellate Body of the WTO was not an issue in the case, but rather new technical developments.³⁹ The Tribunal found evidence of capacity for evolution rather than in the object and purpose of the treaty.⁴⁰

The concept of a presumed intention of the ICJ opens the issue of the relationship between real intention, as it may be identified in *travaux préparatoires* and presumed intention, as it may be reflected in generic terms in a treaty. The cases explored in this article inform that in the case of conflict between real intention and presumed intention, the last will prevail.⁴¹ However, the practice of interpretation, including the practice of the ECtHR confirms that the generic nature of terms was not considered enough to produce evolutive effects in certain cases.

4. *The change and its capacity to modify the meaning of a treaty*

The change, which occurred after the conclusion of a treaty, may awaken the evolutive potential of a treaty to inbreathe a new meaning. The changes include changes in rules of international law applicable between the parties of a treaty; changes of meanings of words used in a treaty; changes in practices of the parties in the application of a treaty; changes in generally accepted practice by States; changes in relevant case law regarding interpretation of a treaty; changes in circumstances relevant for application of a treaty, etc. The list of possible changes is long, but not exhaustive. It should be, however, a change of something what is enough relevant for a treaty or what reflects the views of the parties to a treaty. Taking practice of a few States, beyond the circle of the Contracting States to the European Convention on Human Rights, by the ECtHR in *Christine Goodwin* as relevant for interpretation of the European Convention was criticized as “arbitrary and hardly predictable”.⁴²

³⁸ J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, 2013, 246. Quoted by Eirick Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford 2014, 122.

³⁹ *Iron Rhine Railway*, *supra* n. 17, p. 73, para 80.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 74, para 83.

⁴¹ *Namibia*, *supra* n. 9, p. 28, para 45, *Aegean Sea Continental Shelf*, *supra* n. 10, p. 30, para 73, *Al-Warraq*, *supra* n. 28, para 81. *Magyar Helsinki Bizottság*, *supra* n. 1, para 135.

⁴² Kanstantsin Dzehtsiarou and Conor O’Mahony. “Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights

Commenting on evolutive interpretation of the ECtHR, its former Judge Bernhard remarked that “real problems” occurred when the ECtHR has relied on some general tendencies in which some Contracting States had not participated or had not reacted in the same manner.⁴³ Indeed, the European Court has taken, usually, practice of majority of the Contracting Parties as relevant. If minority did not participate in new emerging practice or if it did not oppose to the practice, taking of the practice of majority is not a serious problem. The problem may arise when a States has been continuously and consistently opposing developing of new practice. One can make parallel with formation of new rule of international customary law. A continuously and consistently opposition of a State can exempt the State from effects of a new customary rule. The question is, however, whether the parallel is justified in the context of practice in the application of a treaty. The opposition might be relevant if it is not contrary to the object and purpose of a treaty or its particular provision. And then, effect of opposition might depend on subject-matter of a treaty and circumstance of the case.

The ascertaining of a change may be another sensitive issue. The ICJ had no any problem to ascertain the changes in *Namibia*, *Aegean See Continental Shelf*, *Gabčíkovo-Nagymaros* or *Navigational Rights and Related Rights*. When they appear as provisions of international treaties, decisions of international organizations or judicial finding in decisions of courts and tribunals, they are well evidenced and easily accessible. The ICJ did not have problem to ascertain the right to self-determination, as established in the UN Charter and in general practice after the Second World War in *Namibia*, or a new legal concept of continental shelf in *Aegean See Continental Shelf*, or new meaning of the term “commerce” in *Navigational Rights and Related Rights*. In these cases, the change established was enough to articulate the new meaning of a treaty. The matter was more complicated in *Pulp Mills*. The general acceptance of the new standard of international environmental law regarding environmental impact assessment was easily ascertained. The parties did not differ, however, regarding the existence of the standard, but they were in dispute regarding specific issues of application of the standard. Since the ICJ did not find enough communalities in the practice of States in respect of these specific issues, the World Court left the issues to the discretion of the parties. The ECtHR has often faced the same problem. In *Christine Goodwin* judges observed converging tendencies in the internal law of the Contracting States but noted that the

and the U. S. Supreme Court,” *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 44, no. 2, 2013, 352.

⁴³ Rudolf Bernhard, “Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights”, *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1991, p. 22.

convergence did not reach a sufficient level to give unified answers to specific questions of the case.⁴⁴

The matter is becoming even more complex when a change emerges in a diffuse form, when it appears in many sources and when its elements are not quite identical. It is a prevailing standard that the courts refer to all different sources to evidence the change and its content. Contrary practice, as in *Al-Warraq*, is risky. The Tribunal referred only to “the modern practice” without any specific evidence of the practice. A few years later the Itisaluna tribunal saw “the modern practice” differently. It would not be so easily possible if the first tribunal presented enough evidence to corroborate a change. It might be noted that a standard has emerged according to which elements of the change in all its appearances in various sources have to be identical in measure necessary to provide clear and precise information on the specific issue. This is important when a court must reply to specific, precise questions, like in *Pulp Mills* or *Magyar Helsinki Bizottság*. In other cases, like *Gabčíkovo-Nagymaros*, and partly in *Iron Rhine* nature of the dispute is such that a general view on legal developments satisfies. The resolution of the dispute in these cases did not require ascertaining a change and its content in detail. A combination of identical elements from various sources to identify a change can be illustrated by *Magyar Helsinki Bizottság*. The question raised before the European Court was whether the freedom of expression included the right to seek information i. e., the right of access to information. The first two sentences of Article 10 of the ECHR, which were the subject-matter of interpretation, read:

“Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.”

Interpreting the Article, the European Court distinguished more parallel and interrelated developing processes. The first was detected in its case law. For a longer period, the European Court had denied that the right to access information, as a general right, was inherent to the freedom of information, as guaranteed by Article 10. In the framework of the freedom of the press, as an important element of the freedom of information, the European Court began, however, to recognize a specific right to access to information of public interest, first to journalists and then to other “public watchdogs” including NGOs and “bloggers and popular users of the social media”.⁴⁵ The second developing process was running at the level of international, universal, and regional human rights treaties and in the practice

⁴⁴ *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (app. no. 28957/95), Judgment of 11 July 2002. para 85.

⁴⁵ *Ibid.*, paras 130, 132, 159, 168.

of international, universal, and regional human rights bodies. The substance of this developing process was establishing a connection between watchdogs' right to access information, the right to impart information, and the right of the general public to receive information.⁴⁶ The third development "of paramount importance" was discovered in comparative legislation of the Contracting States and in instruments adopted by the Council of Europe.⁴⁷ The ECtHR noted that nearly all of the thirty-one member States of the Council of Europe had adopted the legislation on freedom of information which recognized the right to access to information under certain limits and conditions. The "further indicator of common ground" was found by the European Court in the adoption of the Council of Europe Convention on Access to Official Documents.⁴⁸ The ECtHR did not mechanically transplant the right to seek information as it is envisaged in Article 19 (2) of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights. Paragraph 2 of the Article states: "Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information..." Article 19 is the applicable law between the Contracting Parties to the ECHR in sense of Article 31 (3) (c) of the VCLT. The European Court has not however extended the right to seek information to its maximal limits, as foreseen by Article 19 (2) of the International Covenant, but having in view all practices, it combined their identical elements and established limits to the right to access information in respect to the subjects, nature of information required and purpose of informing. Having in view that all Contracting States to the European Convention on Human Rights are the parties to the International Covenant on Civil and Political Rights and that Article 19 (2) of the Covenant defines freedom to expression as including freedom to seek information, it might be difficult to argue that they did not consent to such meaning. In such circumstances despite the difference between the terms "to receive," "to seek" and "to access", the allegation that the ECtHR entered judicial legislation, in that case, does not look as justified.

5. Holistic approach to interpretation

The evolutive interpretation is part and parcel of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties⁴⁹ and it runs in

⁴⁶ *Ibid.*, para 152.

⁴⁷ *Ibid.*, para 153.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Under the title "General rule on interpretation" Article 31 reads:

"1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble

parallel with other means of interpretation set out in the articles.⁵⁰ In fact, it operates through the means laid down in Articles 31 and 32 of the VCLT: ordinary meaning of terms, object and purpose of a treaty, subsequent agreements and subsequent practice in the application of a treaty, relevant rules of international law applicable between the parties and the circumstance of the conclusion of a treaty. The ordinary meaning of terms may be changed over time and a new meaning may be used, as was the case in *Navigational Rights and Related Rights*. The new circumstances regarding the modernization of railways provoked the object and purpose of the treaty in *Iron Rhine* to disclose a new meaning of the treaty. The subsequent practice in the application of a treaty is the main avenue for introducing new meaning in the European Convention on Human Rights. Seldom it is practice envisaged by Article 31(3, b) of the VCLT in the sense that it reflects an informal agreement of all Contracting States regarding a new meaning of the European Convention. More often it is a practice that reflects an informal agreement of the majority of the Contracting States, which is also relevant in accordance with Article 32 of the VCLT. Newborn general rules of international law can bring new content to a treaty as it was the case in *Gabčíkovo-Nagymaros*. Besides, the outcome of evolutive interpretation is controlled by stated means. Thus, a new meaning resulting from evolutive interpretation has to fit to context, to be in conformity with the object and purpose and subsequent practice in the application of a treaty, etc. Indeed, the ICJ, the ECtHR, and other courts and tribunals have usually employed other means of interpretation to confirm the evolution of the meaning of a treaty.

and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.” Under the title “Supplementary means of interpretation”, Article 32 states: “Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

⁵⁰ Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, adopted by the International Law Commission at its seventieth session, in 2018, A/73/10, 66, para 8. Available at https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_11_2018.pdf.

Two awards of two investment arbitration — *Al-Warraq* UNCITRAL arbitration⁵¹ and *Itisaluna* ICSID arbitration⁵² may serve as a good illustration of the relevance of a holistic approach. Both tribunals interpreted the same Article 17 of the 1981 Agreement on Promotion and Protection and Guarantee of Investments among the Member States of the Organization of the Islamic Conference. Relevant parts of Article 17 of the OIC Agreement read:

“1. ...disputes that may arise shall be entitled through conciliation or arbitration in accordance with the following rules and procedures:

1. Conciliation

a) In case the parties to the dispute agree on conciliation, the agreement shall include a description of the dispute, the claims of the parties to the dispute and the name of the conciliator whom they have chosen...

2. Arbitration

a) If the two parties to the dispute do not reach an agreement as a result of their resort to conciliation, or if the conciliator is unable to issue his report within the prescribed period, or if the two parties do not accept the solutions proposed therein, then each party has the right to resort to the Arbitration Tribunal for a final decision on the dispute...”⁵³

The *Al-Warraq* tribunal applied evolutive interpretation. Having observed that the subject matter of the clause was the generic and undefined term “dispute,” the Tribunal states that “the intention of the Contracting Parties to the OIC Agreement was to create a dispute resolution mechanism that might develop with international law.”⁵⁴ The Tribunal began evolutive interpretation by the following observation:

“From a contemporary perspective, the Tribunal finds that Article 17 constitutes an investor-state arbitration provision, and there is nothing in this Article inconsistent with the modern practice to interpret these clauses as constituting an open offer by the state parties to investors, that can be accepted and the arbitration initiated, without any separate agreement by the state party.”⁵⁵

Invoking “modern practice”, the Tribunal interpreted the quoted provisions of Article 17 as an unconditional offer for arbitration,

⁵¹ *Al-Warraq*, *supra* n. 28.

⁵² *Itisaluna Iraq LLC and others v. Republic of Iraq*, Award of 3 April 2020, case No. ARB/17/10. Available at <https://www.italaw.com/cases/5591>.

⁵³ *Al-Warraq*, *supra* n. 28, para 11, *Itisaluna*, *supra*. n. 52, para 51.

⁵⁴ *Al-Warraq*, *supra* n. 28, para 11., para 82.

⁵⁵ *Al-Warraq*, *supra* n. 28, para 81.

made by the parties to investors. Modern practice has changed the meaning of the Article, according to the Tribunal, by eliminating conciliation as a precondition of arbitration. Eight years later the Itisaluna tribunal disagreed. The Tribunal observed that the award of the Al-Warraq tribunal did not take into account the conditional mode “if...then” stated in Article 17 of the OIC Agreement.⁵⁶ It found that the conclusion that resorting to arbitration is preconditioned by conciliation is in harmony with the rest of the Article and with comparative elements of dispute settlement provisions in other investment treaties.⁵⁷ Thus, the two tribunals differ regarding the existence of a new meaning—an open offer to arbitration. The Itisaluna tribunal did not find that the new meaning could be derived from “modern practice”. More importantly, the two tribunals differ regarding the possibility to integrate the new meaning in the text of Article 17. The Itisaluna tribunal concluded that the outcome of the evolutive interpretation as applied by the Al-Warraq tribunal did not fit to the ordinary meaning of the text of Article 17.⁵⁸

6. Propriety of evolutive interpretation

Exploring the propriety of evolutive interpretation as well as other interpretative methods one should have in view that judicial interpretation is part and parcel of the resolution of international disputes and that the UN Charter requires that the said disputes must be resolved in accordance with law and the principle of justice. Justice may be understood here as a synthesis of the United Nations’ values. Having that in mind, it can be said that even if evolutive interpretation may be technically correct, that is if it is realized by introducing a new meaning in generic terms of a treaty in full harmony with other means of interpretation, set out in Article 31 and 32 of the VCLT, propriety of evolutive interpretation may be still doubtful having in view particular characteristics of a case. The question may be illustrated by *Aegean Sea Continental Shelf*. Having in view its previous jurisprudence, the ICJ confirmed in *Aegean Sea Continental Shelf* that the intention of the Greek Government at the time when it deposited its instrument of accession to the General Act, that is in 1931, was relevant for the interpretation of the reservation regarding territorial status.⁵⁹ The Court found that the motive of the reservation was to protect against claims for revision

⁵⁶ *Ibid.*, para 178.

⁵⁷ *Ibid.*, para 183.

⁵⁸ See more at Rodoljub Etinski, “Different Interpretation of the dispute settlement provisions in the OIC Investment Agreement: propriety of the evolutive interpretation,” *Yearbook on International Arbitration and ADR*, vol. VII, 2021, 27–47.

⁵⁹ *Aegean Sea Continental Shelf*, *supra* n. 10, p. 29, para 69.

of territorial arrangements established after the First World War.⁶⁰ The motive was thus quite specific. Greece lodged the reservation to protect itself against reversionistic territorial claims. Having confirmed the motive, the World Court left the terrain of facts and entered the uncertain terrain of probability: “the strong probability is that a State which had recourse to a reservation of disputes relating to territorial status, or the like, intended it to be quite general.”⁶¹ The probability was based on the opinion of the ICJ that States did not like territorial disputes of any kind and resulted in the decision of the ICJ that it was without jurisdiction to resolve the dispute between Greece and Turkey concerning the delimitation of the Aegean Sea continental shelf. There is an opinion that the motive of the Court for declining its jurisdiction in the case was to avoid determining whether the 1928 General Act for Peaceful Resolution of International Disputes was in force at that time.⁶² States and judges were divided about the question, which was certainly very important. The judgment was adopted by 12: 2. One of two dissenting judges, Judge De Castro said:

“In seeking to ascertain what it was that had become the common will of Greece and Turkey with regard to the meaning of Greece’s reservation (b), we are faced with the fact that at the time when these two States acceded to the Act, on 14 September 1931 and 26 June 1934, States in general, and Greece and Turkey in particular, were totally unaware that there could be problems relating to the continental shelf... It is therefore obvious that at the time of the meeting of wills between Greece and Turkey, there was not-and could not be-any agreement between their respective declarations to exclude from the jurisdiction of the Court questions relating to the continental shelf.”⁶³

The question might be whether it was proper to allow that later development of law narrows the jurisdictional agreement between Greece and Turkey in the circumstance of the case. The dispute has remained unresolved until the present day. And in general, whether all provisions of international treaties, consisting of generic terms, are equally suitable to evolve over time? Interestingly enough, the European Court, a champion in evolutive interpretation gave a negative answer. The ECtHR excluded Article 1 of the European

⁶⁰ *Ibid.*, p. 30, para 73.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² D. H. N Johnson, “The International Court of Justice Declines Jurisdiction again (the Aegean Sea Continental Shelf Case),” *Australian Year Book of International Law*, 7, 1976–1977, 316.

⁶³ *Aegean Sea Continental Shelf*, *supra* n. 10. Dissenting Opinion of Judge De Castro, 63.

Convention from evolutive interpretation. In *Bankovic* the European Court stated:

“It is true that the notion of the Convention being a living instrument to be interpreted in light of present-day conditions is firmly rooted in the Court’s case-law. The Court has applied that approach not only to the Convention’s substantive provisions... but more relevantly to its interpretation of former Articles 25 and 46 concerning the recognition by a Contracting State of the competence of the Convention organs...

However, the scope of Article 1, at issue in the present case, is determinative of the very scope of the Contracting Parties’ positive obligations and, as such, of the scope and reach of the entire Convention system of human rights protection as opposed to the question, under discussion in the *Loizidou* case (*preliminary objections*), of the competence of the Convention organs to examine a case. In any event, the extracts from the *travaux préparatoires* detailed above constitute a clear indication of the intended meaning of Article 1 of the Convention which cannot be ignored...”⁶⁴

Again, it might be asked whether the such interpretation was proper in the light of the subject matter of the dispute-human rights which are by definition inherent to each human being.⁶⁵ In some other cases, the European Court considered evolutive interpretation inappropriate not due incapacity of the provision of the European Convention to evolve its meaning, but due to specific characteristics of particular cases. In *A, B, and C v. Ireland* the ECtHR considered that “the profound moral views of Irish people as to the nature of life” was an obstacle to applying widespread consensus among the Contracting States on abortion.⁶⁶ The European Court stated: “A finding that a failure to provide abortion for social reasons breached Article 8 would bring a significant detriment to the Irish public which had sought to

⁶⁴ *Bankovic and others v. Belgium and others* (app. no. 52207/99) Decision, 12 December 2001, para 64 I 65.

⁶⁵ Erik Roxstrom, Mark Gibney and Terje Einarsen, “The NATO Bombing Case (*Bankovic et al. v. Belgium et al.*) and the Limits of Western Human Rights Protection,” *Boston University International Law Journal*, vol. 23, no. 1, 2005, 62. See also arguments that the interpretation was contrary to the object and purpose of the European Convention: Alexander Orakhelashvili, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights,” *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 3, 2003, 547. Kerem Altiparmak, “Bankovic: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq,” *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 9, no. 2, 2004, 226. Matthew Happold, “Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights,” *Human Rights Law Review*, vol. 3, no. 1, 2003, 88.

⁶⁶ *A, B and C v. Ireland* (App. No. 25579/05) Judgment of 16 December 2010, para 241.

protect pre-natal life.”⁶⁷ The ECtHR recognized thus that there may be certain particular interests that European consensus, the main vehicle of evolutive interpretation, makes irrelevant.

The ICJ considers, also, that a generic term by itself does not necessarily require evolutive interpretation. In *US Nationals in Morocco*⁶⁸ in 1952, the World Court rejected the claim of France to interpret the term “dispute” in the treaty of 1836 in an evolutive way. In *Navigational and Related Rights*, the ICJ referred to *US Nationals in Morocco* but did not explain why did not apply evolutive interpretation there. In *Aegean Sea Continental Shelf* the ICJ made a distinction between subject-matter of the case and subject-matter of the *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* case from 1951.⁶⁹ The disputed issue in the arbitration was whether the grant of concession for exploring mineral oil in 1939 included the continental shelf in 1951. The arbitrator replied the grant did not include the continental shelf in 1951. The arbitrator applied static interpretation. The ICJ explained different interpretative approaches by the different intention of the parties. The World Court stated:

“While there may well be a presumption that a person transferring valuable property rights to another intends only to transfer the rights which he possesses at that time, the case appears to the Court to be quite otherwise when a State, in agreeing to subject itself to compulsory procedures of pacific settlement, excepts from that agreement a category of disputes which, though covering clearly specified subject-matters, is of a generic kind.”⁷⁰

The field of presumptions is inescapable in law but requires special caution. The ICJ based the difference in interpretative approaches in the two cases on presumed intentions. In the Greece case, the presumed intention was contrary to the established specific motive. Staying at the specific motive would be, perhaps, closer to the jurisdictional agreement between the parties in a broader context of international law as established by the UN Charter.

The analyzed cases in this paper show that evolutive interpretation did not result in an unforeseeable radical change of obligations of the parties under a treaty, except maybe in *Al-Warraq*. If evolutive interpretation would result in a new meaning that unexpectedly and radically change the obligations of the parties under a treaty, the question might be whether it would be a proper interpretation. The fundamental change of circumstances that was not foreseen by the parties can terminate a treaty in accordance with Article 62 of

⁶⁷ *Ibid.*, para 188.

⁶⁸ *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, *supra* n. 14.

⁶⁹ *Aegean Sea Continental Shelf*, *supra* n. 10, p. 32, para 77.

⁷⁰ *Ibid.*

the VCLT when it radically changed the obligations under a treaty. Spirit of Article 62 might be relevant in the evaluation of the propriety of evolutive interpretation.

Conclusions

One of the fundamental canons of the judicial function is that the court is expected to interpret the law, not to create law. Judicial legislation is not allowed. One of the purposes of rules on the interpretation of international treaties is to secure stability and predictability in treaty relations. In spite of that, the risk of judicial legislation has been always present in process of interpretation of international treaties. Due to specific characteristics of evolutive interpretation, the risk is greater in the application of this interpretative method.

Having been branched in the jurisprudence of various international courts and tribunals, evolutive interpretation is less coherent and vaguer than other interpretative tools, such as the principle of effectiveness or even the concept of object and purpose of a treaty. Shortage of coherence and uniformity exposed the method to the risk of arbitrary application. Despite that, some commonalities might be derived as general standards of the method. Derivation and respect for the general standards would reduce the danger of arbitrariness.

The evolutive interpretation is part and parcel of the rules on interpretation, as laid down in Articles 31 and 32 of the VCLT. It produces its effect via means of interpretation, such as the ordinary meaning of terms in a treaty, the object and purpose of a treaty, subsequent agreements and subsequent practice in the application of a treaty, and rules of international law applicable between the parties to a treaty. At the same time, the effect of evolutive interpretation—a new specified or modified meaning of a term or new legal content inserted in a treaty should be controlled by the same means of interpretation. Application of evolutive interpretation in isolation regardless of other means would expose judges to the risk to enter judicial legislation.

It should have in view that a modification of a treaty by an informal agreement among the parties, established by their practice in the application of a treaty is the first neighbor to evolutive interpretation and that the domains of the two neighbors are not precisely delimited. If by interpreting a treaty, judges discover in fact an informal agreement regarding modification, they are in a convenient position without fear to slip into judicial legislation.

Regarding the capacity of a treaty provision to evolve its meaning, there are enough elements in practice for establishing standards that the generic nature of terms by itself is not enough for the conclusion that the provision is capable to evolve its meaning. Also, the presumption that the presumed intention of the parties regarding the evolutive

capacity of a treaty prevails over real intention regarding the specific matter in dispute can be disavowed by particular circumstances.

Determination of the range of changes and quality of changes that can alter the meaning or legal content of a treaty is, also, important. The issue is particularly important if a change occurred beyond the matters whose relevance has been recognized by Articles 31 and 32 of the VCLT, such as meanings of words, practice in the application of a treaty, or rules of international law. Equally important is the issue of whether the change brings enough precise answers to the question in dispute between the parties. Changes that were not been foreseeable at the time of the conclusion of a treaty and which changed radically rights and obligations under the treaty could be considered as excluded by analogous application of Article 62 of the VCLT, except when they were done by informal agreement of all parties.

Evolutionary interpretation of international treaties and interpretation, in general, is part in parcel of dispute settlements. The UN Charter demands that international disputes must be resolved in conformity with international law and the principles of justice. Justice may be understood here as the synthesis of all values of the United Nations. The propriety of choice between evolutionary and static interpretation should be evaluated also in that context.

Literature

1. Altıparmak, K., "Bankovic: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq," *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 9, no. 2, 2004.
2. Bernhard, R., "Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights", *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1991.
3. Bianchi, A., Peat D. and Windsor, M. (eds), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, New York, 2015.
4. Bjorge, E., *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford 2014.
5. Dzehtsiarou, K., O'Mahony, C., "Evolutionary Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U. S. Supreme Court," *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 44, no. 2, 2013.
6. Etinski, R., "Different Interpretation of the dispute settlement provisions in the OIC Investment Agreement: propriety of the evolutionary interpretation," *Yearbook on International Arbitration and ADR*, vol. VII, 2021.
7. Happold, M., "Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights," *Human Rights Law Review*, vol. 3, no. 1, 2003.
8. Johnson, D. H. N., "The International Court of Justice Declines Jurisdiction again (the Aegean Sea Continental Shelf Case)," *Australian Year Book of International Law*, 7, 1976–1977.

9. Orakhelashvili, A., "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights," *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 3, 2003.
10. Roxstrom, E., Gibney, M., Einarsen, T., "The NATO Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection," *Boston University International Law Journal*, vol. 23, no. 1, 2005.

Cases of International Court of Justice

1. *Aegean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey) Judgment of 19 December 1978.
2. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952.
3. *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I. C. J. Reports 2009.
4. *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997.
5. I. C. J. Reports 1952.
6. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971.
7. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004.
8. *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010.

Cases of the Permanent Court of International Justice

1. *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, P. C. I. J. Series B, No. 4, 1923.

Cases of the European Court of Human Rights

1. *A, B and C v. Ireland* (App. No. 25579/05) Judgment of 16 December 2010.
2. *Bankovic and others v. Belgium and others* (app. no. 52207/99) Decision, 12 December 2001.
3. *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (app. no. 28957/95), Judgment of 11 July 2002.
4. *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (app. no. 18030/11), Judgment of 8 November 2016.
5. *Öcalan v. Turkey*, (Application No. 46221/99), Judgment of 12 May 2005.
6. *Tyrer v. the United Kingdom*, Application No. 5856/72, Judgment, 25 April 1978.

Cases of the Permanent Court of Arbitration

1. *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decision of 24 May 2005, Reports of International Arbitral Awards, vol XXVII, 2008.
2. *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, Award of 21 June 2012.
3. *ICSID Arbitration*.

4. *Island of Palmas case*, Award of April 1928, Report of International Arbitral Awards, vol. II.
5. *Itisaluna Iraq LLC and others v. Republic of Iraq*, Award of 3 April 2020, case No. ARB/17/10.
6. *UNCITRAL Arbitration*.

Cases of Appellate Body of the WTO

1. Appellate Body Report, United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998.
2. Appellate Body Report, *China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publication and Audiovisual Entertainment Product*, WT/DS363/AB/R 21 December 2009.

Dr Rodoljub Etinski

EVOLUTIVNO TUMAČENJE MEĐUNARODNIH UGOVORA I RIZIK SUDSKE LEGISLACIJE

Jedan od temeljnih kanona sudske delatnosti jeste da sud ne stvara već primenjuje pravo. Uprkos tome, rizik sudske legislacije je inherentan sudskom tumačenju međunarodnih ugovora. Taj rizik nije karakteritičan samo za evolutivno tumačenje, ali je naročito izražen kod tog metoda tumačenja. Evolutivno tumačenje međunarodnih ugovora je relativno nov metod tumačenja koji se pojavio početkom sedamdesetih godina u praksi Međunarodnog suda pravde, a krajem te decenije u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Metod je preuzet, zatim, od drugih međunarodnih sudova i tribunala. Ovo granjanje metoda kroz jurisdikcije raznih međunarodnih sudova učinilo ga je manje koherentnim i nejasnije određenim u odnosu na druge metode i sredstva tumačenja, kao što je načelo efikasnosti ili čak i koncept predmeta i cilja ugovora, koji nije, takođe, sasvim jasan. To čini metod evolutivnog tumačenja lakše podložnim arbitrarnosti u tumačenju.

Evolutivno tumačenje se bavi vremenskom dimenzijom u tumačenju međunarodnih ugovora koji se nalaze u dugoj primeni. Ono je sastavni deo članova 31 i 32 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora i obezbeđuje odgovore na pitanja kao što je: koje se obično značenje pripisuje izrazima u tekstu ugovora, ono iz vremena zaključenja ugovora ili ono iz vremena primene ugovora. Pored promena u značenju izraza, na specificiranje značenja ugovora mogu da utiču i promene pravila međunarodnog prava, koja se primenjuje među ugovornicima ugovora, promena prakse primene ugovora od strane ugovornica, promena case law-a i druge promene. Da bi te promene mogle da utiču na specifikaciju značenja izraza u ugovoru ili da bi mogle da dopune ugovor novim pravni sadržajem, izrazi korišćeni u ugovoru treba da budu dovoljno opšti da omoguće novo posebno značenje, odnosno ugovor treba da bude otvoren za nove sadržaje. Tako, prvi korak u evolutivnom tumačenju jeste nalaz da je ugovor podoban za evolutivno tumačenje, a drugi korak jeste da se dogodila promena koja može da utiče na značenje ugovora. Praveći oba ova koraka sudije nailaze na dosta klizavih mesta na kojima mogu da skliznu u sudsku legislaciju.

Ključne reči: međunarodni ugovori, evolucija, tumačenje

Magnitski zakonodavstvo — ciljane sankcije i restriktivne mere zbog povrede ljudskih prava i korupcije**

Magnitski zakonom su ruskim državnim funkcionerima za koje je postojala osnovana sumnja da su bili umešani u smrt Magnitskog poimenično zabranjeni ulazak u SAD i korišćenje američkog bankarskog sistema. Ovaj zakon je 2016. godine izmenjen i dopunjen kako bi se njegova dotadašnja primena samo na Rusiju, sada kao „Globalni Magnitski zakon”, proširila na sva lica koja vrše teške oblike povrede ljudskih prava bez obzira na državljanstvo ili nacionalnu pripadnost. Savet Evrope usvojio je dve „Magnitski” rezolucije (2014. i 2019) pod geslom „borba protiv neodgovornosti putem ciljanih sankcija”. Evropski parlament je usvojio posebnu rezoluciju o evropskom režimu sankcija za odgovorne za povrede ljudskih prava (2019), a Savet EU usvojio je 2020. godine dva značajna „globalna” dokumenta (Odluku i Uredbu) o restriktivnim merama protiv lica odgovornih za teške povrede ljudskih prava. U radu su izložene teze jednog Zakona o restriktivnim merama i ciljanim sankcijama zbog povrede ljudskih prava (konstruisan prema važećem zakonodavstvu u Srbiji).

Ključne reči: Magnitski zakon, ciljane sankcije, restriktivne mere, teške povrede ljudskih prava, korupcija, teze zakona (Srbija)

1. Magnitski zakon

Ciljane sankcije

Magnitski zakonodavstvo je generički naziv za novu generaciju zakona i pravnih instrumenata čiji je osnovni cilj zaštita ljudskih prava i sprečavanje korupcije koja je sa tim povezana. Magnitski zakonodavstvo bavi se individualnim uvođenjem tzv. ciljanih sankcija i restriktivnih mera, pre svega ograničavanjem raspolaganja novcem, pokretnom (npr. jahte) i nepokretnom (npr. vile) imovinom, odnosno uskraćivanjem viza i zabranom ulaska u zemlju. Suština ograničavanja je tzv. nalog za zamrzavanje (*freezing orders*),¹ kojim se onemogućava individualno korišćenje imovine

* Redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica, www.lilic.com, e-mail: lilic2@yahoo.com.

** Ovaj rad je prerađena verzija rada objavljenog u: Zbornik radova, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije — Knjiga 11*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.

¹ Uporedi: B. Browder, *Nalog za zamrzavanje — Pobediti zlo — Istinita priča o pranju novca, ubistvu i preživljavanju gneva Vladimira Putina*, Međunarodni institut za bezbednost, Beograd, juni 2022. Prilikom predavljanja ove

do konačne sudske odluke. Ciljane sankcije i restriktivne mere iz okvira Magnitski zakonodavstva se ne odnose na domaće državljane, već imaju za cilj izricanje ličnih i/ili imovinskih sankcija stranim licima koja su neposredno ili posredno odgovorna za najteže povrede ljudskih prava i korupciju. Poslednjih desetak godina sve veći broj država, uključujući i Evropsku uniju, opredeljuje se da u svoj pravni sistem uvede neki oblik Magnitski zakonodavstva, bilo kao posebne celovite zakone (tzv. globalni Magnitski zakoni), bilo u vidu dopuna postojećih zakona. Suština Magnitski zakonodavstva je u ciljanim sankcijama prema stranim fizičkim i pravnim licima koja su odgovorna za teške i druge povrede ljudskih prava, odnosno koja su odgovorna za ozbiljna dela korupcije čiji je ishod povreda ljudskih prava. Represivne mere u vidu ciljanih sankcije podrazumevaju izricanje individualne „ad nominam” sankcije sa konkretnom dezignacijom imena i prezimena stranih fizičkih lica, odnosno sa konkretno „označenim” stranim pravnim licima o kojima se vode posebni javno dostupni „registri”.

Sergej Leonidovič Magnitski

Magnitski zakonodavstvo nazvano je po ruskom državljaninu Sergeju Magnitskom (Сергей Леонидович Магнитский, 1972–2009), koji je bio revizor u jednoj advokatskoj firmi u Moskvi. Njegovo hapšenje 2008. godine i smrt nakon jedanaest meseci u policijskom pritvoru izazvali su reakciju međunarodne javnosti i pokrenuli istrage o korupciji, krađi i teškim povredama ljudskih prava u Rusiji. Magnitski je otkrio i tvrdio da je došlo do krađe državne imovine ogromnih razmera, koju su posredno omogućili ili neposredno izvršili državni funkcioneri Ruske Federacije. Magnitski je umro u zatvoru sedam dana pre isteka jednogodišnjeg roka do kojeg je mogao biti u pritvoru bez suđenja. U zatvoru mu je uskraćena medicinska nega, a utvrđeno je da je fizički napadnut neposredno pre smrti u novembru 2009. godine. Zatvaranje i smrt Sergeja Magnitskog izazvali su međunarodnu reakciju, a kao posledica toga, između ostalog, Kongres SAD usvojio je 2012. godine tzv. Magnitski zakon o vladavini prava i o odgovornosti za povredu ljudskih prava (koji se odnosio

knjige, između ostalog, istaknuto je i sledeće: „Kao što su tehnički izumi Rudolfa Diesela, Karla Benza i Williama Boeinga zauvek promenili način na koji danas putujemo, tako su i veliki pravni izumi ljudi kao što su Hans Kelzen, Walter Gellhorn i Bill Browder, nepovratno postavili nove standarde zaštite demokratskih vrednosti i ljudskih prava. U tom kontekstu ustavni sud, zaštitnik građana (ombudsman) i Magnitski zakonodavstvo predstavljaju monumentalne institucije savremene pravne civilizacije kojim se obuzdava politička svemoć, ograničava birokratska samovolja i efikasno sprečava globalna koruptivna aktivnost.” (Izvor: Blic, *Svetski besteseler Bila Braudera pred srpskom publikom*, 22. 6. 2022).

samo na državljane Ruske Federacije),² a nekoliko godina kasnije i tzv. Globalni Magnitski zakon o odgovornosti za povredu ljudskih prava (2016), kojim se njegova primena proširuje i na sve zemlje.³

Slučaj Hermitage Capital Management (HCM)

Sergej Magnitski radio je za strani investicioni fond Hermitage Capital Management (HCM) u Moskvi. Ruske vlasti su 2007. godine optužile fond HMC za utaju poreza i naredile pretres kancelarija, prilikom kojeg je ruska policija zaplenila sve dokumente ove kompanije i pokrenula postupak zbog navodne utaje više stotina miliona dolara poreza. Sergeju Magnitskom, kao finansijskom revizoru, HMC je poverio da proveri navode optužbe. Tokom provere, Magnitski je otkrio da je materijal koji je zaplenjen tokom akcije, policija dostavila pripadnicima organizovanih kriminalnih grupa, koji su taj materijal koristili da preuzmu kontrolu nad tri ruske kompanije pod upravom HCM-a, kao i da nezakonito prisvoje preko 230 miliona dolara od HCM. Magnitski je, između ostalog, otkrio da su dokumenti zaplenjeni tokom pretresa korišćeni za falsifikovanje promena vlasništva HCM. HCM je obavestio nadležne ruske vlasti o nalazima do kojih je došao Magnitski. Međutim, umesto da pokrenu istragu protiv policajaca koji su bili umešani u slučaj, ruske vlasti su uhapsile Magnitskog pod optužbom da je saradivao sa HCM-om u utaji poreza. Sergej Magnitski je bio više od jedanaest meseci u zatvoru bez suđenja. Bile su mu zabranjene posete porodice i uskraćena mu je lekarska pomoć.

Magnitski zakoni (SAD)

Vesti o hapšenju i načinu postupanja ruskih vlasti prema Magnitskom, posebno vest o njegovoj smrti u zatvoru, izazvale su oštru osudu međunarodne zajednice i globalnu reakciju zbog teških povreda ljudskih prava. SAD su bile prva zemlja koja je uvela ciljane sankcije licima za koje je postojala osnovana sumnja da su odgovorna za smrt Magnitskog, i to zakonskim aktom iz 2012. godine koji je postao poznat kao „Magnitski zakon” (Magnitsky Act). Magnitski zakonom su ruskim državnim funkcionerima za koje je postojala osnovana sumnja da su bili umešani u smrt Magnitskog poimenično zabranjeni ulazak u SAD i korišćenje američkog bankarskog sistema. Ovaj Magnitski zakon je 2016. godine izmenjen i dopunjen kako bi se njegova dotadašnja primena samo na Rusiju, sada kao „Globalni Magnitski zakon”, proširila na sva lica koja čine teške oblike povrede

² *Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act* of 2012 (title IV of P. L. 112–208; 22 U. S. C. §5811 note).

³ *The Global Magnitsky Human Rights Accountability Act* of 2016 — „Global Magnitsky Act” (Title XII, Subtitle F of P. L. 114–328; 22 U. S. C. §2656 note): <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10576>.

ljudskih prava bez obzira na državljanstvo ili nacionalnu pripadnost.⁴ Magnitski zakonodavstvo, kao ciljano uvođenje sankcija zbog povreda ljudskih prava Ruskoj Federaciji, nakon SAD, prošireno je na sve veći broj zemalja, uključujući Evropsku uniju.

Na osnovu Predsedničkog izvršnog naloga br. 13219, SAD su 2021. godine usvojile dokument „Ograničavanje korišćenja imovine licima koja ugrožavaju međunarodne napore za stabilizaciju na području Zapadnog Balkana”, čiji je domašaj u junu 2021. godine naknadno dodatno proširen Predsedničkim izvršnim nalogom br. 14033.⁵

Rezolucije Saveta Evrope (CoE)

Prva reakcija povodom slučaja Magnitski u Evropi usledila je 2014. godine u vidu Rezolucije 1996 (2014) Saveta Evrope „Nema amnestije za ubice Sergeja Magnitskog”.⁶ Ova rezolucija je pozvala nadležne vlasti Ruske Federacije da istraže okolnosti smrti Sergeja Magnitskog i razmotre mogućnost pokretanja krivičnog postupka protiv službenika umešanih u njegovu smrt. Tom prilikom, Savet Evrope je ovom rezolucijom (čl. 17) podstakao sve države članice Saveta Evrope da se obrate nadležnim ruskim vlastima sa zahtevom da se otvori istraga u slučaju Sergeja Magnitskog. Međutim, nakon procene nivoa sprovođenja ovih preporuka, Komitet za pravna pitanja i ljudska prava Saveta Evrope utvrdio je da Ruska Federacija nije napredovala u njenoj primeni. U stvari, ruske vlasti su učinile upravo suprotno, nastavljajući da vrše pritisak na kolege i članove porodice Magnitskog. Zbog

⁴ Između ostalog, po ovom osnovu, SAD su krajem 2017. godine uvele *ad nominam* sankcije za Slobodana Tešića i za još devet državljana Srbije zbog nedozvoljene trgovine oružjem, proširene i na druga lica 2019. godine (<https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm849>).

⁵ Na osnovu ovog dokumenta, u novembru 2021. godine grupa od sedam američkih kongresmena tražila je od predsednika SAD da razmotri mogućnost primene Predsedničkog izvršnog naloga br. 14033 radi „blokiranja imovine i zabrane ulaska u SAD osobama koje doprinose destabilizaciji situacije na Zapadnom Balkanu”, kao i da ohrabri (Bajdenovu) administraciju da „angažuje predsednika Vučića u borbi protiv korupcije i napada na slobodu štampe” (Izvor: Portal N1. 8. novembar 2021). Kao posledica toga, u decembru 2021. godine američko ministarstvo finansija stavilo je **na listu sankcija** Milana Radoičića, biznismena sa severa Kosova i potpredsednika Srpske liste (vodeće srpske političke stranke na Kosovu), kao i Zvonka i Žarka Veselinovića (i još 10 sa njima povezanih osoba i 16 firmi). U maju 2022. godine SAD na listu stavlja Milorada Dodika (i Alternativa Televiziju), a u novembru 2022. godine, Svetozara Marovića (<https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20220411>). Velika Britanija je u aprilu 2022. godine uvela sankcije (tada) članu Predsedništva Bosne i Hercegovine Miloradu Dodiku i Željki Cvijanović (tada) predsednici Republike Srpske zbog, kako se navodi „pokušaja da naruše legitimitet i funkcionalnost države Bosne i Hercegovine” (<https://www.slobodnaevropa.org/a/britanija-dodik-cvijanovic-sankcije/31797239.html>).

⁶ Za detalje videti: <https://pace.coe.int/en/files/20409/html>.

ove situacije, Savet Evrope je 2019. godine doneo novu, Rezoluciju 2252 (2019) „Sergej Magnitski — Borba protiv neodgovornosti putem ciljanih sankcija”.⁷ Ovom rezolucijom potvrđuje se posvećenost Saveta Evrope kažnjavanju odgovornih za povredu ljudskih prava i poštovanja vladavine prava. Poseban značaj ove rezolucije je u pozivu državama članicama da usvoje zakone kojima će se kazniti ona odgovorna lica za povrede ljudskih prava koja u zemlji porekla ne mogu biti kažnjena iz političkih razloga ili zbog koruptivne prakse. Rezolucija licima osumnjičenim za teške povrede ljudskih prava kao odgovarajuće sankcije predviđa: a) odbijanje izdavanja vize i b) ograničavanje raspolaganja imovinom (tzv. zamrzavanje).

Rezolucija, Odluka i Uredba Evropske unije

Osim Saveta Evrope, naporima za uspostavljanje zajedničkog režima kažnjavanja odgovornih za povredu ljudskih prava pridružila se i Evropska unija. U februaru 2019. godine, Evropski parlament usvojio je Rezoluciju (2019/2580)⁸ o evropskom režimu sankcija za odgovorne za povrede ljudskih prava. Ovom rezolucijom Evropski parlament najoštrije osuđuje povredu ljudskih prava širom sveta i poziva Savet EU da uspostavi autonoman, fleksibilan i reagujući režim sankcija na nivou EU koji individualno cilja svakog pojedinca, državnog i nedržavnog aktera i druge entitete koji su odgovorni ili umešani u teške povrede ljudskih prava. Kao odgovor, u decembru 2020. godine, Savet Evropske unije usvojio je Odluku (CFSP) 2020/1999⁹ i Uredbu (EU) 2020/1998¹⁰ o restriktivnim merama protiv lica odgovornih za teške povrede ljudskih prava. Ova dva akta pružaju pravni osnov za izricanje restriktivnih mera protiv lica odgovornih za teške povrede ljudskih prava u bilo kojoj zemlji sveta. Odluka i Uredba Saveta Evropske unije predstavljaju prvi globalni i sveobuhvatni režim ciljanih sankcija protiv odgovornih za teške povrede ljudskih prava koji je usvojila Evropska unija, čime se posebno naglašava da je zaštita ljudskih prava osnovna vrednost i kamen-temeljac politike EU.

Uredba Saveta (EU) 2020/1998.

Kako se navodi u preambuli Uredbe (od 7. decembra 2020. godine o restriktivnim merama za teške i druge povrede ljudskih prava),

⁷ Za detalje videti: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25352&lang=en>.

⁸ Za detalje videti: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0215_EN.html#def_1_21.

⁹ Za detalje videti: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2020:410I:FULL&from=ES#ntr1-LI2020410EN.01000101-E0001>.

¹⁰ Za detalje videti: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2020:410I:FULL&from=ES#ntr1-LI2020410EN.01000101-E0001>.

Savet Evropske unije, uzimajući u obzir Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, a posebno njegov član 215, uzimajući u obzir Odluku Saveta (CFSP) 2020/1999 od 7. decembra 2020. godine o restriktivnim merama u vezi sa teškim i drugim povredama ljudskih prava, uzimajući u obzir zajednički predlog visokog predstavnika Unije za spoljnu politiku i bezbednost i Evropske komisije, i budući da je Savet 7. decembra 2020. godine usvojio Odluku (CFSP) 2020/1999 o uspostavljanju okvira za ciljne restriktivne mere protiv teških i drugih povreda ljudskih prava širom sveta. (...) Ta odluka predviđa zamrzavanje sredstava i ekonomskih resursa i zabranu davanja sredstava i ekonomskih resursa fizičkim ili pravnim licima, subjektima ili organima odgovornim za teške i druge povrede ljudskih prava, radi podrške takvim povredama ili u njima na neki drugi način učestvuje, kao i oni koji su povezani sa pomenutim fizičkim i pravnim licima, subjektima i organima. Fizička i pravna lica, entiteti i tela koja podležu restriktivnim merama navedeni su u Aneksu Odluke (CFSP) 2020/1999. (...) U Odluci se naglašava važnost međunarodnog prava o ljudskim pravima i interakcije između međunarodnog prava o ljudskim pravima i međunarodnog humanitarnog prava prilikom razmatranja primene ciljanih restriktivnih mera. (...) Ova uredba poštuje osnovna prava i principe priznate Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije, posebno pravo na efikasan pravni lek, pravo na odbranu i pravo na zaštitu ličnih podataka. Ova uredba treba da se primenjuje u skladu sa tim pravima. (...)

Da bi Uredba bila sprovedena i da bi se osigurala najveća moguća pravna bezbednost u Uniji, imena i druge relevantne informacije fizičkih i pravnih lica, subjekata i tela čija finansijska sredstva i ekonomski resursi treba da budu zamrznuti u skladu sa ovom Uredbom treba objaviti. Svaka obrada ličnih podataka treba da bude u skladu sa Uredbama (EU) 2016/679¹¹ i (EU) 2018/1725¹² Evropskog parlamenta i Saveta. (...) Države članice i Komisija trebalo bi da se međusobno informišu o merama preduzetim u skladu sa ovom Uredbom i o ostalim relevantnim informacijama koje su im na raspolaganju u vezi sa ovom Uredbom. Države članice treba da utvrde pravila o kaznama koje se primenjuju na odgovorne za povredu odredaba ove Uredbe i da obezbede njihovo sprovođenje. Te sankcije treba da budu efikasne, proporcionalne i odgovarajuće.

Prema članu 2, ova uredba primenjuje se na: a) genocid; b) zločine protiv čovečnosti, kao i na (c) sledeće teške i druge povrede ljudskih

¹¹ Uredba (EU) 2016/679 Evropskog parlamenta i Saveta od 27. aprila 2016. godine o zaštiti pojedinaca u pogledu obrade ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka i ukidanju Direktive 95/46 / EZ) (SL L 119, 4. 5. 2016, str. 1).

¹² Uredba (EU) 2018/1725 Evropskog parlamenta i Saveta od 23. oktobra 2018. o zaštiti pojedinaca u pogledu obrade ličnih podataka od strane institucija, tela, kancelarija i agencija Unije i o slobodnom kretanju takvih podataka i stavljanju van snage Uredbu (EZ) br. 45/2001 i Odluku br. 1247/2002 / EZ (SL L 295, 21. 11. 2018, str. 39).

prava: (a) mučenje i druge surove, neljudske ili ponižavajuće postupke ili kažnjavanje, (b) ropstvo, (c) vansudska, direktna ili proizvoljna pogubljenja i ubistva, (d) prisilni nestanak lica, (e) proizvoljna hapšenja ili pritvaranja; (f) druge povrede ljudskih prava ako su te povrede široko rasprostranjene, sistemske ili na neki drugi način ozbiljne u pogledu ciljeva zajedničke spoljne i bezbednosne politike utvrđenih u članu 21. UEU (uključujući, ali ne ograničavajući se na: trgovinu ljudima, kao i povrede ljudskih prava od krijumčara migranata, seksualno i rodno zasnovano nasilje, povrede slobode mirnog okupljanja i slobode udruživanja, povrede slobode mišljenja i izražavanja, povrede slobode veroispovesti ili uverenja).

U svrhu primene ove odredbe uzimaće se u obzir međunarodno običajno pravo i široko prihvaćeni instrumenti međunarodnog prava, kao što su: (a) Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima; (b) Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima; (c) Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida; (d) Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja; (e) Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije; (f) Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena; (g) Konvencija o pravima deteta; (h) Međunarodna konvencija o zaštiti svih lica od prisilnog nestanka; (i) Konvencija o pravima lica sa invaliditetom; (j) Protokol o sprečavanju, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudima, posebno ženama i decom, koji dopunjuje Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala; (k) Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda; (l) Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

2. Globalni režim sankcija

Globalni režim sankcija zbog povreda ljudskih prava Evropske unije¹³ nema za cilj određenu zemlju ili njeno stanovništvo. Umesto toga, ove sankcije ciljaju specifične politike i aktivnosti stranih odgovornih lica za teške povrede ljudskih prava i odvrćaju od sankcionisanih aktivnosti. Razvoj ovog globalnog režima sankcija na nivou Evropske unije vrlo je složen proces koji uključuje različite učesnike. Sve odluke o odobravanju, izmenama, uklanjanju ili obnavljanju ciljanih sankcija donosi Savet EU nakon detaljnog ispitivanja koje vrše relevantna stručna tela Saveta. Nakon toga, Evropska služba za spoljne poslove komunicira i saraduje sa državama članicama radi sprovođenja odluka i propisa u ovoj oblasti. Konačno, imajući u vidu da je režim globalnih sankcija najefikasniji kada ga sprovodi širok krug međunarodnih partnera, Evropska unija takođe saraduje sa drugim zemljama koje imaju slična stanovišta prema odgovornim licima za

¹³ Za detalje videti: https://eeas.europa.eu/topics/sanctions-policy/423/european-union-sanctions_en.

teške povrede ljudskih prava, kao što su SAD, Australija, Estonija, Kanada itd.

Reč „sankcija” odavno zauzima visoko mesto u složenim međunarodnom odnosima, ne samo u nedavnim, već i u aktuelnim evropskim političkim tokovima. Kod većine stanovnika bivše Savezne Republike Jugoslavije (i posebno Miloševićeve Srbije), samo pominjanje ove reči izaziva subjektivan osećaj mučnine i tegobe koji se manifestuje u floskuli „nepravedne i ničim izazvane sankcije”. Sa druge strane, povodom oružanog napada na Ukrajinu u februaru 2022. godine, sankcije Ruskoj Federaciji razumeju se kao moćno sredstvo odbrane suverenost i teritorijalnog integriteta nezavisne države članice (i osnivača) Ujedinjenih nacija i zaštite ljudskih i imovinskih prava građana te države. Brojne su zemlje privržene demokratskim vrednostima slobode koje su povodom tzv. specijalne vojne operacije, u okvirima svojih političkih i pravnih sistema uvele sankcije licima i firmama iz Ruske Federacije, između ostalih i 27 država članica Evropske unije i sve zemlje kandidati za članstvo u Uniji (sve evropske države osim Belorusije i Srbije).¹⁴

U ovakvim okolnostima, međutim, percepcija se menja i tzv. nepravedne sankcije mogu promeniti svoj negativni predznak. Postoji jedan pravno trasiran put da sankcije, kao represivne mere, umesto negativne konotacije svoju sadržinu redefinišu kao „pravedne sankcije”. Pravni put ka ciljanim sankcijama Magnitski zakonodavstva otvorio je, u ime mučenog i ubijenog Sergeja Magnitskog, Bill Browder, arhitekta i idejni tvorac te nove generacije zakona kojima se imovinski i prostorno neutrališu korumpirani i osumnjičeni za povredu ljudskih prava (inače direktor firme HCM u kojoj je Magnitski u Moskvi radio). Kako je istaknuto (O. Dragaš): „Bill Browder je izumitelj ovog jednostavnog i revolucionarnog pravnog akta čija suština nije u kažnjavanju država, već individua iz tih država koji su bogatstvo stekli korupcijom i teškim kršenjem ljudskih prava”.

Za razliku od tradicionalnih političkih sankcija prema nekoj državi koje neselektivno pogađaju celokupno stanovništvo (npr. sankcije Ujedinjenih nacija prema Južnoafričkoj uniji zbog rasističkog „aparthejda”, sankcije Saveznoj Republici Jugoslaviji), restriktivne mere i ciljane sankcije zbog povrede ljudskih prava (i korupcije), kao specifični

¹⁴ Od marta 2014. godine, EU je progresivno uvodila restriktivne mere Rusiji kao odgovor na: a) nezakonitu aneksiju Krima 2014. godine; b) neviđeni i ničim izazvan vojni napad Rusije na Ukrajinu 2022. godine; c) nezakonitu aneksiju ukrajinskih oblasti Donjeck, Lugansk, Zaporozđe i Herson 2022. EU je takođe usvojila sankcije protiv Belorusije (kao odgovor na njeno učešće u invaziji na Ukrajinu) i Irana (u vezi sa upotrebom iranskih dronova u ruskoj agresiji na Ukrajinu). Trenutno je 1239 pojedinaca i 116 entiteta iz Rusije podvrgnuto zamrzavanju imovine i zabrani putovanja, jer su njihovi postupci narušili teritorijalni integritet, suverenitet i nezavisnost Ukrajine. Spisak sankcionisanih lica i subjekata se stalno pregleda i podložan je periodičnom obnavljanju od strane Saveta. (Izvor: <https://vvv.consilium.europa.eu/>).

pravni instrumenti Magnitski zakonodavstva, imaju za cilj izricanje ličnih i/ili imovinskih sankcija stranim državljanima koji su neposredno ili posredno odgovorni za najteže povrede ljudskih prava i korupciju (koja je povezana sa povredom tih prava). Poslednjih desetak godina sve veći broj država (videti tabelu u prilogu), uključujući i Evropsku uniju, opredeljuje se da u svoj pravni sistem uvede neki oblik Magnitski zakonodavstva, bilo kao posebne i celovite „globalne” Magnitski zakone (npr. SAD, Kanada, Evropska unija), bilo u vidu izmena i dopuna postojećih zakona (npr. baltičke zemlje — Estonija, Litvanija, Latvija).

3. Teze za zakon o restriktivnim merama zbog povreda ljudskih prava

Uvodna napomena

Polazeći od dosadašnjih iskustava u svetu (i važećeg zakonodavnog okvira), mogao bi se konstruisati jedan „pravni model” zakona o restriktivnim merama zbog povreda ljudskih prava sa odgovarajućim tezama (npr. za Srbiju, i *mutatis-mutandis* za zemlje u regionu).

Zakon o restriktivnim merama zbog povreda ljudskih prava bi bio izrađen u skladu sa Jedinstvenim metodološkim pravilima za izradu propisa.¹⁵ Postojeća uporedna iskustva zakonodavstava u uvodnoj restriktivnih mera usmerena su u dva osnovna pravca: a) izmene i dopune postojećeg zakonodavstva (*in parte*), pre svega zakona o strancima ili finansijskim i imovinskim sankcijama (npr. Estonija, Litvanija, Latvija, Gibraltar), s jedne strane, i b) usvajanje celovitog (*in toto*) posebnog zakona (npr. SAD, Kanada, Evropska unija), sa druge. Ovom prilikom izrade modela domaćeg „globalnog” Magnitski zakona kao relevantni, prvenstveno bi se koristili izvori postojećih dokumenata Evropske unije koji se odnose na celovito zakonodavno regulisanje ove oblasti.¹⁶

Obrazloženje teza ovog zakona bi se izradilo polazeći od sadržine i forme obrazloženja koji su propisani Poslovnikom Skupštine (čl. 151). Obrazloženje, između ostalog, sadrži: 1) ustavni, odnosno pravni osnov za donošenje propisa; 2) razloge za donošenje propisa; 3) objašnjenje osnovnih pravnih instituta i pojedinačnih rešenja; 4) procenu finansijskih sredstava potrebnih za sprovođenje propisa, koja obuhvata i izvore obezbeđenja tih sredstava; 5) opšti interes zbog kojeg se predlaže povratno dejstvo, ako predlog zakona sadrži odredbe s povratnim dejstvom; 6) razloge za donošenje zakona po hitnom postupku; 7) razloge zbog kojih se predlaže da propis stupi na snagu pre osmog dana od dana objavljivanja; 8) pregled odredaba

¹⁵ *Jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa*, „Službeni glasnik RS”, br. 21/2010.

¹⁶ Uporedi: Odluka Saveta Evropske unije (CFSP) 2020/1999 i Uredba Saveta Evropske unije (EU) 2020/1998.

važeceg propisa koje se menjaju, odnosno dopunjuju. Uz predlog zakona, predlagač dostavlja izjavu da je predlog zakona usklađen s propisima Evropske unije ili da ne postoji obaveza usklađivanja. Obrazloženje može da sadrži i analizu efekata propisa (...), na koga će i kako će najverovatnije uticati rešenja u propisu, da li su pozitivne posledice donošenja propisa takve da opravdavaju troškove koje će on stvoriti, koje će se mere tokom primene propisa preduzeti da bi se ostvarilo ono što se donošenjem propisa namerava i dr.¹⁷

Ustavni osnov za donošenje zakona. Primarni ustavni osnovi za donošenje Zakona o restriktivnim merama zbog povreda ljudskih prava sadržani su u odredbama člana 1, člana 3 i člana 18 Ustava, kao i u poglavlju o ljudskim i manjinskim pravima i slobodama (čl. 18–81),¹⁸ između ostalog:

— Republika Srbija je (...) zasnovana na vladavini prava (...), ljudskim i manjinskim pravima i slobodama i pripadnosti evropskim principima i vrednostima (čl. 1);

— Vladavina prava je osnovna pretpostavka Ustava i počiva na neotudivim ljudskim pravima (čl. 3, st. 1);

— Odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače se u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje (čl. 18, st. 3).

Ideja ljudskih prava. Ideja ljudskih prava počiva na konceptu da ljudska bića, samim tim što su ljudska bića, imaju urođena i neotuđiva prirodna prava, nezavisno od državnog poretka ili drugih faktora kao što su državljanstvo, etnička pripadnost, verska opredeljenost ili rodna orijentacija. Usvajanjem posebnog zakona o restriktivnim merama kao ciljanih sankcija, za razliku od parcijalne izmene i dopune postojećih zakona, Srbija bi se pridružila sve većoj grupi država koja je privržena globalnom pristupu kažnjavanja lica koja su odgovorna za teške povrede ljudskih prava.

Razlozi za donošenje zakona. Primarni razlozi za donošenje Zakona o restriktivnim merama zbog povreda ljudskih prava jesu unapređenje nacionalne i globalne zaštite od povreda ljudskih prava u skladu sa principima i savremenim globalnim tendencijama koje proističu iz slova i duha međunarodnih konvencija koje je Republika Srbija ratifikovala, koje poštuje i koje primenjuje, između ostalog: Opšta deklaracija o pravima čoveka UN (1948); Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (1950); Pakt o građanskim i političkim pravima UN (1966); Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima UN (1966).

Opšti i specifični ciljevi. Opšti cilj donošenja ovog zakona je unapređenje kolektivne bezbednosti i prepoznavanje Srbije kao zemlje

¹⁷ Poslovník Narodne skupštine — Prečišćen tekst, „Službeni glasnik RS”, br. 20/2012.

¹⁸ Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS”, br. 98/2006.

koja se zalaže za globalnu zaštitu ljudskih prava. Specifični ciljevi su stvaranje odgovarajuće normativne i institucionalne infrastrukture kojom se ciljano sprečava prisustvo stranih lica koja su odgovorna za teške povrede ljudskih prava i ograničava raspolaganje imovinom ovim licima. Prilikom izrade ovog zakona, kao reference su uzeti međunarodni, odnosno evropski instrumenti koji se odnose na sankcionisanje odgovornih lica za teške povrede ljudskih prava, posebno imajući u vidu globalno Magnitski zakonodavstvo Evropske unije.

Osnovne odredbe. Osnovne odredbe u uvodnom poglavlju zakona sadrže odredbe koje se odnose na predmet i cilj zakona, na nadležnost i primenu zakona, kao i na osnovna načela.

Predmet i cilj zakona. Ovom odredbom se utvrđuje predmet zakona, u smislu propisivanja restriktivnih mera protiv označenih stranih fizičkih i pravnih lica zbog teških povreda ljudskih prava i uređuje postupak njihovog označavanja, uspostavljanje registra označenih lica, nadležnost organa za uvođenje restriktivnih mera, kao i prava i obaveze fizičkih i pravnih lica povodom primene ovog zakona. Cilj zakona je uvođenje restriktivnih mera kao ciljanih sankcija protiv označenih stranih fizičkih i pravnih lica zbog teških povreda ljudskih prava. Osnovni razlog za uvođenje restriktivnih mera kao ciljanih sankcija usmerenih pojedinačno protiv konkretnog fizičkog ili pravnog lica zbog teških povreda ljudskih prava jeste otklanjanje osnovnih nedostataka opštih međunarodnih sankcija zbog teških povreda ljudskih prava koje pogađaju sve, a u najvećoj meri nedužne građane jedne zemlje.

Nadležnost i primena zakona. Vlada je nadležna za primenu ovog zakona. Zakon se primenjuje na strana fizička lica na teritoriji ili izvan teritorije Srbije¹⁹ i na pravna lica na teritoriji ili izvan teritorije Srbije koja su osnovana ili registrovana u skladu sa zakonom Srbije,²⁰ kao i na ona pravna lica koja u celini ili delimično obavljaju delatnost na teritoriji Srbije.

Osnovna načela. Načelom zakonitosti i pravičnosti obezbeđuje se da uvođenje restriktivnih mera mora biti zakonito i pravično i u skladu sa ciljem zbog kojeg se uvode i da lica protiv kojih se mere uvode imaju pravo na sudsku i drugu pravnu zaštitu i odbranu u skladu sa zakonom. Načelom transparentnosti i srazmernosti obezbeđuje se da

¹⁹ Zakon o strancima („Službeni glasnik RS”, br. 24/2018, 31/2018): „Ovim zakonom se uređuju uslovi za ulazak, kretanje, boravak i vraćanje stranaca, kao i nadležnost i poslovi organa državne uprave Republike Srbije, u vezi sa ulaskom, kretanjem, boravkom stranaca na teritoriji Republike Srbije i njihovim vraćanjem iz Republike Srbije” (čl. 1).

²⁰ Zakon o postupku registracije u Agenciji za privredne registre („Službeni glasnik RS”, br. 99/2011, 83/2014, 31/2019): „Ovim zakonom uređuje se postupak registracije, evidentiranja i objavljivanja podataka i dokumenata koji su, u skladu sa posebnim zakonom, predmet registracije, evidencije i objavljivanja u registrima i evidencijama koje vodi Agencija za privredne registre, kao i druga pitanja od značaja za registraciju, evidenciju i objavljivanje” (čl. 1).

svaka radnja ili odluka u postupku uvođenje restriktivnih mera mora biti javno dostupna, temeljno obrazložena i lako razumljiva, kao i da se prilikom uvođenja mera licu ima primeniti ona propisana mera koja je povoljnija ukoliko se time ostvaruje svrha utvrđena ovim zakonom. Načelom tačnosti i bezbednosti podataka obezbeđuje se da podaci u registru označenih lica moraju biti tačni, potpuni i ažurni, da podaci moraju biti zaštićeni od nezakonitog ili slučajnog uništenja, gubitka ili izmene podataka, svakog neovlašćenog pristupa podacima ili njihovog neovlašćenog odavanja ili drugih vidova nezakonite obrade i da lični podaci fizičkih lica moraju biti bezbedni i zaštićeni u skladu sa propisima o zaštiti podataka o ličnosti.

Povrede ljudskih prava. Norme u okviru poglavlja Zakona o povredi ljudskih prava sadrže odredbe koje se odnose na definiciju teških povreda ljudskih prava i norme koje upućuju na shodnu primenu instrumenata međunarodnog prava.

Teške povrede ljudskih prava. Ovom odredbom je određeno koje se povrede ljudskih prava po definiciji smatraju teškim povredama ljudskih prava (npr. genocid, ropstvo). Ovom odredbom je takođe određeno koje se povrede ljudskih prava pod određenim okolnostima mogu smatrati teškim povredama (npr. trgovina ljudima, krijumčarenje migranata).

Shodna primena instrumenata međunarodnog prava. Ovom odredbom je određena shodna primena instrumenata međunarodnog prava u definisanju teških povreda ljudskih prava (npr. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja).

Registar označenih lica. Norme poglavlja o označenim licima sadrže odredbe koje se odnose na Registar označenih lica, na definiciju označenog lica, na opravdano uverenje i postupak označavanja lica, kao i na norme o sudskoj zaštiti.

Registar označenih lica. Registar označenih fizičkih i pravnih lica protiv kojih su uvedene restriktivne mere zbog teških povreda ljudskih prava uspostavlja, vodi i ažurira Uprava za sprečavanje pranja novca.²¹ Registar sadrži informacije potrebne za utvrđivanje identiteta fizičkih ili pravnih lica. Za fizička lica ove informacije obuhvataju: ime i prezime, pseudonim(e), datum i mesto rođenja, adresu prebivališta, odnosno boravišta, državljanstvo, broj pasoša i broj lične isprave, pol, zanimanje i funkciju. Za pravna lica ove informacije

²¹ Uprava za sprečavanje pranja novca je organ uprave u sastavu Ministarstva finansija (<http://www.apml.gov.rs/>). Uprava obavlja finansijsko-informacione poslove, tj. prikuplja, obrađuje, analizira i nadležnim organima prosleđuje informacije, podatke i dokumentaciju koju pribavlja u skladu sa zakonom i vrši druge poslove koji se odnose na sprečavanje i otkrivanje pranja novca i finansiranja terorizma u skladu sa zakonom. Kao finansijsko-obaveštajna služba Republike Srbije, Uprava razmenjuje informacije sa partnerskim službama u svetu putem zaštićenog veb-sajta Egmont grupe i učestvuje u međunarodnoj saradnji.

obuhvataju: naziv(e), mesto, datum i broj upisa u registar, kao i mesto poslovanja. Registar označenih lica posebno sadrži i razloge zbog kojih je fizičko ili pravno lice upisano u Registar. Ovom odredbom je propisano da se licu koje se upisuje u Registar mora pružiti mogućnost da se o tome izjasni, odnosno ukoliko je lice već upisano u Registar, da se izjasni o novim dokazima i drugim okolnostima i promenama u Registru. Spisak fizičkih ili pravnih lica u Registru označenih lica pregleda se u redovnim intervalima, a najmanje svakih 12 meseci. Spisak označenih fizičkih i pravnih lica iz Registra označenih lica objavljuje se na internet stranici Uprave za sprečavanje pranja novca.

Označeno lice. Ovom odredbom je data zakonska definicija označenog lica, kao fizičkog ili pravnog lica, odnosno grupe, udruženja ili drugog entiteta, registrovanog ili neregistrovanog, protiv kojeg su uvedene restriktivne mere i koje je po tom osnovu upisano u spisak u Registru označenih lica. Označeno lice je i svako drugo lice koje se dovodi u vezu sa označenim licima, kao i lica koja postupaju u ime ili po nalogu označenih lica ili koja sa označenim licima imaju interesni odnos.

Opravdano uverenje i postupak za označavanje lica. Ovim odredbama je definisano tzv. opravdano uverenje (da su lica izvršila povrede ljudskih prava i/ili sa tim povezanu korupciju) kao zakonski osnov za označavanje lica. Opravdano uverenje je onaj stepen uverenja koji razuman čovek prosečnih intelektualnih sposobnosti može steći na osnovu dokaza, odnosno činjenica koje su opštepoznate ili dokazive, kao i na osnovu verodostojnih informacija kojima raspolazu nadležni državni organi. Postupak za označavanje lica sprovodi Vlada na osnovu predloga nadležnih organa koji obavezno sadrži obrazloženu osnovu opravdanog uverenja da je fizičko, odnosno pravno lice odgovorno za povrede ljudskih prava. Vlada rešenjem odlučuje o stavljanju lica na spisak lica koja se upisuju u Registar označenih lica koje se dostavlja lično označenom licu. Rešenje se objavljuje u „Službenom glasniku”²² i na zvaničnim internet stranicama Uprave za sprečavanje pranja novca i ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove. Zahtev druge države za stavljanje na spisak lica koja se upisuju u Registar označenih lica i ograničavanje raspolaganja imovinom ili sredstvima dostavlja se diplomatskim putem. Zahtev mora biti obrazložen. Rešenje se objavljuje u „Službenom glasniku” i na zvaničnim internet stranicama Uprave za sprečavanje pranja novca i ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove.

Sudska zaštita. Protiv rešenja Vlade kojim je označeno lice stavljeno na spisak lica koja se upisuju u Registar označenih lica nije

²² Zakon o objavljivanju zakona i drugih propisa i akata („Službeni glasnik RS”, br. 45/2013): „U Službenom glasniku se, u skladu sa ovim zakonom, obavezno objavljuju: (...) presude Evropskog suda za ljudska prava, odluke ugovornih tela Ujedinjenih nacija za zaštitu ljudskih prava, propisi koje donose imaoici javnih ovlašćenja, drugi akti za koje je to određeno zakonom, prečišćeni tekstovi i ispravke akata”. (čl. 2).

dopuštena žalba, ali je obezbeđena sudska zaštita u vidu upravnog spora pred nadležnim sudom. Posebni razlozi za pokretanje upravnog spora su: a) pogrešno utvrđeni identitet lica i b) nepostojanje osnova za upis lica na spisak u Registru označeni lica. Nadležni sud je dužan da donose odluku u roku od 8 dana od dana podnošenja tužbe.²³

Restriktivne mere. Norme poglavlja o restriktivnim merama sadrže odredbe koje se odnose na zakonsku definiciju restriktivnih mera, na restriktivne mere protiv fizičkih lica i odredbe koje se odnose na opravdana odstupanja od restriktivnih mera prema fizičkim licima. Zakonodavstvo Srbije poznaje određene posebne oblike restriktivnih mera prema stranim državljanima (npr. odbijanje izdavanja viza), kao i restriktivne mere u vidu ograničavanja raspolaganja imovinom.²⁴

Pojam restriktivnih mera. Restriktivne mere su ciljane sankcije zbog povreda ljudskih prava protiv označenih stranih fizičkih lica. Restriktivne mere protiv fizičkih lica mogu biti zabrana ulaska u Republiku Srbiju i/ili ograničavanje raspolaganja imovinom. Restriktivna mera kao ciljana sankcija zbog povrede ljudskih prava protiv pravnih lica jeste ograničavanje raspolaganja imovinom.

Restriktivne mere protiv fizičkih lica. Ovom odredbom definisano je fizičko lice kao strano označeno fizičko lice koje nema državljanstvo Republike Srbije, a protiv kojeg se uvode restriktivne mere i koje je upisano na spisak u Registru označenih lica. Restriktivne mere protiv fizičkih lica su sprečavanje ulaska na teritoriju Republike Srbije ili tranzita preko njene teritorije, posebno: a) odbijanje izdavanja, odnosno poništavanje ili ukidanje izdate vize za boravak na teritoriji Republike Srbije ili tranzit preko njene teritorije, b) odbijanje ulaska stranom fizičkom licu koje ima važeću vizu, licu kojem nije potrebna viza ili licu koje može ući na teritoriji Republike Srbije sa važećom ličnom kartom. Ove restriktivne mere primeniće se i na fizička lica koja pružaju finansijsku, tehničku ili materijalnu podršku ili na drugi način učestvuju u radnjama teških povreda ljudskih prava, posebno u njihovom planiranju, usmeravanju, naručivanju, pomaganju, pripremi, olakšavanju ili podsticanju, kao i na fizička lica koja su povezana sa tim licima. Osim navedenih mera, protiv fizičkih lica mogu se primeniti i restriktivne mere ograničavanja raspolaganja imovinom.

Opravdana odstupanja od restriktivnih mera prema fizičkim licima. Odstupanje od primene restriktivnih mera protiv fizičkih lica kojima

²³ Zakon o upravnim sporovima („Službeni glasnik RS”, br. 111/2009): „Ovim zakonom uređuje se predmet upravnog spora, nadležnost za rešavanje upravnih sporova, stranke, pravila postupka, pravna sredstva i izvršenje donetih sudskih presuda. Ovim zakonom obezbeđuje se sudska zaštita pojedinačnih prava i pravnih interesa i zakonitost rešavanja u upravnim i drugim Ustavom i zakonom predviđenim pojedinačnim stvarima.” (čl. 1).

²⁴ Videti: Zakon o strancima („Službeni glasnik RS”, br. 24/2018, 31/2018) i Zakon o ograničavanju raspolaganja imovinom u cilju sprečavanja terorizma i širenja oružja za masovno uništenje („Sl. glasnik RS”, br. 29/2015, 113/2017, 41/2018).

se sprečava ulazak na teritoriju Republike Srbije ili tranzit preko nje-
ne teritorije dozvoljeno je u opravdanim situacijama, između ostalog,
ukoliko Republika Srbija prema međunarodnom pravu ima obaveze:
a) kao zemlja domaćin međunarodne međuvladine organizacije; b)
kao zemlja domaćin međunarodne konferencije sazvane ili pod po-
kroviteljstvom Ujedinjenih nacija; c) prema multilateralnom spora-
zumu o dodeljivanju privilegija i imuniteta. Ova odredba se prime-
njuje i u slučaju kada je Republika Srbija domaćin Organizacije za
evropsku bezbednost i saradnju (OEBS). Osim toga, odstupanje od
primene restriktivnih mera protiv fizičkih lica moguće je i u dru-
gim opravdanim situacijama, između ostalog: ukoliko je putovanje
opravdano hitnom humanitarnom potrebom; ukoliko je putovanje
opravdano zbog prisustva međudržavnim sastancima ili sastancima
na kojima se vodi politički dijalog koji neposredno promoviše poli-
tičke ciljeve zbog kojih su uvedene restriktivne mere, posebno ako je
u pitanju okončanje teških povreda ljudskih prava; ukoliko je to ne-
ophodno za vođenje sudskog, pravnog ili drugog pravnog postupka.
Odluku kojom odobrava odstupanje donosi Vlada i ograničena je is-
ključivo na svrhu zbog koje je odobrenje dato.

Ograničavanje raspolaganja imovinom. Norme poglavlja o re-
striktivnim merama u vidu ograničavanja raspolaganja imovinom sa-
drže odredbe koje se odnose na: definiciju restriktivnih mera ograni-
čavanja raspolaganja imovinom, obavezu neposrednog izveštavanja,
obavezu pregleda registara privrednih subjekata i ugovora o prometu
nepokretnosti, postupanje Uprave za sprečavanje pranja novca i oba-
vezu izrade izveštaja, donošenje rešenja o ograničavanju raspolaganja
imovinom, odnosno donošenje obaveštenja da rešenje nije doneto.
Norme ovog poglavlja takođe sadrže i odredbe o trajanju ograniča-
vanja raspolaganja imovinom i upravljanju imovinom čije je raspo-
laganje ograničeno, odredbe o sudskoj zaštiti, kao i odredbe o dozvo-
ljenom korišćenju dela imovine, izvršenju sudskih odluka i ukidanju
rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom.

Restriktivne mere ograničavanja raspolaganja imovinom. Restrik-
tivne mere ograničavanja raspolaganja imovinom mogu se primeniti
prema fizičkom i prema pravnom licu. Pod imovinom se podrazume-
vaju sva finansijska sredstva, celokupna imovina bilo koje vrste, po-
kretna ili nepokretna, materijalna ili nematerijalna, bez obzira na to
kako je stečena, zatim isprave ili instrumenti u bilo kojoj formi, koji-
ma se dokazuje svojina ili interes u odnosu na imovinu (npr. bankar-
ski krediti, putnički i bankovni čekovi, novčane uputnice, deonice,
hartije od vrednosti, obveznice, menice, akreditivi, kamata, dividen-
da ili drugi prihod naplaćen na osnovu ili nastao iz tih sredstava ili
imovine i dr.). Imovina označenog lica je imovina koja se nalazi u
svojini ili državini označenog lica ili kojom označeno fizičko ili prav-
no lice posredno ili neposredno upravlja. Ograničavanje raspolaganja
imovinom podrazumeva zabranu prenosa, konverzije, raspolaganja i
premeštanja imovine ili upravljanje tom imovinom na osnovu odlu-
ke nadležnog državnog organa. Restriktivne mere obuhvataju mere

kojima se ograničava raspolaganje imovinom, svim finansijskim sredstvima i svim ekonomskim resursima u posedu, vlasništvu, na raspolaganju ili pod kontrolom fizičkih ili pravnih lica, odnosno grupa, udruženja ili drugih entiteta koji su odgovorni za teške povrede ljudskih prava, u smislu ovog zakona, zatim lica koja pružaju finansijsku, tehničku ili materijalnu podršku ili koja na drugi način učestvuju u takvim radnjama, između ostalog, planiranjem, usmeravanjem, naručivanjem, pomaganjem, pripremom, olakšavanjem ili podsticanjem takvih radnji, i sa njima povezanih drugih lica. Nije dopušteno da se u bilo kom obliku finansijska sredstva ili ekonomski resursi neposredno ili posredno, u celini ili delimično stave na raspolaganje ovim fizičkim ili pravnim licima ili drugim entitetima.

Neposredna obaveza izveštavanja. Svako pravno ili fizičko lice, tzv. obavezno lice, dužno je da prilikom vršenja delatnosti ili obavljanja poslovanja utvrdi da li je u poslovnim ili drugim sličnim odnosima sa nekim označenim fizičkim ili pravnim licem. Ukoliko obavezno lice utvrdi da jeste, dužno je da odmah ograniči raspolaganje imovinom označenog lica i o tome obavesti Upravu za sprečavanje pranja novca najkasnije u roku od 24 časa. Obavezno lice je dužno da ograniči raspolaganje imovinom označenog lica do prijema rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom ili obaveštenja da rešenje nije doneto, a najduže sedam dana od dana dostavljanja obaveštenja Upravi za sprečavanje pranja novca. Osim toga, obavezno lice ne sme učiniti dostupnom svoju ili tuđu imovinu označenom licu, licu koje označeno lice direktno ili indirektno poseduje ili kontroliše, ni licu koje postupa u ime i za račun označenog lica ili po njegovim instrukcijama. Obavezno lice je dužno da uz obaveštenje Upravi za sprečavanje pranja novca dostavi osnovne podatke kao što su ime i prezime i adresu fizičkog lica, odnosno naziv i sedište pravnog lica, i pisanu ili elektronsku dokumentaciju i druge informacije od značaja za identifikaciju lica, imovine, poslovnih ili drugih odnosa. Obaveštenje i informacije dostavljaju se u pisanoj ili elektronskoj formi, a ako se dostavljaju telefonskim putem, obaveštenje se mora potvrditi u pisanoj formi.

Upis u registar privrednih subjekata i ugovor o prometu nepokretnosti. Agencija koja je nadležna za vođenje registra privrednih subjekata, udruženja, zadužbina, fondacija, kao i sudovi i javni beležnici dužni su da pre upisa u registar privrednih subjekata, udruženja, zadužbina ili fondacija, odnosno pre sačinjavanja ili potvrđivanja ugovora o prometu nepokretnosti pregledaju spisak lica upisanih u Registar označenih lica. Upis u registar privrednih subjekata, odnosno drugih organizacija neće se izvršiti niti će se sačiniti i potvrditi ugovor o prometu nepokretnosti ukoliko je označeno lice predloženo za direktora, odgovorno lice ili većinskog vlasnika privrednog subjekta, udruženja, zadužbine, fondacije ili ako je označeno lice ugovorna strana u prometu nepokretnosti. Obaveštenje o neizvršenju upisa u registar privrednih subjekata, odnosno drugih organizacija ili o odbijanju sačinjavanja i potvrđivanja ugovora o prometu nepokretnosti

dostavlja se Upravi za sprečavanje pranja novca u najkraćem roku. Radnje i mere odnose se i na lice koje postupa u ime i za račun označenog lica ili po njegovim instrukcijama. Obaveza je ministra nadležnog za poslove finansija da, na predlog Uprave za sprečavanje pranja novca, propisom uredi način dostavljanja obaveštenja.

Postupanje Uprave. Uprava za sprečavanje pranja novca može da zahteva podatke o licu i njegovoj imovini od državnih organa, organizacija i lica kojima su poverena javna ovlašćenja koja su dužna da Upravi, bez odlaganja, a najkasnije narednog radnog dana od dana prijema zahteva, dostave sve podatke kojima raspoložu o označenom licu i imovini koju poseduje. Uprava za sprečavanje pranja novca, bez odlaganja, a u naročito opravdanim okolnostima, u roku od tri dana od dana kada joj je obavezno lice dostavilo obaveštenje ili informaciju, sačinjava izveštaj i bez odlaganja ga dostavlja ministru nadležnom za poslove finansija. Izveštaj sadrži podatke o identitetu prijavljenog lica i imovini koje su dostavili državni organi i organizacije i lica kojima su poverena javna ovlašćenja, zaključak da li je prijavljeno lice označeno lice i da li imovina podleže ograničavanju raspolaganja. Propisana je obaveza ministra nadležnog za poslove finansija da, na predlog Uprave za sprečavanje pranja novca, propisom uredi način na koji državni organi i organizacije i lica kojima su poverena javna ovlašćenja dostavljaju podatke o licu i imovini.

Rešenje o ograničavanju raspolaganja imovinom i obaveštenje da rešenje nije doneto. Ako po prijemu izveštaja Uprave za sprečavanje pranja novca, ministar nadležan za poslove finansija utvrdi da je reč o licu, odnosno imovini koja podleže ograničavanju raspolaganja, bez odlaganja, rešenjem nalaže ograničavanje raspolaganja imovinom tog lica. Rešenje o ograničavanju raspolaganja imovinom obavezno sadrži: 1) podatke o označenom licu; 2) podatke o imovini čije se raspolaganje ograničava; 3) označavanje da će imovinom upravljati Direkcija za upravljanje oduzetom imovinom,²⁵ u skladu sa zakonom; 4) označavanje lica kojima se rešenje dostavlja. Rešenje o ograničavanju raspolaganja imovinom dostavlja se pravnom ili fizičkom licu kod koga se imovina nalazi, označenom licu, Direkciji za upravljanje oduzetom imovinom, Upravi za sprečavanje pranja novca, nadležnom javnom tužilaštvu, organu nadležnom za bezbednosne i obaveštajne poslove, ministarstvu nadležnom za spoljne poslove, ministarstvu nadležnom za unutrašnje poslove i drugim državnim organima koji mogu biti povezani sa imovinom označenom u tom rešenju. Dostavljanje rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom vrši se u skladu sa pravilima

²⁵ Direkcija za upravljanje oduzetom imovinom je samostalni upravni organ u sastavu Ministarstva pravde, osnovan Zakonom o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela („Sl. glasnik RS”, br. 97/2008). Direkcija ima svojstvo pravnog lica. Poslove iz svoje nadležnosti Direkcija vrši po službenoj dužnosti ili po nalogu javnog tužioca i suda. Za obavljanje poslova iz delokruga Direkcije obrazuje se Sektor za preuzimanje i upravljanje oduzetom imovinom, kao osnovna unutrašnja jedinica.

opšteg upravnog postupka.²⁶ Pravno ili fizičko lice kod koga se imovina nalazi dužno je da ograniči raspolaganje imovinom na osnovu rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom. Ukoliko po prijemu izveštaja od Uprave za sprečavanje pranja novca ministar nadležan za poslove finansija utvrdi da nije reč o označenom licu ili o imovini koja podleže ograničavanju raspolaganja, odnosno da nema uslova za ograničavanje raspolaganja imovinom, dužan je da bez odlaganja, u pisanoj formi, obavesti obavezno lice koje je obaveštenje dostavilo da može da nastavi aktivnosti koje je obustavilo. Obaveštenje o obaveznom licu ministar dostavlja i Upravi za sprečavanje pranja novca.

Trajanje ograničavanja raspolaganja imovinom i upravljanje imovinom čije je raspolaganje ograničeno. Ograničavanje raspolaganja imovinom traje sve dok se lice nalazi na spisku lica koja su upisana u Registar označenih lica, odnosno do odluke nadležnog suda u upravnom sporu donete na osnovu ovog zakona. Ministar nadležan za poslove finansija ima obavezu da dva puta godišnje, na predlog Uprave za sprečavanje pranja novca, a po pribavljenom mišljenju nadležnih državnih organa, razmotri opravdanost donošenja rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom. Ako ministar utvrdi da nisu postojali uslovi za donošenje rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom, to rešenje će poništiti. Upravljanje imovinom čije je raspolaganje ograničeno na osnovu ovog zakona vrši Direkcija za upravljanje oduzetom imovinom, u skladu sa zakonom.²⁷

Sudska zaštita. Protiv konačnog rešenja ministra nadležnog za poslove finansija o ograničavanju raspolaganja imovinom ne može se izjaviti žalba. Međutim, protiv rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom može se pokrenuti upravni spor pred nadležnim sudom, čime se ostvaruje sudska zaštita, posebno u pogledu ostvarivanja načela zakonitosti i srazmernosti, u postupku primene restriktivnih mera ograničavanja raspolaganja imovinom.²⁸ Posebni razlozi za pokretanje upravnog spora su da lice kome je ograničeno raspolaganje imovinom nije označeno lice i da imovina čije je raspolaganje ograničeno nije imovina čije se raspolaganje mora ograničiti u skladu sa ovim zakonom. Upravni spor se može pokrenuti, u skladu sa ovim zakonom, za vreme trajanja ograničenja raspolaganja imovinom i ne odlaže izvršenje rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom.

Izvršenje sudskih odluka. Imovina čije je raspolaganje ograničeno može biti predmet izvršenja po pravnosnažnoj sudskoj odluci (npr. u parničnom postupku) radi zaštite tzv. savesnih trećih lica.

Ukidanje rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom. Ukoliko razlozi za donošenje rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom

²⁶ Zakon o opštem upravnom postupku („Službeni glasnik RS”, br. 18/2016, 95/2018): „Dostavljanje” (čl. 72–78).

²⁷ Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela („Službeni glasnik RS”, br. 32/2013, 94/2016, 35/2019).

²⁸ Zakon o upravnim sporovima („Službeni glasnik RS”, br. 111/2009). Vidi napomenu u fusnoti 9.

prestanu da postoje, ministar je dužan da ukine rešenje, u skladu sa odredbama zakona kojim je uređen opšti upravni postupak.²⁹ Rešenje kojim se ukida rešenje o ograničavanju raspolaganja imovinom dostavlja se pravnom ili fizičkom licu kod koga se imovina nalazi, označenom licu, Direkciji za upravljanje oduzetom imovinom, Upravi za sprečavanje pranja novca, nadležnom javnom tužilaštvu, organu nadležnom za bezbednosne i obaveštajne poslove, ministarstvu nadležnom za spoljne poslove i drugim državnim organima kojima je rešenje o ograničavanju raspolaganja imovinom dostavljeno. Rešenje kojim se ukida rešenje o ograničavanju raspolaganja imovinom dostavlja se u skladu sa pravilima opšteg upravnog postupka.³⁰

Godišnji izveštaj. Obaveza je Vlade da do kraja marta tekuće godine podnosi Narodnoj skupštini godišnji izveštaj za prethodnu godinu.

Nadzor. Uprava za sprečavanje pranja novca vrši nadzor nad primenom odredaba ovog zakona. Ukoliko Uprava u vršenju nadzora utvrdi da postoje nepravilnosti ili nezakovitosti u primeni ovog zakona, dužna je da: a) zahteva otklanjanje nepravilnosti i nedostataka u roku koji sama odredi (npr. ispravku podataka u Registru); b) podnese zahtev nadležnom organu za pokretanje odgovarajućeg postupka (npr. za disciplinsku, prekršajnu ili krivičnu odgovornost) i c) preduzme druge mere i radnje za koje je zakonom ovlašćena (npr. predlog Vladi da se lice ukloni sa spiska lica u Registru označenih lica).

Kaznene odredbe. Prema važećem zakonodavstvu kaznene odredbe odnose se na novčane kazne za privredne prestupe i za prekršaje.

Privredni prestupi. U skladu sa Zakonom o privrednim prestupima (čl. 34),³¹ propisane su, zavisno od okolnosti slučaja i težine povrede, novčane kazne u rasponu od 100.000 do 3.000.000 dinara za pravno lice ukoliko: a) prilikom obavljanja posla ili delatnosti ne utvrdi da li ima poslova ili drugih sličnih odnosa sa označenim licem; b) ne ograniči raspolaganje imovinom označenog lica, ne obavesti Upravu ili je ne obavesti najkasnije u roku od 24 časa; c) učini dostupnom svoju ili tuđu imovinu označenom licu, licu koje označeno

²⁹ Zakon o opštem upravnom postupku („Službeni glasnik RS”, br. 18/2016, 95/2018): „Ukidanje rešenja — (1) Drugostepeni organ ili nadzorni organ rešenjem može na zahtev stranke ili po službenoj dužnosti u celini ili delimično ukinuti rešenje: (...) 3) kad je to posebnim zakonom određeno. (2) Ako ne postoji drugostepeni organ ili nadzorni organ, organ koji je doneo prvostepeno rešenje ukinuće, na zahtev stranke ili po službenoj dužnosti, rešenje u celini ili delimično.” (čl. 184. st. 1. tač. 3; st. 2).

³⁰ Zakon o opštem upravnom postupku („Službeni glasnik RS”, br. 18/2016, 95/2018): „Dostavljanje” (čl. 72–78).

³¹ Zakon o privrednim prestupima („Sl. list SFRJ”, br. 4/77, 36/77, 14/85, 10/86 (prečišćen tekst), 74/87, 57/89, 3/90, „Sl. list SRJ”, br. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96, 64/2001, „Sl. glasnik RS”, br. 101/2005): „Privredni prestup je društveno štetna povreda propisa o privrednom ili finansijskom poslovanju koja je prouzrokovala ili je mogla prouzrokovati teže posledice i koja je propisom nadležnog organa određena kao privredni prestup.” (čl. 2 st. 1).

lice direktno ili indirektno poseduje ili kontroliše i licu koje postupa u ime i za račun označenog lica ili po njegovim instrukcijama; d) ne dostavi svu pisanu ili elektronsku dokumentaciju; e) ne ograniči raspolaganje imovinom na osnovu rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom. Za privredni prestup, osim pravnog lica, kazniće se i odgovorno lice u pravnom licu novčanom kaznom u iznosu od 50.000 do 500.000 dinara.

Prekršaji. U skladu sa Zakonom o prekršajima,³² propisane su, zavisno od okolnosti slučaja i težine povrede, novčane kazne u iznosu od 50.000 do 500.000 dinara za prekršaj odgovornog lica u sudu, organizaciji nadležnoj za vođenje registra privrednih subjekata, udruženja, zadužbina, fondacija ili javnog beležnika ukoliko: a) suprotno ovom zakonu upiše u registar privredno društvo, udruženje, zadužbinu, fondaciju ili sačini, odnosno potvrdi ugovor o prometu nepokretnosti; b) obavestjenje o neizvršenju upisa u registar privrednih subjekata, udruženja, zadužbina, fondacija ili o odbijanju sačinjavanja, odnosno potvrđivanja ugovora o prometu nepokretnosti ne dostavi Upravi za sprečavanje pranja novca. Osim toga, novčanom kaznom u iznosu od 50.000 do 500.000 dinara kazniće se za prekršaj fizičko lice ukoliko: a) prilikom obavljanja posla ili delatnosti ne utvrdi postojanje poslova ili drugih sličnih odnosa sa označenim licem; b) ne obavesti Upravu ili je ne obavesti najkasnije u roku od 24 časa; c) ne ograniči raspolaganje imovinom označenog lica; d) učini dostupnom svoju ili tuđu imovinu označenom licu, licu koje označeno lice direktno ili indirektno poseduje ili kontroliše i licu koje postupa u ime i za račun označenog lica ili po njegovim instrukcijama; e) ne dostavi svu pisanu ili elektronsku dokumentaciju; f) ne ograniči raspolaganje imovinom na osnovu rešenja o ograničavanju raspolaganja imovinom.

Prelazne i završne odredbe. U roku od 180 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona, Vlada je dužna da utvrdi spisak lica koja se upisuju u Registar označenih lica, a u roku od tri meseca od dana stupanja na snagu ovog zakona za donošenje odgovarajućih podzakonskih akta. Ovaj zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenom glasniku”.

4. Praksa Suda pravde Evropske unije

Pravna suština ciljanih sankcija, posebno kada je u pitanju ograničavanje raspolaganja imovinom, pre svega, ogleda se u tome da je imovina „zamrznuta” do odluke odgovarajućeg nadležnog suda, što se može ilustrovati odlukama i sudskom praksom u slučajevima koje je rešavao Sud pravde Evropske unije.

³² Zakon o prekršajima („Službeni glasnik RS”, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016, 91/2019, 91/2019): „Prekršaj je protivpravno delo koje je zakonom ili drugim propisom nadležnog organa određeno kao prekršaj i za koje je propisana prekršajna sankcija.” (čl. 2).

KADI (C-402/05 P i C-415/05 P).³³ Slučaj „Kadi” odnosi se na žalbu dva lica prema kojima je Evropska unija primenila ciljane sankcije, posebno ograničavanje raspolaganja imovinom, nakon što je ustanovljeno da je reč o potencijalnoj podršci (terorističkoj organizaciji) Al Kaidi. Sud je u ovom slučaju utvrdio da je povređeno pravo podnosioca zahteva na imovinu. S tim u vezi, Sud je, između ostalog, ustanovio da:

- pravo na imovinu je veoma važno, ali nije apsolutno;
- pravo na imovinu treba posmatrati u odnosu na njegovu funkciju u društvu i može biti ograničeno iz razloga javnog interesa;
- ograničenje, u odnosu na razlog ograničenja, ne bi trebalo da bude nesrazmerno i nepristupačno tako da ošteti suštinu prava svojine;
- da bi se procenile granice svojinskih prava, treba razmotriti Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokol I, član 1, koji ovo pravo predviđa;
- mora se uspostaviti ravnoteža između javnog i ličnog interesa pojedinca;
- u vezi sa konkretnim slučajem, na osnovu zahteva osobe, može se odlučiti da se ne ograničava imovina koja je neophodna za zadovoljenje osnovnih potreba kao što su: hrana, lekovi, stanarina, pozrezi itd.;
- primenjeni postupci treba da budu takvi da razumno omogućavaju osumnjičenom licu da svoje interese reši pred nadležnim organom.

YUSUF (T-306/01).³⁴ Slično kao slučaj „Kadi”, slučaj „Jusuf” (T-306/01)³⁵ odnosi se na sankcije povodom veza sa terorističkim grupama, koje je Evropska unija uvela protiv fizičkih i pravnih lica i koje su se odnosile na ograničavanje raspolaganja imovinom. Povodom žalbe, Sud je, između ostalog, ustanovio da:

- pravo svojine spada u delokrug međunarodnog prava;
- ograničavanje raspolaganja imovinom, za razliku od oduzimanja, ne utiče suštinski na pravo vlasništva, već samo na upotrebu imovine;
- postoje mehanizmi za periodično preispitivanje potrebe za uvedenim sankcijama;
- sankcija u ovom slučaju nije proizvoljno, neprimereno ili nesrazmerno mešanje u pravo na imovinu.

AHMET EZZI (T-256/11; C-220/14 P).³⁶ U slučaju „Ahmet Ezi” u pitanju je bila zakonitost sankcija izrečenih licu za koje se smatra da je prisvojilo egipatska državna sredstva. Prema Savetu Evropske

³³ Za detalje videti: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67611&pageIndex=0&doclang=EN&mode>.

³⁴ Za detalje videti: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59905&pageIndex=0&doclang=en&mode>.

³⁵ Za detalje videti: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59905&pageIndex=0&doclang=en&mode>.

³⁶ Za detalje videti: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011TJ0256&from=HR>.

unije, ova zloupotreba bila je toliko teška da je egipatskom narodu oduzela blagodati održivog ekonomskog i socijalnog razvoja i potkopala demokratski proces u zemlji. U međuvremenu, Sud je u ovom slučaju došao do sledećih zaključaka u vezi sa pravom na imovinu:

- izrečene restriktivne mere moraju imati pravni osnov;
- ograničenje treba da se odnosi na cilj od opšteg interesa koji je kao takav prepoznala Evropska unija i koji treba da bude podrška demokratiji, vladavini prava i ljudskim pravima, kao i održivom razvoju zemalja u razvoju sa osnovnim ciljem iskorenjivanja siromaštva;
- ograničenje treba da bude samo onoliko koliko je potrebno i proporcionalno cilju koji se želi postići;
- prilikom izricanja restriktivnih mera treba se rukovoditi principom proporcionalnosti.

ROSNEFT (T-715/14).³⁷ Slučaj „Rosnjeft” je veoma značajan u kontekstu ciljanih sankcija Evropske unije. U ovom slučaju rešavalo se o pravu na imovinu, ali i o slobodi poslovanja. Ruska kompanija „Rosnjeft” žalila se nadležnom sudu Evropske unije protiv restriktivnih mera koje su joj izrečene. Sud je u ovom novom slučaju potvrdio da:

- pravo svojine i sloboda poslovanja nisu apsolutni i mogu biti ograničeni iz razloga javnog interesa;
- mora se poštovati načelo proporcionalnosti — preduzete mere koje utiču na imovinska prava moraju biti odgovarajuće predviđenom cilju i ne smeju ići dalje od onoga što je neophodno.

Slučaj „Rosnjeft”, osim prava na imovinu, odnosi se i na efikasnu sudsku zaštitu. Podnosilac zahteva Rosnjeft istakao je da izrečene sankcije nisu u skladu sa obavezom da se obrazloži i, shodno tome, obezbedi pravo na odgovarajući postupak i efikasnu sudsku zaštitu. Prema kompaniji „Rosnjeft”, obrazloženja navedena u aktu kojim se uvode ciljane sankcije nisu dovoljna da osiguraju preispitivanje zakonitosti uvedenih sankcija. Takođe je istaknuto da su sankcije primenjivane i tokom postupka pred sudom. S tim u vezi, sud je, između ostalog, utvrdio:

- obrazloženje za izricanje ciljanih sankcija treba da bude razrađeno na takav način da omogući jasno razumevanje razloga i procene da li je vredno osporiti izrečenu sankciju na sudu;
- okolnosti slučaja određuju šta je osnova uvođenja sankcija;
- da li je obrazloženje dovoljno, procenjuje se ne samo u smislu obima, već i sadržaja i svih relevantnih pravnih pravila;
- poštovanje prava na zaštitu uključuje pravo na saslušanje i pravo na pristup dokumentima u granicama legitimnih interesa očuvanja tajnosti;
- razlozi koji se odnose na bezbednost Evropske unije ili država članica mogu ograničiti otkrivanje informacija ili dokaza suprotnoj strani;

³⁷ Za detalje videti: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205646&pageIndex=0&doclang=en&mode>.

— pravo na odbranu ne znači i da svi dokumenti koji nisu poverljivi treba da budu obelodanjeni sankcionisanoj stranci bez uloženog posebnog zahteva.

GOOD LUCK SHIPPING (T-423/13).³⁸ U slučaju „Good Luck Shipping” Sud je utvrdio da Savet nije pružio osnovane razloge za odluku o ograničavanju raspolaganja imovinom privatne transportne kompanije sa sedištem u Dubajju. U ovoj presudi, Sud je potvrdio da bi stranka trebalo da bude obaveštena o razlozima zbog kojih je uvrštena na listu ciljanih sankcija i da ima pravo da efikasno iznese svoj stav o tom pitanju. Sud je takođe utvrdio da:

— dužnost je nadležnog organa Evropske unije da u slučaju prigovora utvrdi da li su razlozi na koje se oslanjao prilikom izricanja restriktivnih mera protiv dotičnog lica osnovani;

— po pravilu, zakonitost spornih mera može se oceniti samo na osnovu elemenata činjenica i zakona na osnovu kojih su izrečene, a ne na osnovu informacija do kojih se došlo od institucija Evropske unije nakon usvajanja tih mera.

MAIALEH (T-307/12, T-408/13).³⁹ Slučaj „Maialeh” odnosi se na zakonitost restriktivnih mera izrečenih pojedincu koji je smatran odgovornim za pružanje ekonomske i finansijske podrške sirijskom režimu kao guverner Centralne banke Sirije. S tim u vezi, Sud je, između ostalog, ustanovio:

— subjekt koji izriče restriktivne mere dužan je da lice kome su mere namenjene obavesti o konkretnim razlozima zbog kojih su mere protiv njega morale biti odobrene i da utvrdi činjenična i pravna pitanja koja čine pravni osnov za mere o kojima je reč;

— iz razloga bezbednosti dozvoljeno je zabraniti otkrivanje određenih informacija;

— Savet dostavlja svoju odluku sankcionisanom licu, sa razlozima upisivanja na spisak bilo direktno, ako je adresa poznata, bilo objavljivanjem obaveštenja, pružajući mu priliku da iznese svoje stavove;

— prema sudskoj praksi, poštovanje prava na odbranu, a posebno prava na saslušanje, u vezi sa restriktivnim merama, ne zahteva od vlasti Evropske unije da saopšte razloge fizičkim ili pravnim licima pre nego što ih uvrste na spisak za izricanje restriktivnih mera;

— pravo na saslušanje pre usvajanja akata koji sadrže restriktivne mere prema licima koja su već obuhvaćena pretpostavlja da je Savet dobio nove dokaze protiv tih lica.

³⁸ Za detalje videti: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013TJ0423&from=EN>.

³⁹ Za detalje videti: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012TJ0307&from=EN>.

PREGLED ZEMALJA KOJE SU USVOJILE MAGNITSKI ZAKONODAVSTVO*

No.	Datum	Zemlja	Usvojen propis	Efekti usvojenog propisa
1.	14. 12. 2012.	SAD	Magnitski zakon o vladavini prava i odgovornosti — tzv. Sergej Magnitski zakon (2012)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ograničenje raspolaganja imovinom — Zabrana izdavanja viza ▪ Primenjuje se samo na državljane Ruske Federacije koji su odgovorni za povrede ljudskih prava ▪ 54 fizičkih lica i 1 pravno lice na spisku: ukupno 55. Zemlja: Ruska Federacija
3.	8. 12. 2016.	Estonija	Magnitski izmene i dopune Zakona o obavezi napuštanja i zabrani ulaska 262 SE (2016)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Zabrana izdavanja viza ▪ Primenjuje se na strance koji su odgovorni za povrede ljudskih prava u stranoj državi ▪ 49 fizičkih lica na spisku. Zemlja: Ruska Federacija
4.	23. 12. 2016.	SAD	Globalni Magnitski zakon o odgovornosti za povredu ljudska prava (2016)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ograničenje raspolaganja imovinom ▪ Zabrana izdavanja viza ▪ Primenjuje se globalno na lica koja su odgovorna za povredu ljudskih prava i lica koja su odgovorna za ozbiljnu korupciju ▪ 94 fizičkih lica i 102 pravna lica na spisku (ukupno 196). Zemlje: Saudijska Arabija (17), Srbija (10), Mjanmar (9), Irak (8), Južni Sudan (8), Uganda (7), Kambodža (6), Meksiko (4), Nikaragva (4), Južnoafrička Republika (3), Dominikanska Republika (2), Gambija (2), Pakistan (2), Ruska Federacija (2) i po jedna osoba iz Izraela, Belgije, Gvatemale, Indije, Kine, Sudana, Uzbekistana, Slovačke, Letonije i Libije.
5.	21. 2. 2017.	Velika Britanija	Magnitski izmene i dopune Zakona o finansijskim krivičnim delima (2017)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ograničenje raspolaganja imovinom ▪ Ciljano se primenjuje na imovinu povezanu sa licima koja su odgovorna za povredu ljudskih prava ▪ Oduzimanje imovine koju su stekla lica koja su odgovorna za povredu ljudskih prava
6.	19. 10. 2017.	Kanada	Zakon o pravdi za žrtve korumpiranih stranih državnih funkcionera (2017)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ograničenje raspolaganja imovinom — Zabrana izdavanja viza ▪ Primenjuje se globalno na lica koja su odgovorna za povredu ljudskih prava i lica koja su odgovorna za ozbiljnu korupciju ▪ 70 fizičkih lica na spisku: Ruska Federacija (30), Venecuela (19), Saudijska Arabija (17), Južni Sudan (3), Mjanmar (1)

* Izvor: William Browder, Global Magnitsky Justice Campaign: Inquiry into targeted sanctions to address human rights abuses (www.aph.gov.au).

7.	16. 11. 2017.	Litvanija	Zakon o izmenama i dopunama člana 133 Zakona br. IX-2206 o pravnom statusu stranaca (2017)	<ul style="list-style-type: none"> Zabrana izdavanja viza Primenjuje se globalno na lica koja su odgovorna za ozbiljnu korupciju, pranje novca i povredu ljudskih prava 66 fizičkih lica na spisku. Zemlje: Ruska Federacija (49), Saudijska Arabija (17)
8.	8. 2. 2018.	Letonija	Parlamentarna rezolucija (2018)	<ul style="list-style-type: none"> Zabrana za 49 lica i funkcionera državnih Ruske Federacije koji su bili umesani u smrt Sergeja Magnitskog i koji su korupcijom stekli 230 miliona USA dolara
9.	8. 2. 2018.	Gibraltar	Magnitski izmene i dopune Zakona o prihodima od kriminala (2015)	<ul style="list-style-type: none"> Omogućava državnim organima da oduzmu imovinu licima koja su učinila povrede ljudskih prava, uključujući i one učinjene na teritoriji drugih država
10.	23. 5. 2018.	Velika Britanija	Magnitski izmene i dopune Zakona o sankcijama i zabrani pranja novca (2018)	<ul style="list-style-type: none"> Zabrana izdavanja viza Primenjuju se globalno na lica odgovorna za povrede ljudskih prava
11.	6. 12. 2018.	Ostrvo Džersi	Zakon o sankcijama i ograničavanju raspolaganja imovinom (Jersey) 2018	<ul style="list-style-type: none"> Omogućava ostrvu Džersi da primenjuje sankcije koje primenjuje Velika Britanija na osnovu Zakona o sankcijama i zabrani pranja novca (2018)
12.	7. 12. 2020.	Evropska unija	Uredba Saveta (EU) 2020/1998. od 7. decembra 2020. godine o restriktivnim merama za teške i druge povrede ljudskih prava Odluka Saveta (CFSP) 2020/1999 od 7. decembra 2020. godine o restriktivnim merama u vezi sa teškim i drugim povredama ljudskih prava.	<ul style="list-style-type: none"> Prvi globalni i sveobuhvatni režim ciljanih sankcija protiv odgovornih za teške povrede ljudskih prava koji je usvojila Evropska unija Posebno se naglašava da je zaštita ljudskih prava osnovna vrednost i kamen temeljac politike EU Zamrzavanje sredstava i ekonomskih resursa i zabrana davanja sredstava i ekonomskih resursa fizičkim ili pravnim licima, subjektima ili organima odgovornim za teške i druge povrede ljudskih prava Od aneksije Krima do danas, EU je uvela restriktivne mere prema 1239 pojedinaca i 116 entiteta iz Rusije (zamrzavanje imovine i zabrana putovanja), kao i protiv Belorusije i Irana (zbog učešća u invaziji i upotrebe dronova u ruskoj agresiji na Ukrajinu)

Literatura

1. B. Browder, *Nalog za zamrzavanje — Pobediti zlo — Istinita priča o pranju novca, ubistvu i preživljavanju gneva Vladimira Putina*, Međunarodni institut za bezbednost, Beograd, 2022.

Pravni izvori

1. *Jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa*, „Službeni glasnik RS”, br. 21/2010.
2. Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act of 2012 (title IV of P. L. 112–208; 22 U. S. C. §5811 note).
3. Uredba (EU) 2016/679 Evropskog parlamenta i Saveta od 27. aprila 2016. godine o zaštiti pojedinaca u pogledu obrade ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka i ukidanju Direktive 95/46 / EZ) (SL L 119, 4. 5. 2016, str. 1).
4. Uredba (EU) 2018/1725 Evropskog parlamenta i Saveta od 23. oktobra 2018. o zaštiti pojedinaca u pogledu obrade ličnih podataka od strane institucija, tela, kancelarija i agencija Unije i o slobodnom kretanju takvih podataka i stavljajući van snage Uredbu (EZ) br. 45/2001 i Odluku br. 1247/2002 / EZ (SL L 295, 21. 11. 2018, str. 39).
5. Zakon o strancima („Službeni glasnik RS”, br. 24/2018, 31/2018).
6. Zakon o postupku registracije u Agenciji za privredne registre („Službeni glasnik RS”, br. 99/2011, 83/2014, 31/2019).
7. Zakon o objavljivanju zakona i drugih propisa i akata („Službeni glasnik RS”, br. 45/2013).
8. Zakon o upravnim sporovima („Službeni glasnik RS”, br. 111/2009).
9. Zakon o opštem upravnom postupku („Službeni glasnik RS”, br. 18/2016, 95/2018).
10. Zakon o privrednim prestupima („Sl. list SFRJ”, br. 4/77, 36/77, 14/85, 10/86 (prečišćen tekst), 74/87, 57/89, 3/90, „Sl. list SRJ”, br. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96, 64/2001, „Sl. glasnik RS”, br. 101/2005).
11. Zakon o prekršajima („Službeni glasnik RS”, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016, 91/2019, 91/2019).

Internet izvori

1. <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20220411>.
2. <https://www.slobodnaevropa.org/a/britanija-dodik-cvijanovic-sankcije/31797239.html>.
3. <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm849>.
4. <https://pace.coe.int/en/files/20409/html>.
5. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25352&lang=en>.
6. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0215_EN.html#def_1_21.
7. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2020:410I:FULL&from=ES#ntr1-LI2020410EN.01000101-E0001>.
8. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2020:410I:FULL&from=ES#ntr1-LI2020410EN.01000101-E0001>.
9. https://eeas.europa.eu/topics/sanctions-policy/423/european-union-sanctions_en.
10. <https://vvv.consilium.europa.eu/>.
11. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67611&pageIndex=0&doclang=EN&mode>.

12. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59905&pageIndex=0&doclang=en&mode.>
13. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59905&pageIndex=0&doclang=en&mode.>
14. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011TJ0256&from=HR.>
15. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205646&pageIndex=0&doclang=en&mode.>
16. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013TJ0423&from=EN.>
17. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012TJ0307&from=EN.>

Stevan Lilić, PhD

MAGNITSKY LEGISLATION — TARGETED SANCTIONS
AND RESTRICTIVE MEASURES FOR VIOLATIONS
OF HUMAN RIGHTS AND CORRUPTION

According to the Magnitsky Law, Russian state officials for whom there was a grounded suspicion that they were involved in Magnitsky's death were banned from entering the United States and using the American banking system by name. This Magnitsky Law was amended in 2016 in order to extend its previous application only to Russia, now as the „Global Magnitsy Law”, to all persons who commit serious forms of human rights violations, regardless of citizenship or nationality. The Council of Europe adopted two „Magnitsky” resolutions (2014; 2019) under the motto „Struggle against violations through targeted sanctions”. The European Parliament adopted a special resolution on the European sanctions regime for those responsible for human rights violations (2019), and in 2020 the EU Council adopted two important „global” documents (Decision and Regulation) on restrictive measures against those responsible for serious human rights violations. This paper presents a model of the Law on Restrictive Measures for Human Violations (constructed according to the current legislation in Serbia).

Key words: Magnitsky Legislation, targeted sanctions, restrictive measures, serious human rights violations, corruption, model legislation (Serbia)

Evropski socijalni model — mit ili stvarnost

U radu se razmatraju različita shvatanja evropskog socijalnog modela, njegova slojevitost i partikularnost, ali i nesporna činjenica da je Evropska unija prešla dug put na planu socijalne politike i da ima svoju socijalnu dimenziju. Polazi se od istorijata evropske socijalne politike, daju argumenti koji potvrđuju, ali i oni koji opovrgavaju tezu o postojanju jedinstvenog evropskog socijalnog modela. Analiziraju se osnovne karakteristike ovog modela kao nadnacionalne tvorevine koja je još uvijek u procesu izgradnje i koja se umnogome oslanja na tzv. meko pravo i na metod otvorene koordinacije. Akcenat je, međutim, na shvatanju ovog modela kao kompleksnog sistema vrijednosti koji izrasta iz ideje o tome da su ekonomski i socijalni progres neodvojivi, te da evropske države dijele zajedničke vrijednosti u oblasti socijalne politike. Evropski socijalni model se, dakle, doživljava kao zajednička vizija evropskih država o društvu koje nudi punu zaposlenost, kvalitetna radna mjesta, jednake mogućnosti, socijalnu zaštitu za sve, socijalnu inkluziju i socijalni dijalog. Ovaj model kao sistem vrijednosti i normi moraju prihvatiti i države kandidati u integracionom procesu, kada žele da pristupe EU. U radu se, međutim, postavlja i pitanje kakva je dalja sudbina evropskog socijalnog modela i koliko je vjerovatna njegova dalja izgradnja, imajući u vidu izazove sa kojima se Unija suočava, te otpor onih koji socijalnu politiku vide kao posljednji vid odbrane nacionalnog suvereniteta.

Ključne riječi: socijalni modeli, evropska socijalna politika, evropsko socijalno zakonodavstvo

Uvod

Nakon više od 70 godina od osnivanja Evropske unije ne postoji saglasnost o tome da li je uspostavljen jedinstven evropski socijalni model, te u kojoj mjeri je proces integracija uspješan u domenu socijalne politike. U vezi sa evropskim socijalnim modelom vode se brojne debate o tome da li jedan ovakav model uopšte postoji, a zatim, ako postoji, kako se definiše i šta čini njegovu sadržinu. Sporovi oko evropskog socijalnog modela ne čude uzme li se u obzir veoma šarenolika slika evropskih država u pogledu njihovih socijalnih politika, te činjenica da socijalna politika umnogome

* Docentkinja na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica, milica.kovac@udg.edu.me.

zavisi od ekonomskih prilika u zemlji. Razlozi za nesuglasice proizilaze i iz turbulentnog historijskog razvoja socijalnih prava unutar Unije, te brojnih izazova sa kojima se Unija suočavala, a koji su socijalnu politiku stavljali po strani i zahtijevali ustupke u korist ekonomske i monetarne. U ovoj oblasti uočavaju se nedosljednosti zbog koje se evropski socijalni model nekada doživljava kao stvaran, a nekada kao ideal koji nema svoje utemeljenje u stvarnim aktivnostima Unije. Treba imati na umu i to da se pojmu evropskog socijalnog modela pridaju različita značenja, a da se u ovom radu polazi od onog koje pod ovim modelom podrazumijeva socijalnu politiku država članica i Evropske unije.¹

Odgovore na pitanja vezana za evropski socijalni model nije lako dati, budući da ne postoje unaprijed određeni kriterijumi na bazi kojih bi se moglo utvrditi postojanje, odnosno nepostojanje ovog modela, s tim da analiza ovog pitanja mora uzeti u obzir određene historijske činjenice, socijalno zakonodavstvo EU, socijalne politike država članica, te njihovu uporedivost sa drugim regionima svijeta. U konačnom, odgovor na ovo pitanje zavisi i od pristupa pojmu evropskog socijalnog modela, odnosno od toga da li se naglašavaju sličnosti i zajedničke karakteristike socijalnih modela država članica, apstrahuju razlike između socijalnih modela država članica, ili se pak evropski socijalni model izdiže na nadnacionalni nivo.²

1. Kratak istorijat evropske socijalne politike

Prvobitni motivi osnivanja Evropske unije dominantno su bili vezani za stvaranje jedinstvenog tržišta robe, kapitala i usluga, kako bi se na taj način ojačala njena konkurentna pozicija u odnosu na druge djelove svijeta. Posljedično, njena socijalna dimenzija razvijala se u sjenci ekonomskih integracija³ i u mjeri u kojoj je to bilo potrebno za uklanjanje barijera funkcionisanja zajedničkog tržišta. U skladu sa tim, Ugovor o EEZ (član 118 stav 1) nije predvidio da se harmonizacija radnog i socijalnog prava postiže pravnoobavezujućim i direktno primjenjivim aktima EU, već se vjerovalo da će zajedničko tržište spontano i postepeno približiti pravne sisteme država članica

¹ Prema mišljenju Hartmunda Kaelblea, socijalni model se pojavljuje u tri značenja. Prvo, najšire značenje podrazumijeva današnje društvene posebnosti Evrope. Drugo, pod evropskim socijalnim modelom podrazumijeva se evropska (socijalna) politika stvaranja radnih mjesta, socijalna sigurnost, socijalne preraspodjele i politike posvećene principima socijalne pravde. Treće, pod evropskim socijalnim modelom podrazumijevaju se posebnosti evropske države blagostanja. D. Vuković, *Socijalna sigurnost*, Univerzitet u Beogradu, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2009, str. 38–39.

² T. Kalamatiev, A. Ristovski, Implementacija evropskog socijalnog modela u radno zakonodavstvo Republike Makedonije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LIII, 68, 2014, str. 110–112.

³ D. M. Radulović, S. Radulović, Socijalne vrijednosti kao zajedničke vrijednosti Evropske unije, *Administracija i javne politike*, IV, br. 3/2018, str. 5.

u mnogim oblastima, uključujući i oblast socijalne politike.⁴ Socijalna politika EU razvijala se otuda postepeno, sporo, uz puno oscilacija i protivljenja pojedinih država članica, praćena strahom od toga da bi izgradnja evropskog socijalnog modela mogla mnogo da košta, a da bi sam model mogao biti neodrživ ukoliko EU želi da uveća svoj rast i zaposlenost.⁵

Za razvoj socijalne politike unutar Unije, značajnu ulogu odigrao je Jedinstveni evropski akt (1987. godina), koji je proširio ovlašćenja institucija EU i omogućio donošenje direktiva kvalifikovanom većinom u oblasti bezbjednosti i zdravlja na radu, te pružio osnov za razvoj socijalnog dijaloga u EU. Od značaja je i Ugovor o Evropskoj uniji (1991. godina), budući da je uporedo sa njim zaključen i Sporazum o socijalnoj politici. Direktnije unošenje socijalne politike u evropsku agendu, međutim, bilo je povod za nesuglasice, budući da Velika Britanija nije bila potpisnica navedenog sporazuma sve do 1997. godine, te da se u to vrijeme govori o *Evropi na dva kolosjeka*⁶, odnosno *Evropi sa dvije brzine*.⁷ Izdvajanje Britanije iz integracija u oblasti socijalne politike izazvalo je zabrinutost i uticalo na to da se ukupna aktivnost Unije na polju socijalne politike uspori.⁸ Oklijevanje Britanije da svoju socijalnu politiku razvija dinamikom koju su nametale druge države članice ne čudi, imajući u vidu tradicionalno sasvim drugačiji koncept radnog i socijalnog prava u toj zemlji. Sa liberalnom ekonomskom orijentacijom, Britanija u mnogim segmentima naginje više ka američkom, nego evropskom poimanju socijalnih prava, zbog čega je njeno protivljenje daljoj izgradnji socijalne dimenzije Unije bilo razumljivo. No, uprkos tome, donošenje ovog sporazuma smatra se velikim iskorakom EU u oblasti socijalne politike, budući da je sadržao pravno obavezujuće odredbe.

Da od socijalnih pitanja EU nije mogla pobjeći pokazala je i naredna faza razvoja, u kojoj su se evropske zemlje suočile sa sve većom stopom nezaposlenosti, starenjem stanovništva i nefunkcionalnim tržištem rada, zbog čega se Ugovorom iz Amsterdama (1997. godina) i zvanično u red zajedničkih politika uvodi *Politika zapošljavanja*. Visoka stopa nezaposlenosti nastavlja da opterećuje Evropu i u narednoj fazi njenog razvoja, a što je nanovo oblikovalo evropsku socijalnu politiku, usmjeravajući je od rigidne ka fleksibilnoj. U ovom novom pravcu razvoja socijalna politika treba da bude sredstvo za zapošljavanje, umjesto da proizvodi troškove,⁹ a što će umnogome odrediti i budući pravac razvoja evropskog socijalnog modela. U skladu sa tim, Lisabonska strategija (2000. godina) imala je za cilj da

⁴ B. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID, 2004, str. 163.

⁵ D. Dinan, *Sve bliža unija — uvod u evropsku integraciju*, prev. M. Lazarević, I. Radić, V. Ateljević, JP Službeni glasnik, 2009, str. 425.

⁶ D. Dinan, *Sve bliža unija — uvod u evropsku integraciju*, str. 433.

⁷ B. Lubarda, *op. cit.*, str. 171.

⁸ D. Dinan, *Sve bliža unija — uvod u evropsku integraciju*, str. 433.

⁹ D. Dinan, *Mijenjanje Evrope — istorija Evropske unije*, prev. T. Mišević, D. Ignjatović, JP Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 285.

preuzme najbolje djelove američkog sistema, uz zadržavanje osnovnih vrijednosti evropskog socijalnog modela, a sve u namjeri da se sprovedu korjenite ekonomske reforme.¹⁰ Na drugoj strani, Lisabonski ugovor nije donio nijednu fundamentalno novu nadležnost Unije u oblasti socijalne politike,¹¹ premda je njegovim usvajanjem Povelja o osnovnim pravima u EU postala izvor primarnog prava Unije i obavezuje njene institucije, kao i države članice, kada primjenjuju, odnosno izvršavaju pravo Evropske unije.¹² Uvođenje fleksigurnosti kao osnovnog principa socijalne politike 2006. godine¹³ potvrđuje da je socijalna politika na nivou EU dominantno regulatorna, vođena tako da rješava tržišne poremećaje, mnogo više nego da redistribuira sredstva između poslodavaca i zaposlenih ili između siromašnih i bogatih.¹⁴ Međutim, donošenje Rezolucije Evropskog parlamenta o jakoj socijalnoj Evropi za pravednu tranziciju iz 2020. godine, a nakon brojnih izazova sa kojima se Unija suočila posljednjih nekoliko godina, uliva nadu da će, iako vrlo fluidna, evropska socijalna politika nastaviti da se razvija.

2. *Evropski socijalni model — argumenti za i protiv*

Socijalna politika Evropske unije nadogradila se na dugu istoriju i snažnu tradiciju socijalnog zakonodavstva u državama članicama,¹⁵ te uprkos turbulentnom razvoju pokazala da su socijalna pitanja važnija nego što se mislilo, da su tijesno povezana sa ekonomskim, te da ih nije moguće zanemariti. U međuvremenu je postalo jasno da funkcionisanje zajedničkog tržišta ne rješava probleme u socijalnom domenu i da razlike u socijalnim politikama država članica mogu predstavljati ograničavajući faktor u integracionom procesu. Otuđeno, u razmatranju evropskog socijalnog modela treba poći od dvije ključne komponente: nivoa do koga je izgrađeno evropsko socijalno zakonodavstvo i od uporedivosti pravnih sistema država članica sa

¹⁰ D. Dinan, *Sve bliža unija — uvod u evropsku integraciju*, str. 426.

¹¹ I. Sekulović, Socijalni aspekti Ugovora iz Lisabona, u: T. Mišćević, ur., *Ugovor iz Lisabona — sigurna luka ili početak novog putovanja*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 102.

¹² B. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, CID, Podgorica, 2014, str. 310.

¹³ Nakon što je 2006. godine Evropska komisija usvojila Zelenu knjigu o modernizaciji radnog prava u susret izazovima za 21. vijek, EU se okreće ka konceptu fleksigurnosti koji treba da poveća fleksibilnost tržišta rada, uz istovremeno zadržavanje adekvatnog nivoa sigurnosti za radnike. R. Blanpain, *European Labour Law*, Wolters Kluwer, 2012, str. 274.

¹⁴ Međutim, čak i regulatorne politike koje su prevashodno bile kreirane da bi riješile tržišne nepravilnosti, imaju jak indirektno redistributivni efekat, stoga predstavljaju neku vrstu države blagostanja na evropskom nivou. S. Hicks, *Politički sistem Evropske unije*, prev. I. Radić, M. Mihajlović, V. Ateljević, V. Međak, JP Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 247–249.

¹⁵ D. Dinan, *Sve bliža unija — uvod u evropsku integraciju*, str. 427.

jedne, te uporedivosti evropskih socijalnih vrijednosti sa onima koje postoje u drugim djelovima svijeta, sa druge strane.

Socijalnom politikom na nivou EU upravlja se kombinacijom tzv. mekog i tvrdog prava, a supsidijarnost je osnovno načelo u pogledu nadležnosti institucija EU u domenu socijalne politike. Upravo je ova specifična nadležnost uslovljena izrazito *partikularan* karakter evropskog socijalnog zakonodavstva,¹⁶ a što se uzima kao argument u prilog tvrdnji da je do danas umnogome izgrađen evropski socijalni model i *vice versa*, kao argument koji vodi zaključku da jedan ovakav model ipak ne postoji. Partikularnost, međutim, ne može osporiti činjenicu da je do danas izgrađen solidan korpus evropskog socijalnog zakonodavstva, posebno u oblasti radnog prava, a čime su ujednačeni radnopravni sistemi država članica. Ovaj korpus socijalnog zakonodavstva, pored slobode kretanja radnika, obuhvata još i zdravlje i bezbjednost na radu, uslove rada, konsultovanje radnika, jednakost muškaraca i žena, nediskriminaciju i zapošljavanje.¹⁷ Kritički stavovi o tome da su u pitanju samo minimalni standardi koje države članice mogu da ukllope u svoje postojeće pravne sisteme i strukture,¹⁸ nikako ne diraju u činjenicu da nacionalni sistemi počivaju na istim vrijednostima i da su, iako ne identični, u dovoljnoj mjeri harmonizovani da se može govoriti o jedinstvenom modelu. U skladu sa tim je i shvatanje po kome je evropski socijalni model koncept kojim se, putem definisanja jedne posebne politike, može obezbijediti zajedničko evropsko rješenje za one probleme koji su zajednički, iako do različitog stepena.¹⁹

U teoriji se ovaj tip socijalne politike označava kao *neovoluntarizam*, što znači da nastoji da učini što više uz minimalne izmjene nacionalnih javnih politika.²⁰ Evropskom socijalnom zakonodavstvu zamjera se i to što u osnovi predstavlja ponovno regulisanje onoga što već postoji u državama članicama, te se navodi da jedina oblast socijalnog prava u kojoj je EU postigla veći napredak od država članica jesu jednakost i nediskriminacija.²¹ Ističe se da EU nema direktne redistributivne kapacitete kao država blagostanja, već da insistira na socijalnom kompromisu na nivou Evrope, što za posljedicu ima pritisak na države članice sa jakim standardima rada i države članice sa niskim standardima rada.²² Kao negativno ističe se i to što širenje i promovisanje uniformnih društvenih vrijednosti poništava nacionalne specifičnosti, a to između ostalog znači i posredno ugrožavanje

¹⁶ Evropsko radno pravo karakteriše partikularnost, jer se evropski radni standardi ne odnose na sva područja individualnog i kolektivnog radnog prava. Partikularnost se ogleda i u relativnoj neujednačenosti regulisanja određenih područja individualnog i kolektivnog radnog prava. B. Lubarda, *op. cit.*, str. 23–24.

¹⁷ S. Hiks, *op. cit.*, str. 244–247.

¹⁸ Ovo je razlog zbog kog postoji različit stepen transponovanja i primjene evropskih standarda u nacionalnim sistemima. S. Hiks, *op. cit.*, str. 248.

¹⁹ D. M. Radulović, S. Radulović, *op. cit.*, str. 9.

²⁰ S. Hiks, *op. cit.*, str. 249.

²¹ *Ibid.*, str. 48.

²² *Ibid.*, str. 249.

države blagostanja, jer se afirmiše jedan koncept socijalno-političkog djelovanja, i to liberalni.²³ Sve ove tvrdnje, međutim, iako istinite ne opovrgavaju tezu o tome da je evropsko radno zakonodavstvo u velikoj mjeri harmonizovano i da je time ustanovljen jedinstven model na nivou EU.

Važan elemenat evropskog socijalnog modela je i socijalni dijalog, kao poseban oblik djelovanja u oblasti socijalne politike. Uloga socijalnog dijaloga vremenom je postala veoma značajna, jer je neophodno učešće evropskih socijalnih partnera u donošenju akata iz oblasti socijalne politike, pa se o njemu danas govori kao o glavnoj snazi, odnosno glavnom pokretaču ekonomskih i socijalnih reformi.²⁴ U skladu sa tim, socijalni dijalog i evropski kolektivni ugovori mogu postati snažan integracioni faktor u oblasti socijalne politike.

Međutim, socijalno zakonodavstvo na evropskom nivou je daleko od tradicionalne socijalne politike blagostanja,²⁵ kada je u pitanju oblast socijalne zaštite i socijalnog osiguranja, budući da države članice karakteriše naglašena šarenolikost u pogledu penzijsko-invalidskog osiguranja, osiguranja od nezaposlenosti, zdravstvenog osiguranja, zdravstvene zaštite, socijalne zaštite, obrazovanja i stanovanja, te da su zastupljne pojedine varijante sva tri modela iz *Esping–Andersenove* klasifikacije sistema socijalne sigurnosti.²⁶ Premda nijedan od ovih modela (*liberalni, korporativni i socijaldemokratski*) države članice ne primjenjuju u svom čistom obliku i premda je njihova primjena pretrpjela brojne izmjene usljed reformi socijalnog zakonodavstva, oni se i dalje uzimaju kao najubjedljiviji argument nepostojanja jedinstvenog evropskog socijalnog modela, odnosno pluralizma evropskih socijalnih modela.²⁷ Tako, prema nekim autorima ne postoji nešto poznato kao evropski socijalni model, već umjesto ovog modela postoje posebni nacionalni modeli koji se mnogo razlikuju u programima, pokrivenosti i velikodušnosti i koji slično izgledaju samo kada se uporede sa američkim.²⁸ U ovoj oblasti, dakle, ne radi se o integraciji, već o koordinaciji nacionalnih sistema socijalne sigurnosti.²⁹ Treba, međutim, imati na umu da socijalno-politička praksa u Evropi ima dugu tradiciju, da je zasnovana na konceptu države blagostanja, te da svi sistemi javnog osiguranja pokrivaju osnovne socijalne rizike, sa elementima preraspodjele i solidarnosti.³⁰ Osim toga, u ovoj oblasti značajnu ulogu igra metod otvorene koordinacije koji, iako limitiran u pogledu rezultata koje može postići, ipak u značajnoj mjeri utiče na razmjenu iskustava i informacija među državama

²³ N. Perišić, *Evropski socijalni modeli*, *Socijalna misao*, 1/2008, str. 114.

²⁴ E. Hasanagić, *Uspostavljanje evropskog socijalnog modela*, *Sui generis*, br. 6, 2019, str. 96.

²⁵ S. Hiks, *op. cit.*, str. 247.

²⁶ E. Hasanagić, *op. cit.*, str. 89.

²⁷ N. Perišić, *op. cit.*, str. 114.

²⁸ E. Hasanagić, *op. cit.*, str. 97.

²⁹ D. M. Radulović, S. Radulović, *op. cit.*, str. 10.

³⁰ D. Vuković, *op. cit.*, str. 36.

članicama, a što u krajnjem može dovesti i do spontane harmonizacije u ovoj oblasti socijalne politike.

Odgovor na pitanje da li evropski socijalni model postoji, zavisi i od *udaljenosti* sa koje se ovaj model posmatra. Bliži pogled na evropske države upućuje nas na zaključak da ne postoji jedan jedinstven socijalni model, već više različitih modela koji uporedo koegzistiraju i djelimično se preklapaju.³¹ Međutim, kako se mjesto posmatranja udaljava, tako sve više postaje jasno da postoje brojne specifičnosti evropske socijalne politike koje je čine jedinstvenom, i zahvaljujući kojima možemo govoriti o postojanju evropskog socijalnog modela. Ovo se zapravo tiče njene osobenosti u odnosu na politike koje postoje u drugim djelovima svijeta, budući da su sve evropske države po svom karakteru pretežno države blagostanja. U poređenju sa drugim zemljama i regionima, socijalnu politiku država članica EU karakterišu visoki izdaci socijalne zaštite, utemeljeni na principu solidarnosti, jednakosti i socijalne kohezije, koji nijesu samo temelj, već i duša Evropske unije.³² Upravo je i termin *evropski socijalni model* uveden u upotrebu 80-ih godina prošlog vijeka (od strane Žak Delora, predsjednika Evropske komisije) da bi se označila alternativa američkom, liberalno koncipiranom i deregulisanom tržišnom kapitalizmu.³³ Američki model je i antiteza državnoj intervenciji, a njegova osnovna obilježja su visoka produktivnost, otvaranje radnih mjesta, ali i izrazita nejednakosti u prihodima i društvene nejednakosti.³⁴ I zaista, razlike su očigledne, pa tako, primjera radi, prosječan Amerikanac, za razliku od Evropljanina, radi duže, nema garantovano pravo na godišnji odmor i ne uživa zaštitu od otkaza ugovora o radu, dok na drugoj strani evropske države troše pet puta više od američkih na davanja za slučaj nezaposlenosti i različite programe zapošljavanja.

Teorija o udaljenosti sa koje se posmatra evropska socijalna politika poslužila je kao argument za tvrdnju da Evropu čeka dug put prije nego što bude moguće govoriti o jednom evropskom socijalnom modelu.³⁵ Međutim, u pitanju je pristup koji polazi od toga da ovaj model treba da čini krut sistem normi i koji ističe razlike među socijalnim politikama država članica, ne uzimajući pritom u obzir sistem zajedničkih vrijednosti država članica u domenu socijalne politike, te brojne sličnosti koje među njima postoje.

³¹ B. Ebbinghaus, Does a European Social Model Exist and Can it Survive?, u: G. Huemer, F. Traxler, M. Mesch, ur., *The Role of Employer Associations and Labour Unions in the EMU*, 1999, str. 7.

³² *The European Social model in Crisis -Is Europe Losing Its Soul?* International Labour Organization, Geneva, 2015.

³³ D. M. Radulović, S. Radulović, *op. cit.*, str. 7.

³⁴ Socijalna uključenost i socijalna kohezija termini su koji nemaju nikakvo značenje u Sjedinjenim Američkim Državama. D. Dinan, *Sve bliža unija — uvod u evropsku integraciju*, str. 425.

³⁵ B. Ebbinghaus, *op. cit.*, str. 28.

3. *Evropski socijalni model — slojevitost i partikularnost*

Budući da socijalna politika ne spada u isključivu nadležnost Evropske unije, uspostavljanje jedinstvenog evropskog socijalnog modela otežavaju brojni faktori vezani sa tradiciju, kulturu, demografiju i veličinu BDP-a.³⁶ No, ukoliko se prihvati ideja o tome da evropski socijalni model ne predstavlja nadnacionalnu tvorevinu koja se gradi isključivo normativnim putem, već da je u pitanju prije svega sistem vrijednosti, onda bi se iz raspoložive argumentacije mogao izvesti zaključak o tome da jedan ovakav model ipak postoji, uz sva ograničenja koja se tiču njegove slojevitosti i partikularnosti. U pitanju je model koji se zasniva na osnovnim socijalnim vrijednostima, koji je u procesu izgradnje i koji se dominantno oslanja na tzv. meko pravo. U sadržinskom smislu, evropski socijalni model dominantno podrazumijeva oblast radnog prava i zapošljavanja, ali i socijalnu sigurnost i socijalnu inkluziju.

Uprkos izraženim razlikama među socijalnim politikama država članica Unije, postoji dakle dovoljno razloga da se brani teza o postojanju evropskog socijalnog modela. Ne treba ga, međutim, shvatiti kao krut model, već kao svojevrstan sistem vrijednosti i normi koji se značajnije razvija od 80-ih godina prošlog vijeka.³⁷ U njegovom središtu nalazi se ideja o tome da treba pronaći ravnotežu između ekonomskih rezultata i socijalnog napretka.³⁸ U pitanju je zajednička vizija evropskih država o društvu koje nudi punu zaposlenost, kvalitetna radna mjesta, jednake mogućnosti, socijalnu zaštitu za sve, socijalnu inkluziju i socijalni dijalog. Suštinski, socijalne politike država članica nijesu iste, ali imaju iste ciljeve, što omogućava izgradnju zajedničkog modela. Ipak, ovaj model nema isti značaj za sve države članice EU, za zemlje sa nižim standardima rada on je poput ideala, dok je, pak, iznevjerio očekivanja onih sa tradicionalno visokim standardima rada.

Premda ne postoji jedinstvena definicija evropskog socijalnog modela, može se reći da je u pitanju kompleksan sistem vrijednosti, mjera i propisa, kojima se unificiraju karakteristike socijalne politike država članica Evropske unije.³⁹ Filozofija izgradnje ovog modela zasniva se na nužnim socijalnim korekcijama funkcionisanja tržišne ekonomije, u uslovima vladavine prava, a što treba da vodi afirmaciji osnovnih socijalnih prava.⁴⁰ Baziran je na činjenici da socijalna pravda može da doprinese ekonomskom razvoju i efikasnosti.⁴¹

³⁶ E. Hasanagić, *op. cit.*, str. 96.

³⁷ *Ibid.*, str. 97.

³⁸ B. B. Božović, Sjever i jug evropskog radnog i socijalnog sudstva, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2015, str. 2026.

³⁹ T. Kalamatiev, A. Ristovski, *op. cit.*, str. 109.

⁴⁰ B. B. Božović, *op. cit.*, str. 2026.

⁴¹ G. Gasmı, J. Protić, European Social Model and Non-Standard Forms of Work, *Foreign legal life*, 4/2017, str. 43.

Teza o socijalnoj divergenciji među evropskim državama, uprkos određenim zajedničkim politikama, može se opovrgnuti činjenicom da je u pitanju model koji je vrlo slojevit, iznijansirani brojnim različitostima, ali model koji u prvi plan stavlja ideju o tome da su ekonomski i socijalni progres neodvojivi,⁴² te da Evropa osim ekonomskog ima i svoj socijalni identitet.⁴³ Treba, međutim, imati na umu da socijalnu politiku istovremeno karakteriše i proces konvergencije, budući da je prisutno sve veće približavanje socijalnih standarda država članica, a nakon donošenja Lisabonskog ugovora proširuje se i obim regulisanja socijalne politike. Načinjen je značajan korak u pogledu utvrđivanja nadležnosti EU u oblasti socijalnih pitanja, jer je socijalna politika svrstana u oblast u kojoj Unija ima podijeljenu nadležnost sa državama članicama.⁴⁴ Ovim ugovorom je institucionalizovan i metod koordinacije nacionalnih sistema socijalne sigurnosti, kojim je uvedena mogućnost da Evropska komisija preduzima inicijative kojima se podstiče saradnja u oblastima socijalne politike. U pitanju je metod širenja najbolje prakse sa ciljem približavanja država članica postavljenim ciljevima, uz poštovanje nacionalnih specifičnosti.⁴⁵

Obaveza države kandidata da u procesu EU integracija ispunio uslove i u pogledu socijalne politike, te da svoje zakonodavstvo uskladi sa evropskim socijalnim zakonodavstvom možda je i najočigledniji dokaz postojanja jedinstvenog modela koji moraju prihvatiti sve države koje žele pristupiti Evropskoj uniji. Upravo je evropski socijalni model podsticaj stanovnicima drugih država da se uključe u proces evropskih integracija.⁴⁶ Moglo bi se reći da integracioni procesi sve više dobijaju socijalno lice,⁴⁷ te da *Poglavlje 19 — Socijalna politika i zapošljavanje* može predstavljati izazov za državu kandidata u procesu usaglašavanja sa standardima EU. Međutim, dalje održavanje postojećeg nivoa evropskog socijalnog zakonodavstva i dalja izgradnja evropskog socijalnog modela predstavljaju izazov i za razvijene evropske zemlje.

4. Izazovi evropskog socijalnog modela

Premda unutar Unije postoji značajna asimetrija između politika koje promovišu efikasnost tržišta na jednoj, i onih koje promovišu socijalnu zaštitu i jednakost⁴⁸ na drugoj strani, ne može se osporiti da je

⁴² *Ibid.*

⁴³ Ističe se, međutim, da za razliku od ekonomskom, socijalni identitet nema svoje tvrdo jezgro. E. Hasanagić, *op. cit.*, str. 97.

⁴⁴ I. Sekulović, *op. cit.*, str. 104.

⁴⁵ D. Pieters, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Interesentia, 2002, str. v.

⁴⁶ D. M. Radulović, S. Radulović, *op. cit.*, str. 6.

⁴⁷ E. Hasanagić, *op. cit.*, str. 97.

⁴⁸ F. W. Scharpf, *The European Social Model: Coping with the Challenge of Diversity*, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, br. 4, 2002, str. 645.

socijalna politika u centru interesovanja EU, da je od velikog značaja za buduće članice ove zajednice, te da je prešla dug put od vremena kada je zauzimala marginalnu poziciju,⁴⁹ do danas kada, uslovno rečeno, možemo govoriti o postojanju evropskog socijalnog modela uz sva njegova ograničenja i osobenosti. Čini se, stoga, ispravnije postaviti pitanje kakav je evropski socijalni model, nego da li on zaista postoji. U pitanju je vrlo fluidan sistem mekog i tvrdog prava koji se konstantno mijenja i koji je osjetljiv na sve druge ekonomske, socijalne, političke i demografske promjene. Posljednje godine pokazale su da je ovaj sistem osjetljiv i na zdravstvene i bezbjednosne izazove, pa zato nije lako dati opštu ocjenu evropskog socijalnog modela. Tradicionalno najveći izazov je njegovo finansiranje i njegova zavisnost od ekonomskog rasta i prosperiteta, zbog čega se smatra da Evropa previše troši na socijalnu politiku i da nema drugog izbora do smanjivanje troškova po ovom osnovu.⁵⁰ Ovo posebno imajući u vidu da je preduslov države blagostanja finansijska stabilnost zemlje,⁵¹ zbog čega svaka ekonomska kriza snažno potresa evropski socijalni model. Tako je i nakon 2008. godine u gotovo svim evropskim zemljama došlo do reforme radnog prava i njegove fleksibilizacije, smanjivanja zarada u javnom sektoru, smanjivanja nadoknada za nezaposlene i drugih beneficija.⁵²

Istina je, dakle, da su socijalni modeli i ekonomski rezultati međusobno uslovljeni, te da ni jedinstvenog evropskog socijalnog modela ne može biti bez dobrih ekonomskih performansi Evrope. Upravo zbog toga teško je predvidjeti kakva je dalja sudbina evropskog socijalnog modela, može li odoljeti brojnim izazovima, te kojom dinamikom će se nastaviti proces njegove izgradnje. Ovo posebno imajući u vidu da globalizacija zaoštrava konkurenciju na globalnom tržištu, što evropske države stavlja u iskušenje da napuste postojeće socijalne sisteme koji sada predstavljaju luksuz. Međutim, izazov obezbjeđivanja njegove održivosti i širenja kompetencija Unije u oblasti socijalne politike, predstavlja istovremeno i nužnost.⁵³ Pitanje evropskog socijalnog modela danas je prioritetno upravo zato što treba da omogućiti dalju integraciju Evrope na bazi socijalne kohezije, imajući u vidu da je i Evropi potrebno da proširi granice u kojima se može vršiti mobilnost radnika.⁵⁴ Budući da socijalne politike i socijalni modeli nijesu konstantna kategorija, već su podložni stalnim transformacijama i prilagođavanjima drugim društvenim okolnostima, te da

⁴⁹ E. Hasanagić, *op. cit.*, str. 90.

⁵⁰ G. Gasmí, J. Protić, *op. cit.*, str. 42, 46.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Na primjer, u Bugarskoj, Grčkoj i Portugalu zarade i penzije su znatno oslabljene, u Grčkoj je broj radnika u javnom sektoru smanjen za više od 20%, dok je u Njemačkoj više od deset hiljada radnih mjesta u javnom sektoru zatvoreno. G. Gasmí, J. Protić, *op. cit.*, str. 51.

⁵³ N. Perišić, *op. cit.*, str. 120.

⁵⁴ S. Redžepagić, *European Social Model vs Directive Bolkestein*, *Panaeconomicus*, 2006, br. 1, str. 67.

je socijalna politika u svakom društvu u procesu stalne izgradnje,⁵⁵ može se pretpostaviti da će se socijalna dimenzija EU i dalje razvijati, uprkos otporu onih koji socijalnu politiku vide kao posljednju odbranu nacionalnih suvereniteta, a sve češće i kao platformu političkih i izbornih događaja.⁵⁶

Zaključak

U vezi sa evropskim socijalnim modelom vode se brojne debate o tome da li jedan ovakav model uopšte postoji, a zatim, ako postoji, kako se definiše i šta čini njegovu sadržinu. Sporovi oko evropskog socijalnog modela ne čude uzme li se u obzir veoma šarenolika slika evropskih država u pogledu njihovih socijalnih politika. Razlozi za nesuglasice proizilaze i iz turbulentnog istorijskog razvoja socijalnih prava unutar Unije, te činjenice da su prvobitni motivi njenog osnivanja dominantno bili vezani za stvaranje jedinstvenog tržišta robe, kapitala i usluga. U međuvremenu je, međutim, postalo jasno da funkcionisanje zajedničkog tržišta ne rješava probleme u socijalnom domenu i da razlike u socijalnim politikama država članica mogu biti ograničavajući faktor u integracionom procesu. Socijalnom politikom na nivou EU danas se upravlja kombinacijom tzv. mekog i tvrdog prava, a supsidijarnost je osnovno načelo u pogledu nadležnosti institucija EU u domenu socijalne politike.

Ukoliko se prihvati ideja o tome da evropski socijalni model ne predstavlja nadnacionalnu tvorevinu koja se gradi isključivo normativnim putem, već da je u pitanju prije svega sistem vrijednosti, onda bi se mogao izvesti zaključak o tome da jedan ovakav model ipak postoji, uz sva ograničenja koja se tiču njegove slojevitosti i partikularnosti. U pitanju je, dakle, zajednička vizija evropskih država o društvu koje nudi punu zaposlenost, kvalitetna radna mjesta, jednake mogućnosti, socijalnu zaštitu za sve, socijalnu inkluziju i socijalni dijalog.

Evropski socijalni model predstavlja vrlo fluidan sistem normi i vrijednosti koji se konstantno mijenja i koji je osjetljiv na druge ekonomske, socijalne, političke i demografske promjene. Tradicionalno najveći izazov je njegovo finansiranje i njegova zavisnost od ekonomskog rasta i prosperiteta. Upravo zbog toga teško je predvidjeti kakva je dalja sudbina evropskog socijalnog modela, može li odoljeti brojnim izazovima, te kojom dinamikom će se nastaviti proces njegove izgradnje. Može se, međutim, pretpostaviti da će se socijalna dimenzija EU i dalje razvijati, uprkos otporu onih koji socijalnu politiku vide kao posljednju odbranu nacionalnog suvereniteta.

⁵⁵ E. Hasanagić, *op. cit.*, str. 90.

⁵⁶ N. Perišić, *op. cit.*, str. 118.

Literatura

1. Blanpain, R., *European Labour Law*, Wolters Kluwer, 2012.
2. Božović, B. B., Sjever i jug evropskog radnog i socijalnog sudstva, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2015.
3. Dinan, D., *Sve bliža unija — uvod u evropsku integraciju*, prev. M. Lazarević, I. Radić, V. Ateljević, JP Službeni glasnik, 2009.
4. Dinan, D., *Mijenjanje Evrope — istorija Evropske unije*, prev. T. Mišćević, D. Ignjatović, JP Službeni glasnik, Beograd, 2010.
5. Ebbinghaus, B., Does a European Social Model Exist and Can it Survive?, u: G. Huemer, F. Traxler, M. Mesch, ur., *The Role of Employer Associations and Labour Unions in the EMU*, 1999.
6. Gasmi, G., Protić, J., European Social Model and Non-Standard Forms of Work, *Foreign legal life*, 4/2017.
7. Hasanagić, E., Uspostavljanje evropskog socijalnog modela, *Sui generis*, br. 6, 2019.
8. Hiks, S., *Politički sistem Evropske unije*, prev. I. Radić, M. Mihajlović, V. Ateljević, V. Medak, JP Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 247–249.
9. *The European Social model in Crisis — Is Europe losing its soul?* International Labour Organization, Ženeva, 2015.
10. Kalamatiev, T., Ristovski, A., Implementacija evropskog socijalnog modela u radno zakonodavstvo republike Makedonije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LIII, 68, 2014.
11. Košutić, B., *Osnovi prava Evropske unije*, CID, Podgorica, 2014.
12. Lubarda, B., *Evropsko radno pravo*, CID, 2004.
13. Perišić, N., Evropski socijalni modeli, *Socijalna misao*, 1/2008.
14. Pieters, D., *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Interesentia, 2002.
15. Radulović, D. M., Radulović, S., Socijalne vrijednosti kao zajedničke vrijednosti Evropske unije, *Administracija i javne politike*, IV, br. 3/2018.
16. Redžepagić, S., European Social Model vs Directive Bolkestein, *Panaeconomicus*, 2006, br. 1.
17. Sekulović, I., Socijalni aspekti Ugovora iz Lisabona, u: T. Mišćević, ur., *Ugovor iz Lisabona — sigurna luka ili početak novog putovanja*, Službeni glasnik, Beograd, 2010.
18. Scharpf, F. W., The European Social Model: Coping with the Challenge of Diversity, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, br. 4, 2002.
19. Vuković, D., *Socijalna sigurnost*, Univerzitet u Beogradu, Fakultet političkih nauka, 2009.

Milica Kovač Orlandić, PhD

EUROPEAN SOCIAL MODEL — MYTH OR REALITY

The paper discusses different understandings of the European social model, its layering and particularity, but also the indisputable fact that the European Union has come a long way in terms of social policy and that it has its own social dimension. The paper starts with a brief history of European social policy, and provides arguments that confirm, but also refute the thesis of the existence of a unique European social model. The author analyses the basic characteristics of the European social model as a supranational model which is still in the process of development and is largely based

on the soft law and an open method of coordination. However, the paper emphasizes understanding this model as a complex system of values that grows out of the idea that economic and social progress are inseparable, and that European countries share common values in the field of social policy. The European social model is, therefore, perceived as a common vision of European countries for a society that offers full employment, quality jobs, equal opportunities, social protection for all, social inclusion, and social dialogue. This model as a system of values and norms must also be accepted by the candidate countries in the integration process when they want to access the EU. The paper also raises the question of what the future fate of the European social model is and how likely its further development is, bearing in mind the challenges that the Union is facing, and the resistance of those who see the social policy as the last form of defence of national sovereignty.

Key words: social models, European social policy, European social legislation

Osvrt na presudu Vrhovnog suda Crne Gore Uvp broj 415/2017 od 19. oktobra 2017. godine

U ovom radu autor analizira pitanja kojima se bavi Vrhovni sud Crne Gore u svojoj do sada jedinjoj odluci koja se tiče zabrane zloupotrebe dominantnog položaja. Odlukom su postavljeni temelji za sprovođenje kontrole cena na tržištu vodosnabdevanja. Organi nadležni za zaštitu konkurencije moraju, međutim, u svojoj budućoj praksi pažljivije da uzimaju u obzir osobenosti konkretnog tržišta i sam cilj prava konkurencije. Osim toga, treba razmotriti određene izmene i dopune Zakona o Zaštiti konkurencije u vidu preciziranja zakonske zabrane zloupotrebe dominantnog položaja i preciziranja pravnog osnova da Agencija za zaštitu konkurencije pod određenim uslovima javno objavljuje svoje sektorske analize.

Ključne reči: Vrhovni sud Crne Gore, zabrana zloupotrebe dominantnog položaja, kontrola cena, tržište vodosnabdevanja

Uvod

Prva i do sada jedina presuda Vrhovnog suda o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja tiče se kontrole cena u sektoru vodosnabdevanja. Cilj rada je analiza problema koje je sud ovom presudom rešio, odnosno propustio da reši, kao i analiza značaja ove presude za razvoj celokupne prakse prava konkurencije u Crnoj Gori. U skladu sa obavezama koje je Crna Gora preuzela u postupku pridruživanja Evropskoj uniji (u daljem tekstu EU), analiza je vršena uz osvrt na principe i praksu prava konkurencije EU i nacionalnih propisa prava konkurencije Nemačke kao države članice EU sa skoro vekovnom tradicijom u ovoj oblasti.

Osvrt počinje kratkim opisom predmeta spora i toka postupka, a nastavlja se komentarom bitnih pitanja u vezi kontrole cena na tržištu vodosnabdevanja sa aspekta zabrane zloupotrebe dominantnog položaja.

1. Predmet spora i tok postupka

Navedenom presudom odlučeno je o zahtevu za ispitivanje sudske odluke koji je DOO „Vodovod i kanalizacija” Budva (u daljem tekstu ViK Budva) podneo protiv presude Upravnog suda Crne Gore

^{*} Master pravnih nauka, doktorand na Fakultetu za pravne i državne nauke Univerziteta u Bonu, LL. M (Bonn), *e-mail:* brudarp@gmail.com.

od 18. 07. 2017. godine zbog povrede materijalnog prava i povrede pravila postupka u upravnom sporu u kojem se odlučivalo o zakonitosti rešenja Agencije za zaštitu konkurencije (u daljem tekstu Agencija) od 24. 03. 2016. godine.

Agencija je naime utvrdila da je ViK Budva izvršio zloupotrebu dominantnog položaja iz člana 15 stav 2 tačka 1 i 4 Zakona o zaštiti konkurencije¹ (u daljem tekstu ZZK) tako što je nametnuo neopravdano visoku cenu usluge vodosnabdevanja.² ViK Budva je potom podneo tužbu Upravnom sudu radi pobijanja rešenja Agencije. Upravni sud je, međutim, našao da je tužba neosnovana, odbio je i time potvrdio zakonitost osporenog rešenja.³ Nakon toga ViK Budva podnosi protiv presude Upravnog suda zahtev za ispitivanje sudske odluke Vrhovnom sudu, kao poslednjoj instanci. Vrhovni sud odbija zahtev kao neosnovan i time potvrđuje presudu Upravnog suda, a posredno i rešenje Agencije.⁴ Nakon donošenja presude Vrhovnog suda, ViK Budva je u prekršajnom postupku osuđen na novčanu kaznu.⁵ Kako je pak fokus osvrta na upravnopravnoj zaštiti konkurencije od zloupotrebe dominantnog položaja, prekršajnopravne posledice zloupotrebe nisu razmatrane.

2. Relevantno tržište i dominantan položaj

Primena zabrane zloupotrebe dominantnog položaja počinje određivanjem relevantnog tržišta. Primenjujući kriterijum funkcionalne zamenjivosti proizvoda sa aspekta potrošača Agencija je kao relevantno tržište proizvoda odredila tržište pružanja usluga vodosnabdevanja. Kao relevantno geografsko tržište definisala je teritoriju Opštine Budva.

Karakteristika tržišta vodosnabdevanja su visoki fiksni i investicioni troškovi.⁶ Izgradnja vodovoda je uslovljena konfiguracijom terena, a neophodno je da vodoizvorište bude u blizini postrojenja za preradu vode i vodovodne mreže. Za razliku od gasa i električne energije voda se ne može kompresovati niti staviti pod visoki napon, te je njen transport izuzetno skup. Osim toga, mešanje pijaće vode iz različitih izvorišta može narušiti njena biološka svojstva pa

¹ Zakon o zaštiti konkurencije — „Službeni list CG” br. 44/2012 i 13/2018, 145/2021.

² Agencija za zaštitu konkurencije, Rješenje od 24. 03. 2016. godine stav II — *DOO Vodovod i kanalizacija Budva*.

³ Upravni sud Crne Gore, Presuda U. br. 1097/16 od 18. 07. 2017. godine, dispozitiv.

⁴ Vrhovni sud Crne Gore, Presuda Uvp. br. 415/2017 od 19. 10. 2017. godine, dispozitiv.

⁵ Agencija za zaštitu konkurencije, Izveštaj o radu za 2018. godinu, Pogdorica, maj 2019. godine, str. 81.

⁶ M. Oelmann, C. Czich, R. Beele, „Der Einfluss lokaler Gegebenheiten auf die Gestaltung von Wasser-Tarifmodellen, Ein Blick ins Ausland”, *Netzwirtschaft und Recht (N&R)* 2016, str. 104.

nije moguće umrežavanje različitih vodovodnih sistema u regionalnu vodovodnu mrežu.⁷ Tržište vodosnabdevanja predstavlja, dakle, jedan zatvoren sistem, gde usled visokih troškova isto preduzeće vrši preradu, skladištenja i distribuciju vode. Preduzeća ne mogu međusobno da pristupe tuđem sistemu vodosnabdevanja i da ga koriste za distribuciju svoje vode. Otuda tržište vodosnabdevanja ima monopolsku strukturu.⁸

Konkretno, na području Opštine Budva postoji zakonski monopol na tržištu vodosnabdevanja. Opština Budva koja je u skladu sa zakonom nadležna da samostalno organizuje i pruža komunalne usluga na svojoj teritoriji poverila je članom 4 Odluke o javnom vodosnabdijevanju na području Opštine Budva⁹ (u daljem tekstu Odluka) ViK Budvi vršenje usluge vodosnabdevanja. Sledi da ne samo faktički već i pravno nije moguće da neko drugo preduzeće pruža usluge vodosnabdevanja na području opštine kao i da ViK Budva ima dominantan položaj od 100% udela na tržištu.

3. Personalna primena zabrane zloupotrebe dominantnog položaja

Glavni argument kojim ViK Budva osporava prvo zakonitost rešenja, a potom i presude jeste da se na njega ne primenjuje ZZK jer cenu vode formira uz saglasnost opštine.¹⁰

Upravni i Vrhovni sud odbili su ovaj argument pozivajući se na član 3 stav 1 tačka 3 i član 5 stav 1 ZZK koji propisuju da se pravo konkurencije primenjuje na preduzeća koja obavljaju delatnosti od javnog interesa kao i na opštine i druge državne organe kada obavljaju privrednu delatnost.

Privredna delatnost pretpostavlja postojanje tržišta. Što znači da bi trebalo ispitati da li postoji tražnja za vodosnabdevanjem na strani pružalaca usluga. Mada to u Crnoj Gori još uvek nije slučaj, postoje zemlje gde je vodosnabdevanje privatizovano.¹¹ Sledi da je vo-

⁷ B. Wolfers, B. Wollenschläger, „Rechtliche, betriebswirtschaftliche und technische Grundlagen der kartellrechtlichen Wasserpreiskontrolle”, *Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ)* 2013, str. 71.

⁸ A. Bangard, M. Parulova, „Methodik der Wasserpreiskontrolle durch das BKartA”, *EnWZ* 2012, str. 24.

⁹ Odluka o javnom vodosnabdijevanju na području Opštine Budva — „Službeni list Opštine Budva” broj 07/2014.

¹⁰ Iz obrazloženja presude Upravnog suda CG U. br. 1097/16 od 18. 07. 2017. godine preuzeto i u obrazloženju presude Vrhovnog suda CG Uvp. br. 415/2017 od 19. 10. 2017. godine.

¹¹ U Engleskoj je vodosnabdevanje potpuno privatizovano. C. van den Berg, „Water Privatization and Regulation in England and Wales”, *World Bank Group*, note no. 115, May 1997, str. 1. U Nemačkoj su većina preduzeća za vodosnabdevanje privatne kompanije, ali najveća preduzeća, koja vrše vodosnabdevanje u većim gradovima su i dalje u vlasništvu lokalne samouprave. *Vide* A. Bangard,

dosnabdevanje privredna delatnost.¹² Ono takvo svojstvo ne gubi ni kada je jedno preduzeće ekskluzivno ovlašćeno da vrši vodospobdevanje na određenom prostoru jer i zakonski monopol potpada pod kontrolu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja.¹³

Saglasnost koju opština daje na cene vode ne oslobađa cenu od kontrole u smislu pravila zabrane zloupotrebe dominantnog položaja, jer opština nije ovlašćena, niti poseduje kapacitete da primenjuje zabranu zloupotrebe i ispituje cenu u tom smislu.¹⁴ Saglasnost bi se eventualno mogla ceniti kao jedan od dokaza u prilog tome da je cena u skladu sa zakonom.¹⁵

Zaključak je, dakle, da je Vrhovni sud ispravno potvrdio da ViK Budva potpada pod personalnu primenu ZZK.

4. Vezani poslovi

Dosadašnja analiza pokazuje da nije sporno ono što je Upravni sud utvrdio, a sa čime se Vrhovni sud složio. Postavlja se ipak pitanje da li su neki problemi zanemareni.

Članom 34 stav 1 Zakona o upravnom sporu¹⁶ propisano je da Upravni sud zakonitost osporenog akta ispituje u granicama tužbenog zahteva, ali da pritom nije vezan razlozima tužbe. Prema tome kada ViK Budva tužbom zahteva poništaj rešenja Agencije, navodeći kao razlog pogrešnu primenu materijalnog prava zbog toga što preduzeće nije subjekt prava konkurencije, Upravni sud je dužan da pored personalne primene ZZK ispita i druge razloge koji utiču na zakonitost rešenja. Rešenje mora biti objektivno zakonito, nevezano od razloga navedenih u tužbi.¹⁷

U skladu sa tim Upravni sud je morao da ispita da li je prilikom kvalifikacije zloupotrebe pravilno primenjen ZZK. Agencija je našla da je ViK Budva „neposredno nametnuo neopravdano visoku cijenenu usluge putem direktnog utvrđivanja posebne mjesečne naknade za održavanje i očitavanje vodomjera u neprimjereno visokom iznosu od 8,092 EUR, a koja je obaveza plaćanja u ovom iznosu uslovljena kao dodatna obaveza koja po svojoj prirodi i svrsi nije u vezi sa predmetom

M. Parulova, „Methodik der Wasserpreiskontrolle durch das BKartA“, *EnWZ* 2012, str. 24.

¹² Cf. K. Schmidt, T. Weck, „Kartellrechtliche Effizienzkontrolle kommunaler Gebühren nach der 8. GWB — Novelle — ein Schlag ins Wasser?“, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart)* 2013, str. 345.

¹³ EuGH, U. v. 23. 04. 1991, Rs. C -41/90, Slg. 1991, I-2010, Rn. 21 — *Höfner und Elser*.

¹⁴ Vrhovni sud Crne Gore, Presuda Uvp. br. 415/2017 od 19. 10. 2017. godine, iz obrazloženja. Sličnog stava je i Nemački savezni sud. *Vide* BGH, U. v. 10. 2. 2004, WuW/E DE-R, str. 1256 — *Verbindung von Telefonnetzen*.

¹⁵ BGH, U. v. 15. 5. 2012 WuW/E DE-R, str. 3625 — *Stromnetznutzungsentgelt*.

¹⁶ Zakon o upravnom sporu — „Službeni list CG” br. 54/2016.

¹⁷ S. Ivanović, *Primjena Zakona o opštem upravnom postupku i Zakona o upravnom sporu*, Podgorica 2008, str. 591.

*usluge.*¹⁸ i ovu radnju kvalifikovala kao zloupotrebu iz člana 15 stav 2 tačka 1 (nametanje neopravdanih cena) i zloupotrebu iz člana 15 stav 2 tačka 4 (vezani poslovi) ZZK.

4.1. Sticaj tačke 1 i tačke 4 člana 5 stav 2 ZZK

Prema shvatanju Agencije postoji, dakle, sticaj radnji zloupotrebe. ViK Budva je iskoristio svoj dominantan položaj na tržištu vodosnabdevanja da nametne kupcima dodatnu uslugu očitavanja vodomera koja nije po prirodi vezana za vodosnabdevanje i uz to cenu dodatne usluge odredio kao neopravdanu.

Problem sticaja radnji zloupotrebe nema veći značaj u pravu konkurencije EU jer se zabranom zloupotrebe štiti jedan zaštitni objekt. Prema važećim teorijskim shvatanjima to je zaštita konkurencije kao takve.¹⁹ Propisane radnje zloupotrebe su samo primeri, prepoznati u cilju lakšeg dokazivanja kao tipični slučajevi zloupotrebe. Zloupotreba može postojati i mimo tih slučajeva.

Agencija, sa druge strane, često navodi da je zloupotreba ostvarena preduzimanjem više radnji, čime otvara pitanja sticaja.²⁰ Razlog za takvu praksu može biti nepreciznost u članu 15 ZZK koji za razliku od svog uzora — člana 102 Ugovora o funkcionisanju EU²¹ — ne govori izričito da se zloupotreba može sastojati „*naročito*” od jedne od četiri predviđene radnje, čime karakter tipičnih slučajeva zloupotrebe ostaje nedorečen.

Konkretno u slučaju vodosnabdevanja, ako je utvrđeno da je pružanje osnovne usluge vodosnabdevanja uslovljeno nametanjem dodatne obaveze održavanja vodomera, time je dokazano postojanje zloupotrebe. Pritom je cena dodatne usluge irelevantna za postojanje zloupotrebe. Naime kada je kupac prinuđen da kupi dodatnu uslugu, koju da postoji efektivna konkurencija ne bi kupio, cena te usluge je sama po sebi neopravdana. Prema tome radnja zloupotrebe nametanjem vezanih poslova konzumira radnju zloupotrebe nametanjem neopravdanih cena. Visina cene bi jedino mogla biti od značaja prilikom odmeravanja visine novčane kazne u prekršajnom postupku.²²

4.2. Primena zabrane vezanih poslova

Drugi problem u pogledu vezanih poslova je taj što ako se pogleda definicija ove zloupotrebe nameće se zaključak da u predmetnom slučaju nisu ispunjeni uslovi za njenu primenu.

¹⁸ Agencija za zaštitu konkurencije, Rješenje od 24. 03. 2016. godine stav II — *DOO Vodovod i kanalizacija Budva*.

¹⁹ M. Kling, S. Thomas, *Kartellrecht*, 2. Auflage, München 2016, str. 4.

²⁰ Cf. Agencija za zaštitu konkurencije, Rješenje od 15. 10. 2016, br. 02-UPI-81/67-15, stav I — *Luka Kotor*.

²¹ Crna Gora se članom 73 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju obavezala da svoje zakonodavstvo uskladi sa evropskim pravilima o zaštiti konkurencije.

²² T. Eilmansberger, F. Bien, in: *Münchener Kommentar, EU-Wettbewerbsrecht*, 2. Auflg, München 2015, Art. 102, Rn. 636.

Vežani poslovi zahtevaju postojanje dva tržišta. Na jednom tržištu preduzeće pruža svoju osnovnu uslugu i ima dominantan položaj. Preduzeće je istovremeno aktivno i na drugom tržištu gde nema dominantan položaj. Zloupotreba se sastoji u tome što preduzeće pružanje svoje osnovne usluge (glavni posao) uslovljava kupovinom druge usluge (vezanog posla), u cilju jačanja svog položaja na drugom tržištu.²³

U posmatranom slučaju to bi značilo da ViK Budva zloupotrebljava svoj dominantan položaj na tržištu vodosnabdevanja kako bi ojačao svoj položaj na tržištu održavanja i očitavanja vodomera, time što pružanje svoje osnovne usluge, usluge vodosnabdevanja, uslovljava dodatnom uslugom održavanja i očitavanja vodomera.

Članom 15 stav 1 i članom 24 stav 2 Odluke propisan je zakonski monopol na tržištu održavanja i očitavanja vodomera u korist ViK Budve. Postavlja se pitanje zašto bi onda ViK Budva zloupotrebio svoj dominantan položaj na tržištu vodosnabdevanja, da bi ojačao svoj položaj na tržištu očitavanja i održavanja vodomera, kada na tom tržištu već ima monopol.

Sa stanovišta ekonomske efikasnosti²⁴ racionalnije je pak da se tržište usluga održavanja i očitavanja vodomera ne posmatra zasebno već kao sastavni deo usluge vodosnabdevanja. Ovakvo tumačenje je u skladu sa Odlukom koja u članu 1 stav 2 propisuje da „*vodosnabdijevanje podrazumjeva (...) isporuku vode za piće (...) do mjernog instrumenta korisnika, obuhvatajući i merni instrument (vodomjer)*”, kao i stavom Agencije koja u spornom rešenju kao relevantno tržište utvrđuje tržište pružanja usluga vodosnabdevanja, dok tržište usluga održavanja i očitavanja vodomera nigde ne spominje. Štaviše Agencija nalaže ViK Budvi da cenu vode obračunava u skladu sa stvarnim troškovima održavanja i očitavanja vodomera i stvarno pružene usluge vodosnabdevanja.²⁵ Rešenje je time protivrečno, jer zašto bi se obračunavali troškovi održavanja i očitavanja vodomera, ako je reč o usluzi koja je dodatna i koja „*po svojoj prirodi i svrsi*” nije u vezi sa vodosnabdevanjem. Ostaje, dakle, nejasno zašto je Agencija navodila član 15 stav 2 tačku 4 ZZK prilikom kvalifikacije zloupotrebe.

4.3. Međuzaključak

Iz gorenavedenog sledi da je u pobijanom rešenju pogrešno primenjen član 15 stav 2 tačku 1 i 4 ZZK jer, u konkretnom slučaju, prvo, nije dokazano da je zloupotreba iz tačke 4 učinjena, a drugo i kada bi zloupotreba iz tačke 4 postojala, ne bi bilo moguće istovremeno primeniti tačku 4 i tačku 1 jer između ova dva tipična primera zloupotrebe postoji sticaj tako da zloupotreba iz tačke 4 konzumira zloupotrebu iz tačke 1. Upravni sud je zato trebalo da poništi

²³ W. Berg, G. Mäsch, *Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Kommentar*, 2. Aufl. Köln 2018, Art. 102, Rn. 72–77.

²⁴ B. Begović, V. Pavić, *Uvod u pravo konkurencije*, Beograd 2012, str. 86.

²⁵ Agencija za zaštitu konkurencije, Rješenje od 24. 03. 2016. godine stav IV — *DOO Vodovod i kanalizacija Budva*.

rešenje Agencije zbog pogrešne primene materijalnog prava, a kako je to propustio da uradi, Vrhovni sud je onda trebalo da usvoji zahtev za ispitivanje odluke Upravnog suda.

5. Zloupotreba nametanjem neopravdanih cena

Ako se izuzme problem izazvan primenom zabrane vezanih poslova, ostaje otvoreno ključno pitanje, a to je da li je ViK Budva izvršio zloupotrebu dominantnog položaja i to isključivo nametanjem neopravdane cene iz člana 15 stav 2 tačka 1 ZZK.

5.1. Koncept uporedivog tržišta

Agencija je visinu cene ispitala na osnovu koncepta uporedivog tržišta koji se primenjuje u dva koraka.²⁶ Prvo se pronalazi uporedivo preduzeće. Kriterijum uporedivosti je pritom široko postavljen. Sledi da se kao uporedivo preduzeće može uzeti svako preduzeće, osim onoga koje se na prvi pogled jasno razlikuje od preduzeća čije se radnje ispituju.²⁷ U konkretnom slučaju kao uporediva preduzeća bi se mogla uzeti sva preduzeća za vodosnabdevanje u Crnoj Gori. U drugom koraku upoređuju se cene relevantnih preduzeća.²⁸ Tom prilikom se vrše određena usklađivanja cena, koja se zasnivaju samo na lako uočljivim, objektivnim okolnostima.

Na tržištu vodosnabdevanja takve okolnosti su geografske odlike terena, gustina naseljenosti, veličina sistema za vodosnabdevanja, količina isporučene vode po metru kubnom vodovodne mreže.²⁹ Uzimajući u obzir objektivne okolnosti, Agencija je u konkretnom slučaju kao uporediva preduzeća odredila preduzeća za vodosnabdevanje u primorskim opštinama i utvrdila da ViK Budva nameće višestruko višu cenu vode i to u delu naknade za uslugu održavanja i očitavanja vodomera.

5.2. Teret dokazivanja

ViK Budva usled svog monopolskog položaja ima povećanu odgovornost za funkcionisanje tržišta.³⁰ Praksa je zato da teret dokazivanja prelazi na preduzeće, čije se radnje ispituju, kada nadležno telo

²⁶ M. Kling, S. Thomas, *Kartellrecht*, 2. Auflage, München 2016, str. 204; H. Daiber, „Wasserversorgung und Vergleichmarktskonzept“, *Neue juristische Wochenschrift (NJW)* 2013, str. 1991.

²⁷ A. Bangard, M. Parulova, „Methodik der Wasserpreiskontrolle durch das BKartA“, *EnWZ* 2012, str. 27.

²⁸ J. Dreyer, U. Bartl, „Preishöhenkontrolle bei Wasserlieferungen — Wasserpreis Wetzler“, *NJW* 2010, str. 2554.

²⁹ B. Wolfers, B. Wollenschläger, „Wasserpreiskontrolle: Welcher Rechtsschutz verbleibt nach dem Beschluss des OLG Düsseldorf v 24. 2. 2014?“, *EnWZ* 2014, str 264.

³⁰ Agencija za zaštitu konkurencije, Izveštaj o radu za 2018. godinu, Pogdorica, maj 2019. godine, str. 81.

utvrdi da ono određuje više cene od uporedivih preduzeća.³¹ Na ViK Budva je, dakle, da opravda visinu cene, pozivajući se pritom samo na razloge strukturne prirode, koji ne zavise od poslovnih odluka i radi kojih bi svako drugo preduzeće da se nalazi na mestu ViK Budva moralo da odredi višu cenu.³²

Nadležno telo prilikom upoređivanja cena uzima u obzir sve faktore koji utiču na formiranje cene³³. S tim u vezi moglo bi biti sporno to što je Agencija u konkretnom slučaju odluku o visini cene bazirala samo na jednom faktoru, odnosno utvrdila je da je ViK Budva uslugu vodosnabdevanja samo u jednom delu — očitavanje i održavanje vodomera — skuplje naplaćivao od uporedivih preduzeća.³⁴ Ipak, i pored toga, može se zaključiti da je Agencija uspeła da prebaci teret dokazivanja na ViK Budvu s obzirom da on nije ponudio bilo kakve dokaze koji bi opravdali višu cenu vode.

5.3. Objavljivanje sektorskih analiza

Konačno treba uzeti u obzir da monopolista ne poseduje dovoljno informacija o strukturi cena uporedivih preduzeća da bi mogao da opravda razliku u ceni.³⁵ Agencija je za potrebe spornog slučaja sprovedla sektorsku analizu poslovanja preduzeća koja pružaju uslugu vodosnabdevanja u primorskim opštinama.³⁶ Međutim, zbog interesa zaštite poslovnih podataka sektorska analiza nije javno objavljena. Može se izneti više argumenata u prilog tome da je u konkretnom slučaju standard zaštite poslovnih podataka previsoko postavljen.

Prvo, preduzeća za vodosnabdevanje su zakonski monopolisti, te nemaju konkurente koji bi zloupotrebili njihove poslovne podatke. Drugo, preduzeća za vodosnabdevanje vrše delatnost od javnog interesa i u vlasništvu su opština. Opštine se finansiraju iz poreskih i drugih davanja građana te postoji pojačan interes javnosti za kontrolom poslovanja preduzeća za vodosnabdevanje. Na kraju, sam monopolista bi mogao kroz sektorsku analizu da uporedi svoje poslovanje sa poslovanjem uporedivih preduzeća, čime bi na njega bio izvršen posredan uticaj da cene formira u skladu sa zakonom.³⁷

³¹ BGH, Beschluss vom 02. 02. 2010, KVR, 66/08, Umdruck S. 8, Rn. 23 — *Wasserpreis Wetzlar*.

³² J. Dreyer, U. Bartl, „Preishöhenkontrolle bei Wasserlieferungen — Wasserpreis Wetzler“, *NJW* 2010, str. 2553.

³³ Landeskartellbehörde Hessen, Beschluss v. 23. 12. 2012, Rn. 217 — *Wasserpreis Enwag*.

³⁴ Upravni sud Crne Gore, Presuda U. br. 1097/16 od 18. 07. 2017. godine, dispozitiv.

³⁵ B. Wolfers, B. Wollenschläger, „Wasserpreiskontrolle: Welcher Rechtsschutz verbleibt nach dem Beschluss des OLG Düsseldorf v 24. 2. 2014?“, *EnWZ* 2014, str 267.

³⁶ Agencija za zaštitu konkurencije, Izveštaj o radu za 2016. godinu, Podgorica, april 2017. godine, str. 84.

³⁷ S. T. Weck, „Kartellrechtliche Effizienzkontrolle kommunaler Gebühren nach der 8. GWB — Novelle — ein Schlag ins Wasser?“, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart)* 2013, str. 349.

Poželjno je zbog svega navedenog da Agencija objavljuje sektorske analize makar kada se radi o monopolima na tržištima pružanja usluga od javnog značaja. Štaviše, objavljivanje sektorskih analiza trebalo bi da bude pravilo i u ostalim slučajevima, uz eventualno izostavljanje određenih poverljivih podataka. Objavljivanje je inače u skladu sa praksom Evropske komisije, a to je i praksa nemačkog organa za zaštitu konkurencije.³⁸

Sa tim u vezi, najbolje bi bilo dopuniti član 30 ZZK, koji u stavu 4 predviđa obavezu objavljivanja izveštaja o sprovedenim sektorskim analizama, ali objavljivanje same analize ne pominje.

Zaključak

Vrhovni sud je presudom od 19. 10. 2017. godine udario temelje sprovođenju kontrole cena na tržištu vodosnabdevanja. Na organima za zaštitu konkurencije je da kroz buduću praksu razrade koncept uporedivog tržišta i standarde za prelazak tereta dokazivanja na preduzeće za vodosnabdevanje.³⁹ Sa druge strane nedostaci u pogledu primene zabrane vezanih poslova upozoravaju Vrhovni sud i ostale nadležne organe da u svom radu moraju posebno obratiti pažnju na osobenosti konkretnog tržišta i smisao odredaba o zaštiti konkurencije. Jedino tako se može ostvariti napredak Crne Gore ka članstvu u EU i pristupanju evropskom zajedničkom tržištu. Istovremeno treba razmotriti izvesno preciziranje zakonske zabrane zloupotrebe dominantnog položaja, kao i preciziranje pravnog osnova da Agencija za zaštitu konkurencije pod određenim uslovima javno objavljuje svoje sektorske analize.

Literatura

1. Agencija za zaštitu konkurencije, Izveštaj o radu za 2016. godinu, Podgorica, april 2017. godine, <http://www.azzk.me/1/doc/ostala%20dokumenta/Izvjestaj%20o%20radu%20AZZK%20za%202016.pdf>.
2. Agencija za zaštitu konkurencije, Izveštaj o radu za 2018. godinu, Podgorica, maj 2019. godine, <http://www.azzk>.

³⁸ Član 17 stav 1 Regulative 1/2003 Evropskog saveta od 16. decembra 2002. godine sadrži pravni osnov za objavljivanje sektorskih analiza Komisije, što ona čini na svojoj Internet stranici. Vide A-H. Bischke, C. Schirra, in: *Münchener Kommentar, EU-Wettbewerbsrecht*, 2. Auflg. München 2015, VO 1/2003 Art. 17, Rn. 7; § 32e stav 3 nemačkog Zakona o zaštiti konkurencije ostavlja mogućnost nadležnom organu da objavi sektorsku analizu na način i u obimu na koji organ smatra da ja pogodan. Vide R. Bechtold, W. Bosch, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, 10. Auflage 2021, § 32e, Rn. 4.

³⁹ Agenciji je 2019. godine podneta inicijativa za pokretanje postupka protiv DOO „Vodovod i kanalizacija” Kotor zbog zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu vodosnabdevanja, ali Agencija nije našla da postoji osnovana sumnja za pokretanje postupka zaštite konkurencije. Vide Agencija za zaštitu konkurencije, Izveštaj o radu za 2019. godinu, Podgorica, maj 2020. godine, str. 54.

- me/jml/images/docs/IZVJESTAJ_O_RADU_ZA_2018_GODINU_FINAL_sa_potpismom14062019.pdf.
3. Agencija za zaštitu konkurencije, Izveštaj o radu za 2019. godinu, Podgorica, maj 2020. godine, http://www.azzk.me/jml/images/docs/Izvjestaj_o_radu_AZZK_ZA_2019_fin.pdf.
 4. Begović B., Pavić V., Uvod u pravo konkurencije, Beograd 2012.
 5. Bangard A., Parulova M., „Methodik der Wasserpreiskontrolle durch das BKartA“, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2012.
 6. Bechtold R., Bosch W., Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 10. Auflage 2021.
 7. Berg W., Mäsch G., Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl. Köln 2018.
 8. Bischke A-H., Schirra C., in: Münchener Kommentar, EU-Wettbewerbsrecht, 2. Auflg. München 2015.
 9. Daiber H, „Wasserversorgung und Vergleichmarktskonzept“, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 2013.
 10. Dreyer J., U. Bartl., „Preishöhenkontrolle bei Wasserlieferungen — Wasserpreis Wetzler“, NJW 2010.
 11. Eilmansberger T., Bien F., in: Münchener Kommentar, EU-Wettbewerbsrecht, 2. Auflg. München 2015.
 12. Ivanović S., Primjena Zakona o opštem upravnom postupku i Zakona o upravnom sporu, Podgorica 2008.
 13. Kling M, Thomas S., Kartellrecht, 2. Auflage, München 2016.
 14. Oelmann M., Czich, C., Beele R., „Der Einfluss lokaler Gegebenheiten auf die Gestalzung von Wasser-Tarifmodellen, Ein Blick ins Ausland“, Netzwirtschaft und Recht (N&R) 2016.
 15. Schmidt K., Weck T., „Kartellrechtliche Effizienzkontrolle kommunaler Gebühren nach der 8. GWB — Novelle — ein Schlag ins Wasser?“, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart) 2013.
 16. Van den Berg C., „Water Privatization and Regulation in England and Wales“, World Bank Group, note no. 115, May 1997.
 17. Wolfers B., Wollenschläger B., „Rechtliche, betriebswirtschaftliche und technische Grundlagen der kartellrechtlichen Wasserpreiskontrolle“, EnWZ 2013.

Petar Brudar, LL. M

CASE NOTE ON THE SUPREME COURT OF MONTENEGRO
DECISION UVP NO. 415/2017 OF 19 OCTOBER 2017

In this case note, the author analyzes the first and so far only ruling of the Supreme Court of Montenegro on the abuse of a dominant position as an anticompetitive practice. The decision specifies some ground rules for price control in the water supply market. The competition authorities for their part should consider in their future daily tasks more carefully the market features and the purpose of the competition law. Likewise, certain amendments of the Competition Act should be considered regarding the specification of the legal definition of the ban on abuse of dominant position and the specification of legal grounds for the competition authority to publish its sector analysis.

Key words: Supreme Court of Montenegro, abuse of dominant position, price control, water supply market

Ruska Federacija i Evropska konvencija — istočno od ljudskih prava

Prestanak članstva Ruske Federacije u Savjetu Evrope u martu 2022. godine istovremeno je značio i prestanak njenog statusa ugovornice Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, sa otkaznim rokom od šest mjeseci. Te okolnosti inspirišu da se da ostvrt na praksu Suda u Strazburu u odnosu na Rusiju za proteklih skoro četvrt vijeka koliko je Rusija bila članica Konvencije. Analizom sudske prakse nudi se odgovor na pitanje kako je konvencijski sistem uticao na pravni i institucionalni okvir Rusije i kako će prestanak članstva uticati na nivo zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda u Rusiji.

Gljučne riječi: Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Ruska Federacija, Evropski sud za ljudska prava

Uvod

Značajan period članstva Ruske Federacije u Savjetu Evrope obilježila je svojevrсна tenzija između ove članice i same organizacije ali i velikog broja drugih članica. Iako je postojala izražena želja da se Rusija primi u članstvo već sami proces pristupanja donekle je otežan zbog konflikta u Čečeniji. Konflikt Rusije sa Gruzijom otvorio je nova pitanja koja su se našla i u praksi Suda u Strazburu. Novu tenziju izazvao je sukob sa Ukrajinom, a Rusija se u jednom periodu i povukla iz finansiranja Savjeta Evrope, vojna agresija Rusije na Ukrajinu dovela je u konačnom i do prestanka članstva Rusije u Savjetu Evrope. U radu je u tri, hronološki raspoređene cjeline, analizirano pristupanje Ruske Federacije Savjetu Evrope, praksa Suda u Strazburu u odnosu na Rusiju kao članicu Konvencije i prestanak statusa članice Konvencije.

1. Rristupanje Ruske Federacije Savjetu Evrope

Ruska Federacija aplicirala je za prijem u članstvo Savjeta Evrope u maju 1992. godine. Nakon toga, u skladu sa predviđenom procedurom, Komitet ministara Savjeta Evrope zatražio je mišljenje Parlamentarne skupštine. Parlamentarna skupština suspendovala je

[▪] Autor je advokat, doktorand na Fakultetu pravnik nauka, Univerzitet Donja Gorica, sinisa@advokatgazivoda.me.

proceduru davanja mišljenja zbog konflikta u Čečeniji Rezolucijom 1055 u februaru 1995. godine.

U Rezoluciji je navedeno da radnje preduzete u Čečeniji predstavljaju teško kršenje najelementarnijih principa u oblasti ljudskih prava koje je Rusija, budući da traži prijem u članstvo, obavezna poštovati¹. Izvještaji posmatračkih misija, legislativne reforme i drugi demokratski procesi u Rusiji opredijelili su Parlamentarnu skupštinu da u septembru 1995. nastavi proceduru davanja mišljenja po zahtjevu za prijem u članstvo².

Zaključujući da su političke, pravne i ekonomske reforme u Ruskoj Federaciji održive ali i istovremeno izražavajući veliku zabrinutost oko dešavanja u Čečeniji i iznoseći stav da taj konflikt ne može biti rješavan upotrebom sile, Paralamentarna skupština je Mišljenjem 193 (1996) u januaru 1996. godine, predložila Komitetu ministara da pozove Rusku Federaciju da postane članica Savjeta Evrope³.

U jednom od svojih brojnih radova na temu odnosa Rusije i Savjeta Evrope, profesor Univerziteta u Londonu Bill Bowring osvrnuo se na detalje u izlaganjima članova Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope tokom diskusije o članstvu Rusije u Savjetu. Zagovornici prijema između ostalog iznosili su sljedeće argumente: „Rusija je prije svega velika sila i bez nje ne može biti Evrope”; „Evropa ne može biti sigurna bez Rusije”; „Ukoliko Rusija danas ne bude primljena, to će biti politički Černobil”; „Sa učešćem Rusije Savjet Evrope će biti u mogućnosti da odigra veliku ulogu u izgradnji Evrope”⁴. Profesor Bowring zapaža da se većina diskutantata koji su podržavali učlanjenje koncentrisala više na pitanje evropske bezbjednosti nego na pitanje zaštite ljudskih prava u Rusiji, dok su oponenti, sa druge strane, isticali upravo pitanje dostignutnog stepena poštovanja ljudskih prava i pitanje vladavine prava⁵.

U februaru 1996. godine, Ruska Federacija postala je 39. članica Savjeta Evrope i istovremeno potpisala tekst Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ratifikacijom Konvencije dvije godine kasnije, u godini kada se navršavalo 45 godina od kada je taj međunarodni pravni instrument na snazi, Rusija se obavezala da će svakome u svojoj nadležnosti garantovati ljudska prava i slobode predviđene Konvencijom.

¹ Parliamentary Assembly, Russia's request for membership in the light of the situation in Chechnya, Resolution 1055(1995), <https://pace.coe.int/pdf/4f521885b5b-56d74ad153da9ef46ea413f8aefc315dd61cb117d383c59776bcc/resolution%201055.pdf>, 29. oktobar 2022.

² Parliamentary Assembly, Procedure for an opinion on Russia's request for membership of the Council of Europe, Resolution 1065(1995), <https://pace.coe.int/pdf/d9739797c4a9316cc5460956284e0106181a0f3be20e80e-1a51832155273af15/resolution%201065.pdf>, 29. oktobar 2022.

³ Parliamentary Assembly, Russia's request for membership of the Council of Europe, Opinion 193 (1996), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-X-ML2HTML-EN.asp?fileid=13932>, 29. oktobar 2022.

⁴ B. Bowring, Russia's accession to the Council of Europe and human rights: compliance or cross-purposes?, *European Human Rights Law Review*, 1997, str. 3.

⁵ *Ibid.*

2. Ruska Federacija kao članica Konvencije

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda stupila je na snagu 1953. godine, nakon što je deset država članica Savjeta Evrope deponovalo isprave o ratifikaciji. Kao međunarodni instrument za zaštitu ljudskih prava Konvencija ima izuzetan značaj iz više razloga. Prije svega radi se o pravnom aktu koji garantuje ljudska prava stotinama miliona građana. Iako je tradicionalno klasifikovana kao pravni akt sa regionalnim karakterom granice njene primjene vremenom su se proširile i na pojedine transkontinentalne države čija teritorija se prostire i na azijski kontinent ali, recimo, i na Republiku Jermeniju koja se geografski, cjelokupnom svojom teritorijom, nalazi u Aziji. Najveći značaj Konvenciji dao je mehanizam nadzora nad primjenom čija se specifičnost ogleda u tome što ga, pod određenim uslovima, može pokrenuti svaki pojedinac.

Konvencijski pravni sistem u materijalnopravnom smislu, u skladu sa načelom autonomnog tumačenja, oblikovao se u praksi Evropskog suda za ljudska prava ali je značajno uticao i na pravne sisteme država članica kako kroz legislativne izmjene nastale kroz obavezu poštovanja Konvencije, tako i kroz sudsku praksu. Tako je Konvencija odigrala značajnu ulogu i na poštovanje ljudskih prava u državama članicama ali i na procese demokratizacije u njima.

U periodu nastanka Konvencije nije bilo izgledno da će se, jednog dana, njena primjena prostirati i na Moskvu. Smatralo se da Konvencija, između ostalog, treba da obezbijedi simboličku privrženost principima koji su zajednički zapadnoevropskim državama ali i da istovremeno bude sredstvo koje može štititi te države od komunističke subverzije⁶. Pad Berlinskog zida, završetak hladnog rata i raspad Sovjetskog saveza značajno su uticali na otopljavanje tenzija između zapadnog i istočnog dijela Evrope. Ipak, spoljopolitički ciljevi i pogledi na unutrašnja pitanja ostali su značajno različiti sve do danas. Interesantno je pitanje i koji je bio motiv Ruske Federacije za učlanjenje u Savjet Evrope, kao i za prihvatanje Evropske konvencije, odnosno, da li je Rusija imala istovrsni motiv kao i države osnivači Savjeta Evrope. Ovdje treba primijetiti da su osnivači svoje motive izrazili u preambuli Statuta Savjeta Evrope u kojoj se, između ostalog, potvrđuje „privrženost duhovnim i moralnim vrijednostima koje su zajednička baština njihovih naroda i stvarni izvor lične i političke slobode i vladavine zakona, te principi na kojima se zasniva svaka istinska demokratija”⁷. Međutim, profesor Bowring smatra da glavni razlog zbog kojeg je većina u ruskoj Dumi glasala za ratifikaciju Konvencije leži u tome što je raspadom Sovjetskog saveza oko 25 miliona etničkih Rusa i onih kojima je ruski jezik maternji ostalo da živi van

⁶ D. Harris et al., *Law of the European convention on human rights*, Oxford University Press, 2018, str. 3.

⁷ Statut Savjeta Evrope potpisan 5. 5. 1949. godine u Londonu, stav 3 preambule.

granica Ruske Federacije, te su članstvo u Savjetu Evrope vidjeli kao sveobuhvatan okvir mogućnosti za njihovu zaštitu⁸.

Ruska Federacija postala je članica Konvencije 1998. godine. Upravo 1998. godine, stupanjem na snagu Protokola 11, značajno je izmijenjen mehanizam nadzora nad primjenom Konvencije. Naime, u periodu do 1998. godine, postojao je „tripartitni nadzorni sistem” koji je podrazumijevao učešće Evropske komisije za ljudska prava (koja je utvrđivala ispunjenje uslova prihvatljivosti pojedinačnih predstavnika), Evropskog suda za ljudska prava (koji nije bio tijelo u stalnom zasjedanju) i Komiteta ministara (koji je imao svojevrstnu sudsku jurisdikciju)⁹. Od 1998. godine, počelo je drugo razdoblje u razvoju konvencijskog nadzornog sistema, pa je osnovan novi Evropski sud za ljudska prava kao stalno tijelo, Komisija je ukinuta, a ukinuta su i sudska ovlaštenja Komiteta ministara¹⁰.

Sud u Strazburu prvi predmet u odnosu na Rusiju, presudom, riješio je u maju 2002. godine. Treba naglasiti da nije u pitanju prva predstavka podnijeta protiv Ruske Federacije već prvi presudom okončani predmet. Radilo se o slučaju Burdov protiv Rusije¹¹. Podnosilac predstavnice je u oktobru 1986. godine pozvan od strane vojnih vlasti da učestvuje u hitnoj operaciji na licu mjesta povodom katastrofe u nuklearnoj elektrani Černobilj. Tokom više mjeseci ušestvovanja u operaciji bio je izložen radijaciji. Iako mu je u upravnom postupku utvrđena naknada 1993. godine, podnosilac predstavnice morao je četiri godine kasnije pokrenuti sudski spor da bi ta naknada bila isplaćena. Poslije okončanja sudskog postupka podnosilac je pokrenuo još jedan sudski spor zbog promjene vrijednosti valute u periodu od utvrđenja visine naknade do trenutka pokretanja sudskog spora. Oba postupka okončana su u korist podnosioca predstavnice ali u izvršnom postupku nije uspio da naplati svoje potraživanje budući da je Socijalna služba, kao dužnik, isticala da ne postoji dovoljno sredstava za ispunjenje obaveze. Vijeće Evropskog suda za ljudska prava utvrdilo je povredu prava iz člana 6 stav 1 Konvencije, odnosno povredu prava na pravično suđenje u smislu nerazumno dugog trajanja postupka, kao i povredu prava iz člana 1 Dodatnog protokola 1 uz Konvenciju kojim je zaštićeno pravo na imovinu. U odnosu na pravo na imovinu Sud je podsjetio na shvatanje izraženo u ranijoj praksi da potraživanje spada u imovinu u smislu pomenute konvencijske odredbe, kao i da činjenica da izvršenje nije sprovedeno vodi povredi ovog prava.

⁸ B. Bowring, *Politics and Pragmatism: The Constitutional Coiur of the Russian Federation and Its 20 Years of Engagement with the European Convention on Human Rights*, *East European Yearbook of Human Rights*, 2018, str. 18.

⁹ J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava strazburški acquis*, *Novi informator*, Zagreb, 2014, str. 91.

¹⁰ *Ibid.*, 102.

¹¹ Burdov protiv Rusije, predstavka broj 59498/00, presuda od 07. 05. 2002. godine.

Interesantno je da je 2009. godine, prva „pilot presuda” donijeta od strane Suda u Strazburu u odnosu na Rusiju nastala po predstavi istog podnosioca, Anatolija Tikhoviča Burdova, a u praksi Suda poznata je kao slučaj Burdov protiv Rusije (broj 2)¹².

Pilot presude potekle su iz Preporuke Komiteta ministara Savjeta Evrope, usvojene u maju 2004. godine, na temu poboljšanju domaćih pravnih sredstava¹³. Preporuka je usvojena sa ciljem da se dodatno unaprijedi poštovanje i zaštita konvencijskih prava u samim državama članicama, ali i da se tako, posredno, umanju preopterećenost Suda u Strazburu slučajevima koje treba riješiti. U dodatku uz Preporuku navedeno je da, u situacijama kada Sud u presudi utvrdi da je postojanje sistemskog ili opšteg nedostatka u nacionalnom zakonodavstvu ili praksi dovelo ili može dovesti do podnošenja velikog broja predstavi koje se odnose na isti predmet (repetitivni slučajevi), odnosna država treba da obezbijedi da potencijalni podnosioci predstavi imaju djelotvorno pravno sredstvo koje podnose nacionalnim vlastima, a koje takođe može biti na raspolaganju i onima koji su već podnijeli predstavke istim povodom Evropskom sudu za ljudska prava. U skladu sa principom supsidijarnosti, ustanovljenim u konvencijskom sistemu, takvo pravno sredstvo trebalo bi da omogući zainteresovanim licima pravno zadovoljenje u domaćem sistemu, kao i da istovremeno rastereti Sud istovrsnih predmeta.

U predmetu Burdov protiv Rusije (broj 2) podnosilac predstavke istakao je okolnosti koje su se, u odnosu na istu temu kao u njegovom prvom slučaju, dešavale u periodu nakon podnošenja prve predstavke. On je u Rusiji pokrenuo još nekoliko sudskih postupaka radi potraživanja zakonske kamate na ranije dosuđene iznose ali i povodom štete nastale u vidu daljeg pogoršavanja zdravstvenog stanja zbog ranijeg izlaganja radijaciji. Kao i u njegovom prvom predmetu rješavanom pred Evropskim sudom za ljudska prava, uprkos pravosnažnim sudskim odlukama donijetim u njegovu korist, nije mogao da naplati potraživanja, čak ni u postupku izvršenja. Sud u Strazburu se u presudi osvrnuo i na raniji predmet Burdov protiv Rusije ali i na dešavanja u Rusiji povodom ovog, sistemskog, problema. Sud je notirao da je Ustavni sud Ruske Federacije još 2001. godine, ukazao da bi zakonodavac trebao da materijano i procesno uredi pitanje naknade štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, te da uredi stvarnu i mjesnu nadležnost za rješavanje takvih postupaka. Notirao je i da je Vrhovni sud Ruske Federacije tokom 2008. godine, podnio Dumi dva nacrtu ustavnih zakona koji bi uveli pravno sredstvo za utvrđivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku i prava na

¹² Burdov protiv Rusije (broj 2), predstavka broj 33509/04, presuda od 15. 01. 2009. godine.

¹³ Committee of ministers, Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd18e, 29. oktobar 2022.

izvršenje sudskih odluka, takođe, u razumnom roku. Konačno, Sud u Strazburu, kao i u prvom predmetu istog podnosioca predstavke, je u odnosu na pojedine presude donijete u nacionalnom pravnom sistemu, utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku sadržanog u pravu na pravično suđenje u smislu člana 6 stav 1 Konvencije, kao i povredu prava na imovinu iz člana 1 Dodatnog protokola 1 uz Konvenciju, te povredu prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 Konvencije. Zbog utvrđenih povreda ljudskih prava podnosiocu predstavke dosuđena je naknada nematerijalne štete. Odlučeno je i da Ruska Federacija, u roku od šest mjeseci od pravosnažnosti presude, mora uspostaviti domaće pravno sredstvo ili kombinaciju sredstava koja treba da obezbijede adekvatnu i dostatnu naknadu za neizvršavanje ili odugovlačenje izvršavanja nacionalnih presuda, a u skladu sa konvencijskim principima ustanovljenim u praksi Suda u Strazburu. Rusiji je naloženo i da, u roku od godinu dana od pravosnažnosti presude, mora dodijeliti takvo obeštećenje svim licima kojima su povrijeđena navedena prava, a koja su prije donošenja presude u ovom slučaju podnijela predstavke Sudu u Strazburu koje su komunicirane prema Vladi.

Postupajući po obavezama iz presude u slučaju Burdov protiv Rusije (broj 2) zakonodavne vlasti Ruske Federacije u aprilu 2010. godine, donijele su dva federalna zakona, jedan o naknadi štete zbog kršenja prava na pravično suđenje u smislu razumnog trajanja ili izvršenja presuda u razumnom vremenskom roku i drugi koji se odnosio na izmjene drugih propisa neophodne zbog ove zakonodavne intervencije. Navedene okolnosti detaljno su opisane u odluci u slučaju Nagovitsyn i Nalgiyev protiv Rusije¹⁴. Taj slučaj formiran je na osnovu dvije predstavke podnosilaca koji su tvrdili da im novčana potraživanja, utvrđena u sudskim postupcima pred nacionalnim sudovima, nisu izmirena, niti su ih mogli naplatiti u izvršnom postupku. Sud u Strazburu je tokom postupka informisao podnosioca predstavke da je obaviješten od Vlade Ruske Federacije da su učinjene zakonodavne izmjene i da u domaćem sistemu mogu pokrenuti postupke za utvrđivanje povrede prava na pravično suđenje zbog neprimjereno dugog trajanja postupka što su oni i učinili ali su insistirali na tome da nastave i postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava. U konačnom Sud je predstavke odbacio kao nedopuštene zbog toga što nisu iscrpljena domaća pravna sredstva podrazumijevajući pod njima nove mehanizme uvedene zakonodavnim izmjenama.

Druga pilot presuda donijeta je u januaru 2012. godine, u predmetu Ananyev i drugi protiv Rusije¹⁵. Ovaj slučaj odnosio se na uslove u pritvorskim jedinicama. Ilustracije radi, jedan od podnosilaca predstavke istakao je da je tokom pritvora boravio, između ostalog, u

¹⁴ Nagovitsyn i Nalgiyev protiv Rusije, predstavke broj 27451/09 i 60650/09, odluka od 23. 11. 2010. godine.

¹⁵ Ananyev i drugi protiv Rusije, predstavke broj 42525/07 i 60800/08, presuda od 10. 01. 2012. godine.

prostoriji od 15 metara kvadratnih u kojoj se nalazilo 13 ležajeva i u kojoj je bilo smješteno u različitim periodima od 15 do 21 osoba. Ne-ki od ponosilaca predstavke boravili su u ustanovi maksimalnog kapaciteta 642 osoba, u kojoj je 2004. godine bilo smješteno 750 osoba, a 2006. godine čak 1.518 osoba. Primjenjujući ranije uspostavljene standarde u kontekstu uslova u penalnim i pritvorskim jedinicima, Sud je osim prostornih kapaciteta analizirao i dnevno vrijeme koje se provodi napolju, u krugu ustanove, zatim, da li se prostorije provjetravaju i da li je u njima omogućeno prirodno osvjetljenje, kao i sanitarne i higijenske uslove. U konačnom, Evropski sud za ljudska prava, u odnosu na pojedine podnosiocce predstavke utvrdio je povredu prava iz člana 3 Konvencije kojim je propisano da niko ne smije biti podvrgnut mučenju, ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Takođe, u odnosu na pojedine podnosiocce predstavke sud je utvrdio povredu prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 Konvencije, te u odnosu na utvrđene povrede obavezao Rusiju da isplati naknadu nematerijalne štete u različitim iznosima. U odnosu na utvrđeni sistemski problem Sud je obavezao Rusiju da u saradnji sa Komitetom ministara Savjeta Evrope, u roku od šest mjeseci od pravosnažnosti presude, utvrdi obavezujući vremenski okvir u kojem će učiniti dostupnim kombinaciju djelotvornih pravnih sredstava koje će imati preventivne i kompenzirajuće efekte i koji će ispunjavati zahtjeve iznijete u presudi. Budući da je ova presuda imala karakter pilot presude odlučeno je i da se, u roku od godinu dana od pravosnažnosti presude, mora obezbijediti naknada štete svim žrtvama nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja koje su podnijele predstavke Sudu povodom istih okolnosti, a koje su komunicirane prema Vladi prije donošenja ove presude.

Treća pilot presuda donijeta je u predmetu Gerasimov i drugi protiv Rusije¹⁶. Kao i u prvoj pilot presudi okolnosti su se odnosile na nemogućnost izvršenja sudskih presuda donijetih u odnosu na državu u domaćem pravnom sistemu samo što se u konkretnom slučaju radilo o ispunjenju nenovčanih obaveza, dok je legislativa donijeta u skladu za obavezom iz presude Burdov protiv Rusije (broj 2) regulisala samo tematiku nemogućnosti izvršenja ili odugovlačenje izvršenja novčanih obaveza. Sud u Strazburu utvrdio je da su, pojedinim podnosiocima predstavke, povrijeđena prava iz članova 6 i 13 Konvencije, kao i iz člana 1 Dodatnog protokola 1 uz Konvenciju, te utvrdio obavezu Ruske Federacije da riješi sistemski problem kao i u slučaju Burdov protiv Rusije (broj 2).

Posljednja pilot presuda donijeta je u predmetu Tunikova i drugi protiv Rusije¹⁷ u decembru 2021. godine. Presuda se odnosi na problem porodičnog nasilja. Sud u Strazburu konstatuje u presudi da

¹⁶ Gerasimov i drugi protiv Rusije, predstavka broj 29920/05 i druge, presuda od 01. 07. 2014. godine.

¹⁷ Tunikova i drugi protiv Rusije, predstavka broj 55974/16 i druge, presuda od 14. 12. 2021. godine.

Ruska Federacija nije usvojila bilo kakvu legislativu u pogledu nasilja u porodici, te da pravni okvir ne predviđa kažnjavanje svih oblika porodičnog nasilja. U slučajevima podnositeljki predstavljeni pravosudni organi su procjenjivali da li su učinjena krivična djela koja u svojim elementima imaju nanošenje tjelesnih povreda, ozbiljno zastrašivanje i slično a koja nisu vezana za kontekst dešavanja u porodici ili porodičnoj zajednici. U presudi se naglašava da pravni sistem Rusije ne predviđa kažnjavanje za oblike porodičnog nasilja koji ne rezultiraju tjelesnom povredom ili koji kao posljedicu nemaju izazivanje fizičkog bola, kao što su, primjera radi, proganjanje, verbalno, psihološko ili ekonomsko nasilje. Sud je takođe podsjetio da su u njegovoj jurisprudenciji determinisane i pozitivne obaveze države u smislu člana 3 Konvencije koji propisuje zabranu mučenja. Država potpisnica Konvencije, prema tome, nije samo obavezna da se uzdržava od radnji kojima bi povrijedila prava iz člana 3 Konvencije već je obavezna i na određena činjenja kako bi spriječila da povreda nastane. U tom kontekstu država ima takozvane materijalne obaveze da uspostavi pravni okvir za zaštitu i obavezu da u jasno određenim okolnostima promptno reaguje na prijave porodičnog nasilja, te da preduzme operativne mjere da zaštiti žrtvu. Država ima i takozvanu proceduralnu pozitivnu obavezu da u ovakvim okolnostima sprovede djelotvornu istragu. Presudom je utvrđeno da je došlo do povrede člana 3 i u proceduralnom i u materijalnom smislu, kao i da je došlo do povrede člana 14 koji propisuje opštu zabranu diskriminacije u vezi sa članom 3 Konvencije. Rusiji je naloženo da, bez daljeg odlaganja, izvrši legislativne intervencije materijalnopravnog i procesnopravnog karaktera koje će regulisati sporna pitanja identifikovana u presudi.

Osim pojedinaca, nevladinih organizacija ili grupa lica koji tvrde da su žrtve povrede prava ustanovljenih Konvencijom, pravo da pokrenu postupak u kojem će se utvrđivati da li je neka potpisnica povrijedila Konvenciju imaju i druge države potpisnice. Takvi postupci nazivaju se međudržavnim sporovima i posebno su propisani članom 33 Konvencije. U međudržavnim sporovima Sud u Strazburu može procjenjivati usklađenost legislative i prakse sa Konvencijom čak i onda kada nema odredivih žrtava povrede prava, pa zbog toga ovakvi sporovi imaju veći domet nego postupci pokrenuti po pojedinačnim predstavkama¹⁸. Ipak, međudržavni sporovi nisu česti i njihov dosadašnji broj nije veliki.

Prvi presuđeni međudržavni spor protiv Ruske Federacije pred Evropskim sudom za ljudska prava pokrenula je Gruzija 2007. godine¹⁹. Predmet se odnosio na hapšenje, zadržavanje i protjerivanje većeg broja gruzijskih državljana sa ruske teritorije tokom 2006. i 2007. godine. Gruzija je tvrdila da je u pitanju odmazda zbog hapšenja ruskih policijskih službenika u Tbilisiju koje je dovelo do kulminacije

¹⁸ W. A. Schabas, *The European convention on human rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2017, str. 727.

¹⁹ Gruzija protiv Rusije, zahtjev broj 13255/07, presuda od 3. 7. 2014. godine.

zategnutih odnosa između Rusije i Gruzije. Gruzijaska vlada isticala je da je tokom ovog perioda izdato više od 4.600 naloga za protjerivanje gruzijskih državljana, od kojih su neki zadržani i protjerani, a drugi su sami napustili teritoriju Rusije. Gruzija je tvrdila da su ruska ministarstava vanjskih i unutrašnjih poslova izdala određene dokumente u kojima se navodilo da bi nadležna tijela trebala preduzeti opsežne mjere identifikacije što većeg broja gruzijskih državljana koji borave na ruskoj teritoriji u svrhu njihovog protjerivanja. Sud u Strazburu je prije svega utvrdio da je Rusija, odbijajući da dostavi Sudu pomenute dokumente, postupila suprotno članu 38 Konvencije kojim je, između ostalog, propisano da Sud, ukoliko je to potrebno, preduzima istragu za čije će mu efikasno sprovođenje odnosna država obezbijediti sve neophodne uslove. Takođe je utvrđeno da je došlo do povrede člana 4 Dodatnog protokola 4 uz Konvenciju koji predviđa zabranu kolektivnog protjerivanja stranaca jer su bile u pitanju koordinisane radnje izvršne i sudske vlasti. Bez obzira što su se vodili pojedinačni predmeti u odnosu na svako lice, Sud je zaključio da nisu uzimane u obzir okolnosti svakog pojedinačnog slučaja. Dalje je utvrđeno da je došlo do povrede i člana 5 Konvencije koji propisuje pravo na slobodu i sigurnost i to u smislu stava 1 tog člana jer su hapšenja bila proizvoljna i u stavu 2 člana 5 jer protjeranim licima nije bilo na raspolaganju djelotvorno pravno sredstvo kojim bi mogli osporavati odluke o protjerivanju. Utvrđena je i povreda člana 3 Konvencije zbog uslova u kojima su gruzijski državljani bili smješteni prije protjerivanja (premala i neuslovne prostorije za zadržavanje, nedostatak hrane, vode i higijenskih uslova). Utvrđeno je i da je došlo do povrede člana 13 koji propisuje pravo na djelotvoran pravni lijek u vezi sa članom 5 stav 1 i članom 3 Konvencije. Sud je u trenutku donošenja presude procijenio da odluka o pravičnom zadovoljenju nije zrela za presuđenje i pozvao Rusiju i Gruziju da se u roku od 12 mjeseci posebno izjasne o ovom pitanju. Svojom novom odlukom iz 2019. godine, Sud je naložio Rusiji da Gruziji isplati iznos od 10 miliona eura na ime naknade nematerijalne koju je pretrpjelo najmanje 1.500 gruzijskih državljana, dok će Gruzija dalje distribuirati novac žrtvama (2.000 eura onima koji su bili žrtve povrede zabrane protjerivanja, 10.000–15.000 eura onima kojima su povrijeđena i druga prava).

Drugi presuđeni međudržavni spor u odnosu na Rusiju pokrenut je takođe od strane Gruzije i u praksi Suda poznat je pod nazivom Gruzija protiv Rusije (II)²⁰. Predmet je presuđen 2021. godine, odnosno 13 godina nakon što je podniet zahtjev. U presudi napisanoj na gotovo 250 stranica Sud u Strazburu elaborirao je kompleksna činjenična i pravna pitanja koja su razmatrana, a sastavni dio presude čini i devet zajedničkih i pojedinačnih, saglasnih i nesaglasnih izdvojenih mišljenja koje su dale sudije koje su učestvovala u donošenju presude. Predmet se odnosio na petodnevni oružani sukob iz avgusta 2008. godine između Rusije i Gruzije i događaje koji su uslijedili.

²⁰ Gruzija protiv Rusije (II), zahtjev broj 38263/08, presuda od 21. 1. 2021. godine.

Događaji su se dešavali na teritoriji Gruzije i u „bafer zoni”, odnosno teritorijalno nerazriješenim pograničnim predjelima. U sukobima je stradalo više stotina vojnika, pripadnika policijskih formacija i civila, bilo je više od 2.000 ranjenih, a iz svojih domova izbjeglo je preko 100.000 civila. Sud je utvrdio postupanja suprotna Konvenciji i to članovima 2 (pravo na život), 3 (zabrana mučenja), 5 (pravo na slobodu i sigurnost), 8 (pravo na privatni i porodični život), članu 1 Dodatnog protokola 1 (pravo na imovinu), članu 2 Dodatnog protokola 4 (sloboda kretanja). Osim toga, utvrđeno je da u samom postupku Rusija nije ispunila konvencijsku obavezu da obezbijedi neophodne uslove za sprovođenje istrage od strane Suda u smislu člana 38 Konvencije. Presudom je riješeno i više prigovora, pa je sud našao da pojedina pitanja ne spadaju u jurisdikciju Rusije u smislu prve konvencijske odredbe koja propisuje obavezu ugovornica da garantuju svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene u Konvenciji. Konačno je utvrđeno da pitanje pravičnog zadovoljenja nije zrelo za presuđenje u trenutku donošenja presude.

Eskaacijom Rusko-Ukrajinske krize i aneksijom Krima nastali su i novi međudržavni sporovi protiv Rusije. Po zahtjevu Ukrajine iz 2014. godine, koji je u postupku pred Sudom u Strazburu spojen sa još jednim zahtjevom iz 2018. godine, nastao je predmet „*Re Crimea*”²¹. U decembru 2020. godine, Sud je donio odluku da, bez prejudiciranja o meritumu, proglasi dopuštenim zahtjeve koji se odnose na navodne povrede člana 2 Konvencije (pravo na život), člana 3 (zabrana mučenja), člana 5 (pravo na slobodu i sigurnost), člana 6 (pravo na pravično suđenje), člana 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), člana 9 (sloboda misli, savjesti i vjeroispovijesti), člana 10 (sloboda izražavanja), člana 11 (sloboda okupljanja i udruživanja), člana 1 Dodatnog protokola 1 (pravo na imovinu), člana 2 Dodatnog protokola 1 (pravo na obrazovanje), člana 2 Dodatnog protokola 4 (sloboda kretanja), kao i člana 14 Konvencije koji propisuje zabranu diskriminacije u vezi sa drugim članovima Konvencije.

Dalja eskalacija odnosa između Rusije i Ukrajine koja je kulminirala vojnom agresijom Rusije dovela je do toga da je Ukrajina podnijela Sudu više novih međudržavnih zahtjeva protiv Rusije, dok je jedan od njih sa Ukrajinom podnijela i Holandija, a preko osam hiljada pojedinačnih predstavki podnijeto je protiv Rusije zbog dešavanja na Krimu i u Istočnoj Ukrajini²².

Prema statističkim podacima²³ koje izrađuje Sekretarijat Suda u Strazburu samo je u odnosu na Tursku donijeto više presuda u meritumu od broja presuda donijetih u meritumu u odnosu na Rusku

²¹ Ukrajina protiv Rusije (*RE CRIMEA*), zahtjevi broj 20958/14 i 38334/18, odluka od 16. 12. 2020. godine.

²² Press country profile Russia, European Court of Human Rights, https://echr.coe.int/Documents/CP_Russia_ENG.pdf, 29. oktobar 2022.

²³ Overview ECHR 1959–2021, https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_ENG.pdf, 29. oktobar 2022.

Federaciju. Do kraja 2021. godine, u odnosu na Tursku donijeto je 3.820 presuda, dok je u odnosu na Rusiju donijeto 3.115. Kod analize ovih statističkih podataka nužno je imati u vidu i da je Turska ratifikovala Konvenciju 1954. godine, odnosno 42 godine prije Ruske Federacije. Statistički podaci pokazuju i to da je u 2.943 predmeta Sud utvrdio kršenje makar jedne konvencijske odredbe od strane Rusije, dok u 155 predmeta okončanih presudom nije utvrđeno kršenje konvencijskih prava. Najviše je bilo povreda prava na slobodu i sigurnost i to u 1.299 predmeta, prava na pravično suđenje 988, nečovječno i ponižavajuće postupanje utvrđeno je u 992 predmeta, a povreda prava na pravni lijek nađena je u 701 predmetu. Iako je Rusija bila članica Savjeta Evrope sa najvećim brojem stanovnika (oko 145 miliona), ta činjenica ne opravdava ovoliko dramatičan broj predmeta sa utvrđenim kršenjima ljudskih prava. Primjera radi, u odnosu na SR Njemačku (oko 83 miliona stanovnika) donijeta je 201 presuda²⁴ u kojima je utvrđena povreda prava, odnosno gotovo 15 puta manje presuda sa utvrđenjem povrede nego u odnosu na Rusku Federaciju, a sve uz napomenu da je SR Njemačka jedna od prvih država koja je ratifikovala Konvenciju 1952. godine.

Samo za posljednjih deset godina (2012–2022) Evropski sud za ljudska prava presudama je naložio Rusiji da isplati ukupan iznos od preko dvije milijarde eura na ime pravičnog zadovoljenja žrtvama kršenja ljudskih prava²⁵.

U izuzetno sažetom prikazu prakse koji je dat u ovom radu uočljivo je i da se radi o izuzetno dramatičnim slučajevima kršenja ljudskih prava od strane Ruske Federacije, dok je kvantifikativni izraz još dramatičniji. Iako statistike pokazuju veliki broj repetitivnih slučajeva²⁶, odnosno situacija koje se ponavljaju uočljivo je i da je njihov broj u nekim periodima i aspektima opadao odnosno da su se neke regulative i prakse vremenom mijenjale zbog uticaja koji je ostvarila Konvencija i djelovanja mehanizma nadzora, odnosno Suda u Strazburu. Utvrđivanje sistemskih ili strukturalnih problema od strane Suda dovelo je, kao što smo vidjeli, do određenih legislativnih intervencija bilo u dijelu izmjena propisa ili donošenja novih. Paralelno, nosiocu pravosudnih funkcija u Rusiji prolazili su razne obuke realizovane od strane Savjeta Evrope, nerijetko finansiranje od strane Evropske unije, čiji je cilj bio podizanje svijesti o značaju ljudskih prava²⁷. Ipak, očigledno je da Rusija nije uspostavila dostatan unutrašnji pravni i institucionalni okvir koji može obezbijediti poštovanje ljudskih prava zaštićenih Konvencijom onima koji se nalaze u njenoj jurisdikciji.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Russian Federation, <https://www.coe.int/en/web/execution/russian-federation>, 29. oktobar 2022.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ B. Bowring, EU Partners and their Responses to Russia, *The EU-RUSSIA Centre Review*, EU Human Rights Policy towards Russia, EURUSSIA Centre, Issue 16, 2010, str 35.

3. Prestanak statusa članice Konvencije

Početak režima Vladimira Putina donio je određeni optimizam na polju razvoja ljudskih prava u Rusiji, najviši sudovi sve češće su se pozivali na praksu Suda u Strazburu, a mlađe sudije, kroz razne edukacije, sticale su sve više znanja o Konvencijskom pravu, ipak, već krajem prve decenije Putinove vladavine bilo je sve manje razloga za optimizam²⁸.

Kako je vrijeme prolazilo situacija između Rusije i Savjeta Evrope postajala je sve više zategnuta. Nakon eskalacije odnosa sa Gruzijom, Ukrajina je imala sve više problema sa Ruskom Federacijom koji su eskalirali aneksijom Krima. Paralelno sve su češće kršena ljudska prava medijima i novinarima, kao i liderima i pripadnicima opozicionih političkih partija i pokreta ali i drugim grupama i pojedincima. Nevladine organizacije u Ruskoj Federaciji našle su se na posebnom udaru, javne vlasti su otežavale njihov rad čestim finansijskim inspekcijama, drugim upravnim preprekama, a nerijetko su se dešavali i fizički napadi na NVO aktiviste od strane policije tokom protesta²⁹. U posljednjoj deceniji, nevladinim organizacijama koje imaju inostrane donatore i koje su uključene u „političke aktivnosti” nametnuta je zakonska obaveza da se registruju kao „strani agenti” što je bio očigledan vid dodatnog pritiska koji je pojačan uvođenjem nove legislativne sa ciljem da se zabrane nepodobne NVO pod plaštom „prijetnje ustavnom poretku, sistemu odbrane i bezbjednosti Rusije”³⁰. Vlasti su sve više postajale netolerantne i na odluke Suda u Strazburu pa je predsjednik Savjeta Ruske Federacije, u jednom trenutku, predložio i da se pravni okvir izmijeni na način što će odluke Evropskog suda moći biti implementirane u domaći sistem samo ako ih odobri Ustavni sud³¹. Korupcija je ostala značajno prisutna pojava u funkcionisanju institucija što je, po mišljenju nekih autora, jedan od glavnih kamena spoticanja razvoju ljudskih prava u Rusiji³². Ukupna situacija kulminirala je kada je Ruska Federacija 24. februara 2022. godine započela vojnu agresiju protiv Ukrajine izazivajući hiljade civilnih žrtava, milione raseljenih lica i devastaciju države³³. Nakon više apela i upozorenja Parlamentarne Skupštine, Komiteta

²⁸ Vide B. Bowring, *Russia and Human Rights: Incompatible Opposites?*, *Gottin-gen Journal of International Law* 1, 2009.

²⁹ F. Daucé, *The Government and Human Rights Groups in Russia: Civilized Oppression?*, *Journal of Civil Society*, 2014, str. 2.

³⁰ B. Bowring, *Does Russia have a human rights future in the Council of Europe and OSCE?*, *Shifting Power and Human Rights Diplomacy Russia*, Amnesty International Netherlands, 2017, str. 60.

³¹ L. Mälksoo, *Margins of the Margin of Appreciation, Russia and European Human-Rights Law: The Rise of the Civilizational Argument*, Brill Nijhoff, Boston, 2014, str. 222.

³² V. Gefter et al, *Corruption and Human Rights in contemporary Russia. Interrelations between corruption and violation of citizens' rights and freedoms*, Center for Democracy and Human Rights Development, 2013, str. 18.

³³ Parliamentary Assembly, *Opinion 300(2022)*, 15. 03. 2022, <https://pace.coe.int/en/files/29885/html>, 29. oktobar 2022.

ministara, generalnog sekretara i komesara za ljudska prava, Parlamentarna Skupština je 15. marta 2022. godine usvojila mišljenje u kojem se, između ostalog, Ruska Federacija poziva da prekine agresiju i da povuče vojne snage sa ukrajinske teritorije, a članice Savjeta Evrope se pozivaju da pruže pomoć Ukrajini i obezbijede djelotvorno funkcionisanje humanitarnih koridora, te pomognu izbjeglicama³⁴. Istim mišljenjem Parlamentarna Skupština zaključuje da zbog ozbiljnog kršenja Statuta Savjeta Evrope od strane Rusije, Komitet ministara treba da zatraži od Ruske Federacije da se odmah povuče iz Savjeta Evrope, te ukoliko se to ne desi predlaže se određivanje datuma isključenja Ruske Federacije iz članstva.

Nakon što je Vlada Ruske Federacije obavijestila generalnog sekretara Savjeta Evrope o namjeri da se povuče iz članstva u organiziji, kao i da otkáže Konvenciju, Savjet ministara je 16. marta 2022. godine donio Rezoluciju CM/Res(2022)2 o prestanku članstva Ruske Federacije u Savjetu Evrope³⁵. Članom 58 Konvencije propisan je šestomjesečni otkazni rok u slučaju otkazivanja Konvencije, a takođe je i propisano da pod istim uslovima svaka ugovornica koja prestane da bude članica Savjeta Evrope prestaje da bude i ugovornica Konvencije.

Sekretarijat Komiteta ministara za potrebe Komiteta pripremio je detaljan memorandum o pravnim i finansijskim posljedicama prestanka članstva Rusije u Savjetu Evrope³⁶. U tom dokumentu detaljno se govori o tome u kojim sve tijelima Savjeta Evrope Rusija više neće imati predstavnike, elaboriraju se posljedice u pogledu radnih angažmana osoblja organizacije sa ruskim državljanstvom, te pitanje članstva u konvencijama i ugovornima nastalim u okviru Savjeta Evrope, naročito je obrađeno pitanje finansiranja budući da je Ruska Federacija imala značajnu kvotu u finansiranju funkcionisanja Savjeta Evrope. Posebna pažnja u memorandumu posvećena je pravnim posljedicama vezanim za Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, uz napomenu da Rusija prestaje biti članica Konvencije nakon isteka otkaznog roka od šest mjeseci. Ističe se da se može očekivati da Sud u Strazburu sve predstavke podnijete u odnosu na Rusiju nakon proteka otkaznog roka proglasi nedopuštenim po *ratione temporis* i *ratione personae* osnovu. Konačno, u memorandumu je napomenuto i da sudija koji je izabran u Sud sa liste koju je ranije dostavila Rusija mora napustiti položaj.

Imajući u vidu sve navedene okolnosti kao i relevantne konvencijske odredbe Sud je nekoliko dana nakon što je donijeta Rezolucija o

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe, <https://rm.coe.int/0900001680a5da51#:~:text=16%20March%202022%20Resolution%20CM%2FRes%282022%292%20on%20the%20cessation,at%20the%201428ter%20meeting%20of%20the%20Ministers%27%20Deputies%29,29.oktobar.2022>.

³⁶ CM (2022)79, Consequences of the aggression of the Russian Federation against Ukraine, Legal and financial consequences of membership in the Council of Europe under Article 8 of its Statute.

prestanku članstva objavio dokument pod nazivom Rezolucija Evropskog suda za ljudska prava o posljedicama prestanka članstva Ruske Federacije u Savjetu Evrope u svijelu člana 58 Evropske konvencije o ljudskim pravima³⁷. U dokumentu se navodi da Ruska Federacija prestaje da bude članica Konvencije 16. septembra 2022. godine, kao i da će Sud biti nadležan za rješavanja predstavki podnijetih protiv Rusije koje se odnose na događaje do 16. septembra 2022. godine.

U ranije pomenutoj odredbi člana 58 Konvencije koja reguliše pitanje otkazivanja navodi se i da otkaz Konvencije ne može imati za posljedicu da se ugovornica oslobodi svojih obaveza prema Konvenciji u pogledu radnji učinjenih do dana kada je otkaz počeo da djeluje, a koja bi mogla da predstavlja kršenje tih obaveza. Otvoreno je pitanje, međutim, kako će se ova odredba sprovoditi u praksi. Sudija izabran sa liste Ruske Federacije već je napustio položaj u strazburškom Sudu, a sa druge strane Konvencija predviđa učestće sudije izabranog sa liste države kada se razmatra predstavka podnijeta u odnosu na tu državu. U trenutku kad je Rusija prestala biti članica Konvencije, 17.450 predstavki podnijetih protiv nje je bilo na čekanju za odlučivanje pred Sudom u Strazburu³⁸.

Ranija praksa u ovakvim slučajevima gotovo da ne postoji. Nakon vojnog udara u Grčkoj 1967. godine, kao i sumnji na drastično kršenje ljudskih prava Savjet Evrope je pokrenuo postupak za isključenje Grčke iz članstva nakon čega se ona sama povukla iz članstva i otkazala Konvenciju u decembru 1969. godine, sa otkaznim rokom do sredina juna 1970. godine³⁹. Protiv Grčke u ovom periodu pokrenuta su dva međudržavna spora jedan prije otkazivanja Konvencije i drugi pokrenut od strane Danske, Norveške i Švedske tokom trajanja otkaznog roka, tadašnja Komisija zahtjeve je proglasila dopuštenim ali oni nisu imali konačan epilog jer su države podnositeljke odustale od njih nakon što se politička situacija u Grčkoj stabilizovala a Grčka ponovo pristupila Savjetu Evrope 1974. godine⁴⁰.

Aktuelna situacija sa Ruskom Federacijom, pored pomenutih otvorenih proceduralnih pitanja u pogledu rješavanja predstavki nameće kao izuzetno značajno i pitanje izvršenja presuda. Naime, kada se presudom Suda utvrdi kršenje odredbi Konvencije nadzor nad izvršenjem sprovodi Komitet ministara koji se stara da država na koju se odnosi predmet ispuni utvrđene obaveze bilo u pogledu otklanjanja uočenih sistemskih problema u legislativi ili praksi ili u pogledu isplate naknade za pravično zadovoljenje žrtvama povrede konvencijskih prava.

³⁷ Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf, 29. oktobar 2022.

³⁸ Saopštenje za štampu Evropskog suda za ljudska prava ECHR 286(2022) od 16. 9. 2022.

³⁹ W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 943.

⁴⁰ *Ibid.*

Međutim, mehanizam nadzora nad izvršenjem presuda ima diplomatski karakter, od države ugovornice zahtijevaju se izvještaji o izvršenju, predmeti se komentarišu na sjednicama sve do konačnog ispunjenja obaveze, sačinjavaju se godišnji izvještaji o ispunjenju obavezama, urgira se preduzimanje radnji i slično. Imajući u vidu trenutno postupanje vlasti u Rusiji i oglašavanje o pozive međunarodnih organizacija i tijela da ispune ispostavljene zahtjeve po raznim pitanjima, a prije svega da obustave agresiju na Ukrajinu, neopravdano je optimistično očekivati dobrovoljnost u ispunjenju obaveza utvrđenih pred Sudom.

Uz napomenu na ranije iznijet zaključak da Rusija nije uspostavila dostatan unutrašnji pravni i institucionalni okvir koji može obezbijediti poštovanje ljudskih prava zaštićenih Konvencijom onima koji se nalaze u njenoj jurisdikciji, posebno je pitanje nivoa poštovanja ljudskih prava u jurisdikciji Rusije nakon što je ona prestala biti članica Konvencije. Kako Sud u Strazburu nema nadležnost za događaje nastale u jurisdikciji Rusije nakon 16. septembra 2022. godine, potencijalne žrtve kršenja ljudskih prava izgubile su mogućnost podnošenja predstavi Sudu. Prema tome, svojim postupanjem javne vlasti Ruske Federacije u konačnom su lišile pojedince u svojoj nadležnosti mogućnosti da pokrenu međunarodni sistem nadzora nad poštovanjem ljudskih prava što će nesumnjivo voditi i opadanju nivoa poštovanja tih prava i ukupnoj dobrobiti i blagostanju građana koji se nalaze u jurisdikciji Ruske Federacije.

Zaključak

Od kada je Ruska Federacija ratifikovala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Evropski sud za ljudska prava, kao mehanizam nadzora nad primjenom Konvencije, identifikovao je brojne nedostatke sistemskog karaktera u legislativnom okviru Rusije ali i utvrdio izuzetno veliki broj kršenja ljudskih prava pojedinačnim aktima i radnjama. Iako je u određenom periodu postojao optimizam oko razvoja stepena poštovanja ljudskih prava u Rusiji ubrzo se pokazalo da je taj optimizam bio neopravdan jer je aktuelni režim sve više preduzimao represivne mjere koje su za posljedicu imale ozbiljna kršenja ljudskih prava grupama i pojedincima. Situacija je eskalirala aneksijom Krima da bi kulminirala vojnom agresijom na Ukrajinu započetom u februaru 2022. godine. Odbijanje vlasti Ruske Federacije da obustavi agresiju prema Ukrajini vodilo je prestanku članstva Rusije u Savjetu Evrope. Imajući u vidu da Rusija nije uspostavila dostatan pravni i institucionalni okvir koji može obezbijediti zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda onima koji se nalaze u njenoj jurisdikciji, postupanje javnih vlasti Rusije koje je uzrokovalo gubitak mogućnosti da se pokrene mehanizam nadzora nad primjenom Konvencije za posljedicu će imati i opadanje nivoa poštovanja ljudskih prava i ukupnoj dobrobiti i blagostanju građana koji se nalaze u jurisdikciji Ruske Federacije.

Literatura

1. Bowring B., Russia's accession to the Council of Europe and human rights: compliance or cross-purposes?, *European Human Rights Law Review*, 1997.
2. Bowring B., Russia and Human Rights: Incompatible Opposites?, *Göttingen Journal of International Law* 1, 2009.
3. Bowring B., EU Partners and their Responses to Russia, *The EU-RUSSIA Centre Review*, EU Human Rights Policy towards Russia, EURUSSIA Centre, Issue 16, 2010.
4. Bowring B., *Does Russia have a human rights future in the Council of Europe and OSCE?*, Shifting Power and Human Rights Diplomacy Russia, Amnesty International Netherlands, 2017.
5. Bowring B., Politics and Pragmatism: The Constitutional Court of the Russian Federation and Its 20 Years of Engagement with the European Convention on Human Rights, *East European Yearbook of Human Rights*, 2018.
6. Daucé F., The Government and Human Rights Groups in Russia: Civilized Oppression?, *Journal of Civil Society*, 2014.
7. Gefter V. et al., *Corruption and Human Rights in contemporary Russia. Interrelations between corruption and violation of citizens' rights and freedoms*, Centre for Democracy and Human Rights Development, 2013.
8. Harris D. et al., *Law of the European convention on human rights*, Oxford University Press, 2018.
9. Mälksoo L., *Margins of the Margin of Appreciation, Russia and European Human-Rights Law: The Rise of the Civilizational Argument*, Brill Nijhoff, Boston, 2014.
10. Omejec J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava strazburški *acquis*, *Novi informator*, Zagreb, 2014.
11. Schabas W. A., *The European convention on human rights a Commentary*, Oxford University Press, 2017.

Internet izvori

1. Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Russian Federation, <https://www.coe.int/en/web/execution/russian-federation>.
2. Parliamentary Assembly, Russia's request for membership in the light of the situation in Chechnya, Resolution1055(1995), <https://pace.coe.int/pdf/4f521885b5b56d74ad153da9ef46ea413f8a-efc315dd61cb117d383c59776bcc/resolution%201055.pdf>.
3. Parliamentary Assembly, Procedure for an opinion on Russia's request for membership of the Council of Europe, Resolution1065(1995) <https://pace.coe.int/pdf/d9739797c4a9316cc5460956284e-0106181a0f3be20e80e1a51832155273af15/resolution%201065.pdf>.
4. Parliamentary Assembly, Russia's request for membership of the Council of Europe, Opinion 193 (1996), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=13932>.
5. Committee of ministers, Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd18e.
6. Press country profile Russia, European Court of Human Rights, https://echr.coe.int/Documents/CP_Russia_ENG.pdf.

7. Overview ECHR 1959–2021, https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_ENG.pdf.
8. Parliamentary Assembly, Opinion 300(2022), 15. 03. 2022, <https://pace.coe.int/en/files/29885/html>.
9. Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe, <https://rm.coe.int/0900001680a5da51#:~:text=16%20March%202022%20Resolution%20CM%2FRes%282022%29%20on%20the%20cessation,at%20the%201428ter%20meeting%20of%20the%20Ministers%27%20Deputies%29.>
10. Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf.

Praksa suda u Strazburu

1. Ananyev i drugi protiv Rusije, predstavke broj 42525/07 i 60800/08, presuda od 10. 01. 2012. godine.
2. Burdov protiv Rusije, predstavka broj 59498/00, presuda od 07. 05. 2002. godine.
3. Burdov protiv Rusije (broj 2), predstavka broj 33509/04, presuda od 15. 01. 2009. godine.
4. Gerasimov i drugi protiv Rusije, predstavka broj 29920/05 i druge, presuda od 01. 07. 2014. godine.
5. Gruzija protiv Rusije, zahtjev broj 13255/07, presuda od 03. 07. 2014. godine.
6. Gruzija protiv Rusije (II), zahtjev broj 38263/08, presuda od 21. 01. 2021. godine.
7. Nagovitsyn i Nalgiyev protiv Rusije, predstavke broj 27451/09 i 60650/09, odluka od 23. 11. 2010. godine.
8. Tunikova i drugi protiv Rusije, predstavka broj 55974/16 i druge, presuda od 14. 12. 2021. godine.
9. Ukrajina protiv Rusije (RE CRIMEA), zahtjevi broj 20958/14 i 38334/18, odluka od 16. 12. 2020. godine.

Siniša Gazivoda, LL. M

RUSSIAN FEDERATION AND THE EUROPEAN CONVENTION — EAST OF THE HUMAN RIGHTS

The termination of the membership of the Russian Federation in the Council of Europe in March 2022 also meant the termination of its status as a contracting party to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, with a notice period of six months. These circumstances inspire to take a look at the practice of the Court in Strasbourg in relation to Russia for the past quarter of a century, when Russia was a member of the Convention. The analysis of judicial practice offers an answer to the question of how the convention system affected the legal and institutional framework of Russia and how the termination of membership will affect the level of protection of basic human rights and freedoms in Russia.

Keywords: European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, Russian Federation, European court of human rights

Izazovi u postupku izbora istaknutih pravnika za članove pravosudnih savjeta — normativni okvir i praksa**

„Kada vidim istaknutog pravnika, prepoznaću ga”
(V. Čerčil)

Svaki razgovor o sudu i sudijama počinje načelom nezavisnosti. To važi i za način izbora sudija, jer, već pri ulasku u „sudijski red” ono se može osnažiti ili ugroziti. I zato odgovaramo na upit — ko bira sudije, i još bliže, kako izabрати one koji to čine u ime nesudijskog dijela pravničke zajednice.

O tome se na ovom fakultetu raspravljalo i prije jednog vijeka, sa porukama koje i danas traju. Tako će Živojin Perić poručiti:

„Pitanje o nezavisnosti sudskoj jeste, može se reći, jedno od onih pitanja javnog prava o kojima se više ne diskutuje... Primedbu treba učiniti stoga što u pogledu sredstava koje se mogu smatrati kao najpodesnija da se nezavisnost sudova ujemči, ne vlada uvek potpuna saglasnost”.¹ I Đorđe Tasić će pisati o opasnosti „koterijaštva” kao zatvaranju u pravničke krugove, onome što bi se danas nazivalo „sudskim korporativizmom” ili „sudokratijom”.

Od tada do danas traje i rasprava o „najboljem modelu izbora sudija”. Zato imamo i naglašenu ustavnu dinamiku na ovom planu, najčešće podstaknutu pravosudnim reformama kao uslovu da budemo dio modernog evropskog pravnog prostora. Sve to usložnjava činjenica da postoji diverzitet u načinu izbora sudija, što važi i za pravosudne savjete, ali i za izbor istaknutih pravnika u ova tijela. Jer, način izbora istaknutih pravnika, u principu, kasnije utiče na njihovu objektivnost u izboru sudija. Kako su birani tako će i birati. Interes sudije je da ga biraju eminentni pravници, a interes građanina je da mu sude najkvalitetnije sudije.

U dijelu sprovođenja usvojenih amandmana na Ustav Republike Srbije, predočavam dva osnovna izazova, svjestan da se time ne

* Redovni profesor na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica, e-mail: mladen.vukcevic@udg.edu.me.

** Osnovu ovog priloga čini uvodno izlaganje autora na konferenciji „Podrška reformi pravosuđa u Srbiji — uloga istaknutih pravnika u pravosudnim savjetima”, koja je u organizaciji Savjeta Evrope, Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Društva sudija Srbije 3. juna 2022. godine održana u Beogradu.

¹ Pristupno predavanje iz teorije građanskog sudskog postupka od 15. oktobra 1898. godine.

iscrpljuje njihova lista, ali, svjestan i da je rok od godinu dana iz člana 2 Ustavnog zakona za sprovođenje Akta o promjeni Ustava prilika da se ustavna rješenja „dokompletiraju”, prvenstveno u Zakonu o Visokom savjetu sudstva. Hod od prvih verzija amandmana do usvojenih amandmana ukazuje da i ovdje može doći do poboljšanja.

Prvi izazov jeste — da li je predloženo rješenje doprinos brojnim modelima izbora istaknutih pravnika, konkretnije, da li se radi o modelu koji se oslanja na „većinski ispunjene preporuke” VK ili je u zoni očekivanja da se „smanji rizik od politizacije VSS”, posebno imajući u vidu deblokirajući mehanizam, a drugi — kako u pod-ustavnoj ravni unaprijediti način izbora istaknutih pravnika a da se ne ogriješimo o ustavno rješenje, kakvim ga god percipirali.

U odgovoru na prvo pitanje primjećujem da je usvojeno amandmansko rješenje o izboru istaknutih pravnika dijelom specifikum, kakvih smo nerijetko imali na ovim prostorima i uvijek im s oprezom pristupam.

Oprez potkrepljujem primjerom Crne Gore, koji potvrđuje da je ustavni i zakonodavni optimizam sastavni dio pravne istorije na ovim prostorima, oličen u uvjerenju da je dovoljno propisati da bi se nešto ostvarilo. Naime, mi smo u postupku usvajanja amandmana iz 2013. godine imali slična polazišta i obrazloženja da se to čini radi „ispunjavanja uslova za brže evropske integracije”. I pristupilo se izradi amandmana, uz značajno uključivanje VK i poštovanje preporuka iz relevantnih međunarodnih dokumenata (ONNS, Evropska povelja o zakonu za sudije, Konsultativnog vijeća evropskih sudija i dr.).

Međutim, ta dokumenta nude samo okvirne standarde a ne konkretna rješenja. Tako je u članu 1 Evropske povelje o zakonu za sudije utvrđeno da se preporučuje formiranje posebnog tijela za izbor sudija (u kome sudije čine barem polovinu članova), ali i da se, u zemljama sa značajnom sudskom tradicijom, kvalitet izbora sudija može postići i na drugi način, što pretpostavlja uvažavanje različitih pravnih kultura i tradicija. S druge strane, za države u tranziciji predviđeni su zahtjevniji uslovi. U našem slučaju to je učinjeno do mjere da smo dobili unikatno ustavno rješenje u Evropi, mislim i u svijetu. U čemu se sastoji? Paritetan broj članova Sudskog savjeta iz reda sudija i uglednih pravnika koji se biraju dvotrećinskom većinom u prvom i tročetvrtinskom u drugom krugu, a po funkciji su članovi predsjednik Vrhovnog suda i ministar pravde. Predsjednika Sudskog savjeta bira Sudski savjet, dvotrećinskom većinom iz reda uglednih pravnika.

Takav pristup VK je ocijenila kao „veoma pozitivan”, osim u dijelu članstva ministra pravde. Međutim, za koji dan naš Sudski savjet će obilježiti četvrtu godišnjicu svog produženog mandata, kao posljedicu izostanka postizanja potrebne skupštinske većine.

Zato, moramo ponoviti još jednom — treba saslušati preporuke, ali, one nude okvirne standarde, a na nama je *modus operandi*, jer, mi ćemo primjenjivati rješenja ili brinuti o blokadama. Primjera radi, neke od njih sadrže i predloge o učešću nepravnikâ u pravosudnim savjetima, mada je u amandmanima koje razmatramo to pitanje

zatvoreno, budući da oni poznaju pojam „istaknuti pravnik”. Sve to upućuje na zaključak da sudski organizam ne može primiti svaku vrstu pravnog transplanta, zato je važna kontekstualizacija preporuke. Mada, iskreno govoreći, i mi učestalošću zahtjeva i međusobnih prigovora doprinosimo broju rebusa koje evropske adrese kasnije rješavaju.

Dakle, i na tom primjeru i na primjeru amandmana koji su pred nama, zahtjevna većina za izbor istaknutih pravnika jeste nesporna, ona upućuje na veću „parlamentarnu inkluzivnost”, čiji epilog treba da bude odluka najmanje 2/3 poslanika. Međutim, ovi razlomci na ovim prostorima nerijetko poprimaju drugačiju dimenziju u politički podijeljenim društvima, sa stalnim izbornim procesima i čestim bojkotima parlamenta. Kao da nemamo predizborno i postizborno vrijeme, mi smo stalno u izbornom vremenu. Uz to ide i odsustvo sadržajne tradicije političkog, a posljedično i pravničkog dijaloga. I onda ostaje da čekamo pogodan „ustavni trenutak”, odnosno parlamentarnu konfiguraciju koja će omogućiti kvalifikovanu većinu.

Upravo stoga, u kontinuitetu se zalažem da istaknute pravnike, ili bar dio njih, biraju pravničke asocijacije. Jer, ukoliko sudije u Sudski savjet bira Konferencija sudija kao svojevrsan sudijski parlament, zašto advokatski parlament oličen u Skupštini advokatske komore ne bi birao svog predstavnika ili zašto to ne bi činila zajednica vijeća pravnih fakulteta u ulozu profesorskog parlamenta ili slično tijelo. Na taj način dobila bi se legitimnost, a istovremeno prevenirala skupštinska blokada u izboru ovog dijela članova savjeta.

Međutim, ako usvojeni amandmani ne sadrže takav model izbora istaknutih pravnika, treba razmisliti da se u daljoj razradi usvojenog rješenja obezbijedi inicijalno ili konsultativno učešće struke, odnosno pravo da kandidaturu pojedinca prati podrška nekog od esnafskih udruženja. To ima uporište u mišljenju 24 tačka 31 CCJE u preporuci da treba omogućiti „izbor ili nominaciju” od strane strukovnih asocijacija (podvukao M. V.). To ne nadomještava direktan izbor od strane struke, ali smanjuje mogućnost da struka bude zaobiđena principom samokandidovanja, koji, načelno nesporan ali stranački podstaknut može dovesti do tzv. „očekivanog izbora”.

Sada o deblokirajućem mehanizmu u slučaju nepostizanja dvotrećinske podrške i rješenju da je nadomjesti izbor od strane Komisije koju čine čelnici različitih institucija. To nije u sadržinskom saglasju sa međunarodnim dokumentima koji postojanje kvalifikovanih većina potenciraju kao model kompromisa vlasti i opozicije, kao sredstvo za „uključivanje opozicije i podsticanje međustranačke saradnje” u odabiru istaknutih pravnika. Na to upućuje pomenuto mišljenje CCJE, kao i deklaracije ENCJ zasnovane na anketiranju samih sudija. Pored toga, i uporedna rješenja, ne samo po ovom pitanju, kao model deblokade najčešće poznaju manju kvalifikovanu većinu, dakle, istovrsnost osnovnog i deblokirajućeg rješenja.

Međutim, ovdje je drugačiji deblokirajući mehanizam (petočlana komisija) koji se vjerovatno dovodi u vezu sa određenjem iz prethodno

citiranog dokumenta u kome se utvrđuje „uključivanje opozicije ili pozivanje drugih institucija na izbor s liste kandidata koji su ušli u uži izbor (podvukao M. V.). I ja ne sumnjam da će Komisija ostvariti taj zadatak, međutim, upitno je da li će njegovo postojanje uticati da splasne entuzijazam za postizanje većine, prepuštajući se deblokiranju u kome volja petorice nadomještava volju najmanje 167 poslanika Narodne skupštine Republike Srbije. To realno može dovesti da se u praksi istaknuti pravnici češće biraju na takav, deblokirajući način, nego kvalifikovanom većinom.

Naravno, ovo ne znači da sporim reprezentativnost tog tijela, ali je sporna njegova legitimnost i nova ustavna ovlašćenja koje dobijaju čelnici tih institucija, od kojih je prvoimenovani (predsjednik parlamenta) prepoznatljiva politička figura a u Komisiji on nije jedini koga bira parlament, i to običnom većinom. Kao posljedica toga, izvorišta legitimiteta istaknutih pravnika mogu biti različita, u zavisnosti od toga ko ih bira. Kao rezultat toga u savjetu možemo dobiti dvije vrste istaknutih pravnika: 1) one koji su birani u Skupštini, i 2) one koji bi se, u sadržinskom smislu, doživljavali kao postavljeni od Komisije.

Stoga je pri takvom rješenju neophodno objektivizirati njihovo postupanje, u amandmanski mogućim granicama. Recimo, zahtjevnijim kvorumom za rad komisije i donošenje njenih odluka, obavezom tajnog glasanja, obavezom podnošenja temeljnog obrazloženja pri izboru kandidata, punom transparentnošću koja bi podrazumijevala direktne prenose intervjua sa kandidatima, utvrđivanjem razloga za obavezno izuzeće članova petočlanog tijela usljed potencijalnog konflikta interesa, konsultovanjem stručnih asocijacija ili njihovim učesćem u formi dostavljanja mišljenja, utvrđivanjem šireg strukturiranog intervjua kako bi on ostao u zoni pravničkog a ne političkog vrednovanja kandidata i slično.

U odgovoru na drugi izazov, kako zakonom, pravilima ili kodeksom bliže urediti izbor istaknutih pravnika, često se citira da je istaknuti pravnik čovjek hladne glave, toplog srca i čistih ruku (Z. Latic). Ipak, idealnu pravničku anatomiju lakše je opisati nego propisati, zato, treba da iskoračimo iz načelnih određenja i govorimo o tome — što prepoznaje pripadnika pravničkog esnafa kao istaknutog pravnika?

U prvom redu to je njegova priznatost, ali, on tu nije sudija u svom sporu, treba da ga prizna pravnička zajednica. Koja? Ona u kojoj je gradio karijeru i ona šira. Međutim, različite pravničke profesije poznaju različite modele vrednovanja rada, i sve ih moramo uvažiti budući da međunarodni dokumenti preporučuju postojanje njihove ravnomjerne zastupljenosti. U okviru toga, primjera radi, treba razmotriti i da li da bivše sudije budu članovi pravosudnih savjeta, odnosno da li postoji zabrana njihovog izbora koja počiva na principu „jednom sudija uvijek sudija”, recimo, sadržana u deklaracijama ENCJ.

Najkraće, o uslovima koje amandmani utvrđuju, a to su: decenija radnog iskustva i nepripadanje stranci. To su samo eliminatorne odrednice i one utvrđuju ko ne može nositi epitet istaknutog

pravnik, ali ne i ko je istaknuti pravnik. Ipak, one su od značaja budući da se u njihovom odsustvu za istaknute pravnike mogu birati i oni koji su na početku pravničke karijere.²

U spisku kriterijuma koji bi mogli objektivizirati pridjev „istaknuti” i objasniti izuzetnost njegovog nosioca, pokušaću da navedem neke kriterijume koji bi mogli biti zajednički za sve pravničke profesije, i neke koji su posebni. Svjestan sam da ih je potrebno uobličavati u standarde, ne pretendujući na kazuistički pristup, a posebno ne na njihovu kvantifikaciju i sistem bodovanja kojim bismo „izračunali” ko je istaknuti pravnik. Stoga, navodim kriterijume koji bi mogli imati supstancijalni karakter, dok su oni koji imaju obilježja proceduralnog karaktera, samo u neophodnoj mjeri predmet mog izlaganja. Takođe, cijenim da je teško pretendovati na univerzalnost tih kriterijuma imajući u vidu da nadležnosti pravosudnih savjeta, pored ostalog, opredjeljuju profil istaknutog pravnika.

U okviru zajedničkih „zahtjeva za prepoznavanje i priznavanje uglednog pravnika” to su: 1) zahtjev da se u radnoj karijeri kandidat nije ogriješio o pravila struke — pravna i etička (odsustvo osude u bilo kom pravnom postupku ili povreda etičkog kodeksa bilo koje pravničke profesije), i 2) odsustvo konflikta interesa koje bi otklonilo sumnju u potencijalnu pristrasnost, posebno onu koja ima osnov u srodničkoj vezi sa nosiocima istaknutih političkih ili pravosudnih funkcija.

U okviru posebnih zahtjeva za istaknute pravnike, to su:

— iz reda akademske zajednice: da posjeduju nastavnička zvanja, odnosno kvalifikacije kojim je vrednovan njihov rad od svog i drugih univerziteta (izborom, dodjelom zvanja, angažovanjem u nastavnom procesu i sl.). Dalje, da su to, u prvom redu, nastavnici na pozitivnopravnim disciplinama; da su kreirali nove oblike edukacije pravosudnog kadra ili učestvovali u njima — u pravosudnoj akademiji, drugim oblicima inicijalne i kontinuirane edukacije sudija, zatim na seminarima, konferencijama; da imaju zavidnu bibliografiju; da su učesnici na domaćim i međunarodnim projektima koji se odnose na organizaciju i funkcionisanje pravosudnog sistema ili oblikovanje ustavnih rješenja o pravosuđu; da su učestvovali u izradi važnih zakonskih akata, izradi komentara zakonskih propisa, zbirki odluka, hrestomatija i drugih radova kojima se prati i unapređuje sudska praksa; da su dobitnici univerzitetskih ili državnih priznanja za pravničko stvaralaštvo i sl.

— iz reda drugih pravničkih profesija neki zahtjevi bi bili ponovljeni (profesionalna priznanja i nagrade, objavljeni radovi, posjedovanje dodatnih nivoa akademskog obrazovanja i sl.) ali neki isključivo za njih vezani — učesće u organima upravljanja strukovnih asocijacija — Advokatske, Notarske, Komore javnih izvršitelja; angažovanost u radu pravnih klinika, zatim u pravničkim asocijacijama čiji su

² Primjera radi, u Makedoniji je iz reda istaknutih pravnika biran kandidat koji je sudski saradnik.

predmet rada pravosudna istraživanja ili pomoć u zaštiti prava građana u sudskim postupcima; obavljanje rukovodećih i odgovornih dužnosti u dijelu pravničke karijere u privredi, upravi i dr.; iskustvo u radu arbitraža, centara za posredovanje i slično.

Može se zaključiti nečim što nije novo, ali jeste neophodno — preduslov za valjanu dogradnju načina izbora istaknutih pravnika je dalje uključivanje pravničke zajednice. To se čini raspravama o ulozi istaknutih pravnika, koje ne treba da doprinose stvaranju mita o istaknutom pravniku, niti nuđenju gotovih rješenja, ali mogu ponuditi okvir za njihovu sliku. Ukoliko sam u tom oblikovanju imalo doprinio, biću zadovoljan.

Rodžer Koterel, *Pravna kultura*,
CID, Fakultet pravnih nauka UDG,
Podgorica, 2022.

Djelo *Pravna kultura*, istaknutog engleskog pravnog mislioca Rodžera Koterela, prevedeno je i objavljeno u zajedničkom izdavačkom poduhvatu CID-a i Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica. Na samom početku valja ukazati na nužnost ponovne primjene sociološkog metoda, ne samo u stvaranju, već i u samoj primjeni prava. I sam Koterel, na početku svoje knjige, zastupa tezu da je pravne ideje nemoguće adekvatno razumjeti ako se ne usvoji sociološka perspektiva, zasnovana na društvenoj teoriji. Ono što se po svim svojim osobenostima suprostavlja tom sociološkom pristupu, jeste tvrdi i ograničeni normativistički pristup, onaj koji svu suštinu i smisao prava vidi u jezičkom izrazu neke pravne norme. Normativizam, koji je doveden do svojih krajnjih granica, podrazumijeva svojevršno logiciranje povodom same pravne norme, povodom svih *eksterna* koje ta norma treba urediti, kao i povodom svih drugih pravnih pojmova koji se iz neke norme izvode. To znači da se iz pojma pravne norme, kako je o tome govorio velikan naše pravne misli Stevan Vračar, logiciranjem izvode svi pravni pojmovi, a u užem smislu to znači da se i država u cjelini i svi državni fenomeni svode na pravne norme. *Status quo* ne smije biti dozvoljen u pravu i zbog toga proučavanju prava uvijek treba pristupati sa neke tačke koja je viša u odnosu na puko jezičko značenje norme. Ta tačka podrazumijeva kritički odnos prema pravu; uporno i trajno preispitivanje svih sastavnih djelova neke pravne norme i svih odnosa na koje se ona ima primjenjivati. Slijedeći misao o pomenutom koju nam je ostavio Radbruh, treba reći da u postojećim pravnim propisima valja prihvatiti samo ono što možemo nazvati *ispravnim pravom*. Ispravno pravo je ono pravo koje je u skladu sa pravdom i drugim pravnim vrijednostima. Sve ono što je suprotnosti sa principima pravde, pravne sigurnosti i drugim nosećim stubovima prava kao cjeline, trebalo bi odbaciti kao po prirodi nepripadajući dio pravnog sistema. Tvrditi da je pravo pravda samo na temelju onoga što se normativizmom proklamuje, opasno je i to će nužno svako društvo voditi u državno-pravnu i moralnu propast.

^{*} Saradnik u nastavi na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica, emel.mujevic@udg.edu.me.

Na osnovu izloženog, odnosno, na osnovu negativnosti koje se mogu javiti isključivim normativističkim pristupom, Koterel je u prvom dijelu knjige utvrdio da, posmatrajući i proučavajući pravo, kao društvenu nauku, moramo razmotriti opšti karakter društvenih odnosa, društvenih ustanova i društvene promjene. U uvodnom dijelu svoje knjige on pravo daje karakter praktične analize društvenog života. Apstrahovanje, generalizovanje i konceptualizacija društvenih odnosa zadatak je svakog pravnika prilikom pravnih tumačenja onog što zovemo društvenim. Iako je ranije postojao stav da je sociologija rođena u stanju neprijateljstva prema pravu (Timašefovova opaska na spise Ogista Konta), Koterel navodi da, iako je između te dvije nauke postojao odnos konkurencije (na primjer, stručnjaci iz oblasti društvenih nauka često su izjavljivali da je pravo nevažno za njihovo proučavanje, jer se pravni fenomeni mogu objasniti bez pribjegavanja pravnim kategorijama; isto tako, pravnici su često odbacivali društvenu nauku kao nerelevantnu za objašnjenja i shvatanja za kojima tragaju)¹, ipak danas postoje jake veze između pravnih studija i društvenih istraživanja, u pogledu polja interesovanja, praktičnih ciljeva, pa čak i metoda prakse.

U drugom poglavlju Koterel govori o pravnom pluralizmu i zašto je bitno udaljiti se od ideje unifikovanog prava donijetog isključivo od strane države. Naime, ovo poglavlje obrađuje pitanje odnosa filozofije i sociologije prava. Sociološki pristup dovodi u pitanje pravničke pretpostavke o društvenom. Sociološki pristup zahtijeva višestranu pogled na pravo; pravo kao pojava i kao nauka nije samo proizvod jedinstvenog i sistematizovanog prava nacionalne države, već i proizvod tumačenja na mnogim konkurentskim mjestima i izvan države. Da bismo odredili sociološki pojam prava, moramo se često oslanjati na suprostavljene, nejasne ili kontroverzne tvrdnje autoriteta. Iz tog razloga, ovakav sociološki pristup, prema riječima Koterele, postavlja pravnu teoriju pred dilemu: kako u pravnom mišljenju pomiriti zahtjeve univerzalnog i partikularnog, globalnog i lokalnog, posljedice širokog spektra transnacionalnih i internacionalnih sila koje oblikuju pravo. Koterel dalje zaključuje prezentovanjem još jedne dileme, a tu ističe problem redefinisavanja odnosa između političkih i moralnih osnova pravnog autoriteta u doba kada se nacionalna država pojedinačnih subjekata pravnog suverena čini sve manje tipičnom ili adekvatnom vezom društvenog za pravo. Iz tog razloga, savremena filozofija i sociologija prava morale bi ponuditi teorijski odgovor na takva pitanja.

Koterel smatra da sociološko shvatanje pravnih ideja nije samo korisno, već i nužno, odnosno, pravne nauke zahtijevaju sociološko razumijevanje prava. To, kao i pitanje mogu li sociopravna istraživanja da utiču na formu i oblik pravnog tumačenja prava, predmet je

¹ Shodno ovome, kako Koterel dalje navodi, sociolozi tumače društveni svijet, a posao pravnika je da ga uređuju i pokreću, razvijajući pravne ideje o društvenom kao neophodnom za postizanje željenih rezultata.

trećeg poglavlja. Njegovo pozivanje na sociološki metod treba razumjeti u vezi sa njegovom idejom društvenog učešća i kreiranju zajedničkog i postojanog povjerenja. Uloga sociologije ovdje je u pitanjima, kao što su: a) na koji način uspostaviti takvo društvo?; b) kako održati takvo društvo u zajednici?; c) koje su njegove granice? Sociološki pristup tumačenju prava podrazumijeva sistematsko tumačenje prava kao aspekta društvenih odnosa. Prema Koterelovim riječima: „Posmatrano na ovaj način, sociološko istraživanje je neophodno sredstvo za proširenje pravnog razumijevanja — sistematskog i empirijskog razumijevanja izvjesnog aspekta društvenog života koji se prepoznaje kao pravni”.

U četvrtom poglavlju, autor uvodi koncept zajednice kao kolektivnog uključivanja u pitanja od opšteg značaja. Pravni koncept zajednice podrazumijeva, na određeni način, pravno posmatranje društvenih pojava i odnosa. U ovom poglavlju se govori o četiri osnovna tipa zajednice, odnosno kolektivne uključenosti, nešto slično Veberovim idealnim tipovima društvenog djelovanja: *tradicionalna zajednica*, *instrumentalna zajednica*, *zajednica vjerovanja* i *afektivna zajednica*. Suština iskazana u ovom poglavlju odnosi se na činjenicu da pravni koncept zajednice nudi sredstva za preispitivanje odnosa prava prema raznolikosti društvenog grupisanja. On je osmišljen da bi se istakla potreba za regulatornim izrazom zajedničkih odnosa povjerenja. Pravni koncept zajednice prepoznaje raznolikost ovih odnosa i formi njihovog izražavanja.

Dok je prvi dio knjige vezan za odnos prava i sociologije, i to u poglavlju koja su već predstavljena, drugi dio odnosi se konkretno na pitanja pravne kulture. Tako, u petom poglavlju koje nosi naslov „Koncept pravne kulture”, Koterel uvodi čitaoca u sadržaj koji slijedi pitanjem: „Kako sociopravna teorija može pomoći uporednim pravnim studijama?”. Pravna kultura predstavlja sredstvo za spajanje težnji sociologije prava i uporednog prava. Uporedno pravo daje nam odgovore na pitanja sličnosti i razlika između različitih svjetskih sistema prava. Koterel navodi da ideja pravnih sistema, bez obzira na svoje poteškoće, ukazuje da se različiti sistemi državnog prava, ili centralni elementi pravne doktrine unutar njih (uključujući stilove razvoja i predstavljanja doktrine, i pravnog rasuđivanja i tumačenja), mogu smatrati dovoljno sličnim da poređenje bude plodonosno. Istovremeno, ona ukazuje da se ovi uporedivi sistemi ili elementi sistema, posmatrani kao grupa, razlikuju od drugih koji se u analitičke svrhe tretiraju kao kvalitativno udaljeniji. Koterelu nije relevantan pogled na kulturu kao takvu, kad objašnjava suštinu uporednog prava, već različite kulturološke komponente kolektivnog uključivanja. Pravna kultura se može shvatiti kao skup različitih kultura, od kojih su neke lokalne, a neke univerzalne. Ipak, vrlo često će oslanjanje na opšti pojam kulture voditi djelimičnoj nemogućnosti teorijske identifikacije specifične pravne kulture. Suština ovog poglavlja sastoji se u predstavljanju moći državnog pravnog sistema koja se

treba iskoristiti za stvaranje strukture društvenog razumijevanja, stavova i vrijednosti među građanima.

U narednim poglavljima, autor se bavi sljedećim pitanjima: pravo u kulturi, pravni transplanti, sociologija i uporedno pravo, tumačenje u uporednom pravu. Veoma je karakteristična višedimenzionalnost Koterelovog sociološkopravnog stanovišta. On kroz cijelo svoje djelo neprekidno i na razne načine ističe složenost društvenih i pravnih odnosa i razne dimenzije tih međusobno isprepletanih odnosa. U dijelu koji govori o pravu u kulturi, fokus je upravo na pitanju kako se ideja kulture može na odgovarajući način *pravno* tretirati. Autor smatra da je odgovor na to pitanje sadržan u nužnosti rastavljanja kulture na sastavne djelove i posmatranju istih tih djelova u različitim tipovima društvenih odnosa u zajednici. Šest fokusa pravnog istraživanja u kojima se kultura stavlja na centralno mjesto su: uporedno pravo, liberalizam i multikulturalizam, pravne definicije kulture, odbrana kulture, pravo i popularna kultura, pravo i kulturno nasljeđe. Koterel detaljno obrazlaže mnoge aspekte tog pravno-kulturnog povezivanja kroz ovih šest cjelina, a zaključuje stavom da se odnosi prava i kulture moraju rekonceptualizovati i moraju se smatrati problemima pravne regulative koja se odnosi na različite tipove zajednice kojom se pravo bavi i mrežama društvenih odnosa u kojima se ovi tipovi kombinuju.

Teorija pravnih transplanata Alana Votsona predmet je daljeg rada. Ta teorija govori o prenošenju ili pozajmljivanju pravnih rješenja između različitih pravnih sistema. Koterel ukazuje na slabost ove teorije u pogledu manjka njene društvene zasnovanosti. Tipološki pristup pravo-i-zajednica ne pruža opštu logiku pravnih transplanata, već doprinosi okviru za ispitivanje pozajmljivanja prava u određenim kontekstima. Koterel kritikuje problematiku koju su Votson i Evald postavili povodom odnosa između uporednog prava i sociologije prava na taj način što tvrdi da ona sprječava produktivnu interakciju među njima. Pristup pravo-i-zajednica dozvoljava da se tretiraju uslovi koji omogućavaju djelovanje tradicije. Naglašava se ta „unutrašnja” pravna kultura pravnika i zakonodavaca, za čije proučavanje uporedno pravo nudi moćne i dobro razvijene resurse. Ali, naglašava se takođe i efekat zajedničkog iskustva i okruženja drugih društvenih grupa ili djelova društva, ili društva kao cjeline. Osim tradicije, i druge vrste društvenih veza su predmet razmatranja, a ako ih tretiramo kao apstraktne ideje zajednice, prema riječima Koterela, moguće je uvidjeti složenost bilo koje logike pravnih transplanata.

Sociologija prava i uporedno pravo povezani su još od samih početaka, pa se tako prvobitna sociologija u velikoj mjeri oslanjala na rad poznatih komparativista. Koterel kritikuje manjak posvećenosti savremenih sociologa prava i pravnih komparativista u međusobnoj saradnji, tvrdeći da sociologija prava i uporedno pravo mogu biti kompatibilni, ako bi se pitanja smjestila u istorijsku perspektivu. Kako i sam kaže: „Sociolozi prava trebalo bi da koriste istraživanja uporednog prava. Stručnjaci iz uporednog prava trebalo bi da budu svjesni

socioloških problema i pretpostavki, te da ih uvrste u svoj rad”. Posebno je zanimljiv autorov osvrt na razloge zbog kojih prava treba međusobno upoređivati. Poređenje pravnih sistema neophodno je i ne treba ga izostavljati iz središta ideje uporednog prava, jer ono podrazumijeva veze sa društveno-naučnim idejama i zavisnost od njih. Te veze „ne zahtijevaju niti sugerišu bilo kakvu poredenost jedne akademske discipline drugoj u hijerarhiji objašnjenja”. Sociologija prava i uporedno pravo moraju saradivati, jer zavise jedno od drugog, u empirijskom proučavanju prava. Uporedno pravo se, osim toga, mora tumačiti šire nego što to omogućavaju metode kojima se služe drugi pravници. Međutim, tumačenje u uporednom pravu nije podložno bilo kakvoj krajnjoj sudskoj ili zakonodavnoj kontroli. Koterel zastupa stav da „autoritet tumačenja u uporednim pravnim studijama uglavnom dolazi direktno iz društvenih izvora u različitim mrežama zajednice kojima služi pravna regulativa”. Iako će nacionalna država u doglednoj budućnosti ostati jedinstveni fokus gotovo svih pravnih propisa, komparativisti i sociolozi bi trebalo da budu, kako smatra Koterel, u stanju da istraže potrebe za regulatornom lokalizacijom unutar države ili bez obzira na nju. Koterelov predlog koncepta u takvom poduhvatu jeste koncept zajednice.

Prezentacija problema i različitih područja specijalizacije, u ovoj knjizi, zaista su impresivni. Koterel diskutuje o problemima pravne hermeneutike, sistema prava, pravnog pluralizma, pravne kulture, i brojnim drugim. Međutim, centralna ideja knjige jeste u tome da se ukaže na nužnost posmatranja prava kao dijela zajednice. Koterel se kroz cijelo djelo vraća na svoju pravo-i-zajednica perspektivu, koje mu služi kao rješenje za brojne konceptualne probleme pravne doktrine, pravnog i sociološkog istraživanja, kao i uporednog prava. Pravo, prema njemu, ne podriva, već daje bazu zajednici; ono ne narušava društvene veze, već ih učvršćuje. Iz tog razloga pravna nauka i sociološki pristup moraju biti vezani jedno za drugo.

Na osnovu svega navedenog, ovo djelo preporučujemo, osim studentima osnovnih i postdiplomskih studija, i svima drugima koji bi da se upoznaju sa temeljnim pitanjima međusobnog odnosa prava i sociologije, kao i sa pitanjima pravne kulture i njenog mjesta u savremenom svijetu. Pravna kultura predstavlja oblast prava koja sve više dobija na značaju, a uvođenje tog predmeta kao obaveznog čini se kao nužna pretpostavka za osiguravanje sticanja pravne naobrazbe koja bi danas mogla biti globalno konkurentna. Filozofija prava koja bi bila sasvim odvojena od sociologije prava svela bi se na dogmatiski racionalizam, a takva je filozofija relikta prošlosti. Knjiga *Pravna kultura*, autora Rodžera Koterela, prilog je težnji približavanja te dvije discipline kojima je izvor isti.

Dr Mihailo Konstantinović,
redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

OBRAZLOŽENJE Prednacrta zakonika o obligacijama*

— Opšti deo —

(Pregled osnovnih ideja i pojedinih odredaba Prednacrta)

jula 1966. godine, Beograd

I. — OPŠTE NAPOMENE

1. — Prilikom izrade nacrtu Zakonika o obligacijama rukovodeća misao pri izboru materijala i kriterijum pri traženju rešenja pojedinih pitanja bili su potrebe naše prakse. Stalno se imalo u vidu da zakonik treba da sadrži pravila za pravno kanalisanje prometa dobara i usluga. Zbog toga je glavni deo materijala uzet iz našeg pravnog života, poglavito iz naše sudske prakse. Taj materijal je obrađivan i prenesen u članove zakonskog nacrtu. U nekim slučajevima u nacrtu se odstupilo od naše prakse. To su mahom slučajevi u kojima se praksa voljno ili nevoljno držala ranijih pravnih pravila, a koja su i u zakonodavstvu i u teoriji napuštena i zamenjene drugim.

2. — Naša pravna praksa nije jedini izvor materijala koji je služio za izradu nacrtu. U novijim zakonodavstvima i, opštije rečeno, u uporednom zakonodavstvu neka pitanja iz ove oblasti rešena su na način koji više odgovara potrebama praktičnog života nego naša stara, pravna pravila. Zbog toga se u nacrtu nalazi veći broj pozajmica iz uporednog zakonodavstva. Neke od njih su prenesene otud u nacrtu u obliku koji imaju u originalu, kad god je izgledalo da je tamo nađena jasna i precizna formula. Tim povodom potrebno je podvući da se u nacrtu nije težilo za originalnošću u svakom pogledu i po svaku cenu. Osnovna svrha celog posla bila je da se posle studije cele materije formulišu pravila kojima će biti uređeni obligacioni odnosi na način koji bi najbolje odgovarao našim prilikama. I zbog toga, ako se u nekom pravu našlo neko pravilo koje se u praksi pokazalo kao pogodan instrument da se postigne određena svrha, nije se oklevalo da se ono prihvati i unese u nacrt, kad god se došlo do zaključka da rešenje sadržano u njemu odgovara našim potrebama.

3. — Ovde je potrebno istaći posebno pozajmice iz dveju međunarodnih konvencija, izrađenih na diplomatskoj konferenciji u Hagu 1964. godine, zauzimanjem rimskog Instituta za izjednačenje privatnog prava: Konvencija o jednoobraznom zakonu o zaključenju

* Neobjavljeni rukopis iz privatne arhive prof. dr Miodraga Orlića koji je on svojevremeno dobio od autora.

ugovora o prodaji telesnih pokretnih stvari i Konvencija o jedno-obraznom zakonu o prodaji telesnih pokretnih stvari, obe od 1. jula 1964. godine. Obligaciona prava pojedinih država, pored svih razlika među njima sve više se međusobno približavaju. Tradicionalne razlike među njima sve više nestaju, i na mesto ranijih pravila stupaju nova, među kojima je sve manje razlika. Na to su uticali u znatnoj meri nesumnjivo trgovina i saobraćaj koji su svakim danom sve intenzivniji, blagodareći povezanim dejstvima tehničkih napredaka u oblasti proizvodnje i saobraćaja i međunarodne podela rada. Postojanje raznih nacionalnih prava smeta međunarodnoj trgovini. Zbog toga su razne organizacije privrednika, njihova udruženja, komore, berze, izradile mnogobrojne tipske ugovore za međusobne odnose privrednika, nezavisne od raznih nacionalnih prava. One su tako stvorile bez pomoći zakonodavca izvesno praktično nadnacionalno pravo za potrebe privrede. Navedenim Haškim konvencijama ide se za istim ciljem smišljenom akcijom država. U njima se nalaze rešenja velikog broja pitanja s obzirom na ugovor o prodaji i kupovini, najvažniji pravni instrument prometa, ali se mnoga od tih rešenja mogu generalisati. Tako je upravo urađeno u nacrtu u kome je prihvaćen izvestan broj odredaba Haških uniformnih zakona i proširen na sve ili još neke druge ugovore. Mi ćemo u daljem izlaganju imati prilike da ukažemo gde je to slučaj.

4. — Kroz istu prizmu kroz koju su posmatrani uporedno zakonodavstvo i navedene Haške konvencije, posmatrane su razne pravne teorije u uporednom pravu i pravnoj nauci uopšte: njihovi zaključci su prevedeni u tekstove nacрта kad god je izgledalo da one odgovaraju potrebama našeg prometa. Sve je to rađeno isključivo u tom cilju, bez ikakvog predubedenja ili unapred izabrane doktrine.

5. — Materijal za Zakonik, uzet iz raznih izvora nije mogao biti upotrebljen uvek bez prerade. Razne pozajmice valjalo je uskladiti među sobom i sa osnovnim fondom našeg prava i sve sliti u jednu harmoničnu celinu sa sopstvenom fizionomijom. To je zahtevalo veće ili manje modifikacije u jednim ili drugima, koje su nekad zadirale u suštinu, a skoro uvek, ako ne uvek, u formu, jer se htelo da se kroz ceo nacrt sprovede isti način izražavanja.

6. — Već je istaknuto da je nacrt rađen s naročitim obzirom na potrebe prakse. Ali kako se potrebe prakse, naročito privredne prakse, menjaju, to svaki zakon vremenom počinje da zaostaje za potrebama društva. To je opšta istina i ona se može lako proveriti danas, u vreme ubrzane evolucije odnosa izazvane dobrim delom naglim tehničkim razvitkom. U primeni, naročito u sudskoj praksi, vrši se stalno prilagođavanje zakona potrebama života i taj se proces nikad ne zaustavlja. Taj proces nije uvek lak, te najzad dođe čas kada zakon dođe u sukob sa životom, te nastane potreba za intervencijom zakonodavca. Ta intervencija vremenom postane neminovna, ali pri izradi nekog zakona, a naročito pri izradi nekog zakonika potrebno je postupiti tako da do te intervencije dođe što docnije. Kada je moguće predvideti pravac evolucije onda je lako podesiti da zakonske odredbe

ne dođu u opreku sa potrebama života. Ista svrha može se postići ako neke odredbe zakona, mesto da budu kruto formulisane dobiju oblik gipkih direktiva, opštih standarda. U nacrtu je upotrebljena ta tehnika u velikoj meri. Sudiji je dat samo opšti pravac, a ostavljeno je njemu da proceni koji smisao treba dati izvesnoj odredbi u vreme kada se sudi, koje može biti prilično udaljeno od donošenja zakona. Ostavljeno je široko polje kreativnoj ulozi suda i omogućeno da svaki slučaj bude rešen s obzirom na sve okolnosti i prema vrednosti elemenata koji ga sačinjavaju. Na taj način omogućeno je da evoluciju potreba života prati evolucija prava, bez intervencije zakonodavca.

7. — Ali, pri tom se mora imati na umu da zakon ne bi bio zakon ako ne bi za mnoge situacije sadržavao jasna i precizna rešenja. Inače bi učesnici u prometu trebalo da se stalno obraćaju sudu, ili da traže u sudskoj praksi rešenja za pravna pitanja koja mogu iskrnuti u njihovim odnosima. Zakon treba da omogući da se izbegnu sporovi, a ne da ih izaziva svojom neodređenošću. Zbog toga nacrt sadrži određena rešenja za mnoga pitanja o kojima ne može biti kolebanja. Da li u danom slučaju zakon treba da sadrži precizno rešenje, ili je bolje da se ograniči na postavljanje opštije direktive, zavisi u mnogome od sadržine i prirode odnosa, ali i od toga koji su Izgleđi za njegovu skoriju evoluciju.

8. — Nacrt opšteg dela Zakonika o obligacijama ima 348 članova. To je više nego što obično imaju ovakvi zakonici, ili delovi građanskih zakonika posvećeni ovoj materiji u drugim zemljama. To nije slučajan ishod rada na ovom nacrtu; od samog početka bilo je jasno da će nacrt biti obimniji. Ovde je potrebno izneti ukratko zašto je i kako došlo do tog povećanja obima ovog teksta.

9. — Izradi nacra prišlo se sa idejom da to bude ono što pravnici zovu popularan zakonik, to jest zakonik čije će odredbe u najvećoj mogućoj meri biti lako razumljive i nepravnicima. Pravnici raspoložu obimnom pojmovnom aparaturom i služe se posebnom terminologijom u kojoj neretko reči imaju značenje različito od njihovog značenja u tekućem jeziku. To im omogućava da se izraze vrlo sažeto i ne uvek razumljivo za nepravnike. Prilikom izrade nacra težilo se da zakonik bude tako sastavljen da ga mogu čitati i razumeti i nestručni ljudi koji će se baviti poslovima regulisanim u njemu. A to se moglo postići najpre izbegavanjem stručne terminologije i opisivanjem onoga što se inače među stručnjacima označava jednom reči. Otud je proizašlo znatno proširenje teksta. Razume se, težnja za popularnim izražavanjem ne može se sprovesti do kraja; izvesna količina stručne terminologije ne može se izbeći. Uostalom, svrha nacra je da zakon bude razumljiv, a ne da učesnike u prometu nauči pravu. Pravo se ne može naučiti iz zakona, ali zakon može biti sastavljen bar većim delom tako da bude pristupačan ne samo pravniku, nego i svima kojih se tiče, bez naročitog objašnjavanja od strane stručnjaka.

10. — Isti razlozi nalagali su da se izbegne pozivanje u jednom članu na odredbe drugih članova. Redaktori zakona rado se služe tom tehnikom. Pozivanje na broj nekog člana omogućava im da budu

kraći nego kad bi ponavljali sadržinu tog člana. Ali se ta kratkoća dobija na račun jasnoće, a kako se neretko događa da se i u članu na koji se poziva ukazuje na neki treći član, a često i na više njih, ni stručnjaku nije uvek lako da uhvati misao sadržanu u članu koji čita. Zbog toga u nacrtu nema ni jednog slučaja pozivanja na druge članove. Svaki član nacrta sadrži jednu misao potpuno, i za njegovo razumevanje nije potrebno konsultovati druge njegove članove. Ali je to postignuto po cenu izvesnog ponavljanja, te i to objašnjava u nekolicini zašto u nacrtu ima nešto više članova nego u nekim drugim zakonicima o obligacijama.

11. — Njegovoj dužini doprinelo je malo i to što svaki stav nacrta sadrži samo jednu rečenicu. Nema u nacrtu nijednog stava u kome će se naći tačka u tekstu: u svakom stavu misao teče od početka do kraja bez zaustavljanja. I to je urađeno da bi zakon bio jasniji i pristupačniji i licima bez pravničkog obrazovanja.

12. — Najzad, obimnost zakona može se objasniti dobrim delom i težnjom da se izvesne ustanove potpunije odrede. Nove generacije pravnika nisu naučene da se služe potpunim građanskim ili imovinskim zakonikom. Pravna pravila sa raznih ranijih pravnih područja, često međusobno različita, pa i protivrečna. I odsustvo duže ustaljene jedinstvene prakse, učinili su da o mnogim pitanjima postoji neizvesnost uprkos naporima republičkih vrhovnih sudova i Vrhovnog suda Jugoslavije. Poznato je iz istorije svih kodifikacija da treba da prođe izvesno duže vreme, više godina, dok se praksa po raznim pitanjima stabilizuje. Da bi se izbeglo kolebanje prakse i da bi se proces njene stabilizacije ubrzao, o izvesnim materijama nacrt sadrži više propisa nego što bi inače to bilo potrebno. To važi za sve delove nacrta, a to naročito važi za one njegove delove u kojima je reč o novim institucijama nepoznatim u našem pozitivnom pravu. Ovim se ne misli reći da će posle ozakonjenja nacrta sve ići glatko i lako u praksi. Čak je ukazivano na suprotno. Ma koliko da je zakon potpun i detaljan, biće potrebno da sudska praksa uz pomoć pravne doktrine odredi bliži smisao mnogih njegovih opštijih odredbi, proširujući ili sužavajući polja njihove primene, rukovodeći se aktuelnim potrebama stvarnog života. Na aktivnost doktrine i prakse mora se računati i za popunjavanje praznina koje će se neminovno pokazati uporedno sa tehničkim i privrednim razvitkom.

13. — Ovim je objašnjena, a nadamo se i opravdana obimnost projekta. To ne znači da se ne bi moglo pokušati izvesno umereno skraćivanje. Izvesna pitanja su rešena u projektu da bi zainteresovane strane znale na čemu su i bez intervencije suda, i da bi se ovome olakšao posao ako mu se zainteresovana strana obrati. Ta objašnjenja nisu uvek neophodna te bi se u nekim slučajevima moglo ostaviti teoriji i praksi da ih one vremenom utvrde. Ali ako se želi da se nacrt skрати, onda bi se tom poslu moralo pristupiti sa posebnom pažnjom s obzirom da su njegovi delovi međusobno povezani na poseban način.

II. — PREGLED GLAVNIH ODREDABA NACRTA

14. — Glavnina materije o obligacijama može se grupisati oko tri pitanja: prvo, kako može nastati obveza između dva pravna subjekta (lica ili imaoznika, kako ih nacrt naziva); drugo, šta obveza znači za svako od njih, to jest koje dužnosti sadrži za dužnika i koja ovlašćenja daje poveriocu; i, treće, kako obligacioni odnos može prestati. Nastanak, sadržina i prestanak obveza su glavna pitanja obligacionog prava i u nacrtu njima je posvećeno 283 člana od ukupno 348. Ostalih 65 članova nacrtu odnose se na dve grupe pitanja: prvo, na razne vrste obligacija i posebna pravila koja važe za svaku od njih i, drugo, na slučaj promene poverioca ili dužnika. Zbog toga je nacrt podeljen na pet delova sa sledećim naslovima: Deo prvi: Nastanak obveza (čl. 9–173); Deo drugi: Dejstva obveza (čl. 174–216); Deo treći: Prestanak obveza (čl. 217–283); Deo četvrti: Razne vrste obveza (čl. 284–328); Deo peti: Promena poverioca i dužnika (čl. 329–348).

15. — U početku nacrtu stavljen je nekoliko *uvodnih i opštih odredaba*. Tu je naglašeno da se nacrt odnosi na sve obligacione odnose u oblasti imovinskog prava, dakle kako na one iz oblasti privrednog prava tako i na one iz oblasti građanskog prava (čl. 1). Obligacija je vrlo apstraktan pojam i obuhvata podjednako odnose vrlo različitog porekla, različite sadržine i bez obzira na svojstva učesnika u odnosu koji ona označava. Zbog toga je moguće na jednom mestu, u istom zakoniku, regulisati sve te odnose. Razume se, to je jedva potrebno reći, pri sastavljanju teksta obraćena je naročita pažnja na obveze koje nastaju u privredi. U nacrtu se nikad ne gubi iz vida da je prvenstveno potrebno urediti te odnose, te da obvezu treba posmatrati naročito sa tačke gledanja privrede. Taj stav naročito će se ispoljiti u posebnom delu nacrtu, koji se priprema, i u kome će biti uređena materija pojedinih ugovora, naročito onih kojima se služe privrednici, kao što su ugovor o kupovini i prodaji, ugovor o špediciji, ugovor o prevozu, ugovor o građenju, ugovor o uskladištenju, ugovor o kooperaciji, ugovor o osiguranju i još neki drugi. U opštem delu nacrtu ogromna većina propisa važi kako za odnose u privredi tako i za građanske odnose. U njemu će se naći malo propisa koji neće imati primenu u privredi. Da ne bi bilo neizvesnosti kad se neka odredba nacrtu ne odnosi na ugovore u privredi, ili se odnosi samo na njih, to je posebno rečeno.

16. — U uvodnim i opštim odredbama istaknuto je da je *savesnost* vrhovno načelo prometa, zabranjena je zloupotreba prava kao i izigravanje svrhe zakona pomoću njegovog slova. Istaknut je odnos interesa zajednice i posebnih interesa i postavljeno pravilo za popunjavanje zakonskih praznina. Tim načelima ne treba komentara. Najzad je u članu 8. rešeno jedno važno pitanje terminologije. Prvo, učinjeno je podsećanje da se svi učesnici u pravnom prometu nazivaju zajedničkim imenom „lica”, da su dakle tim nazivom obuhvaćene radne i druge organizacije i ustanove, kao i fizička lica i ostala pravna lica. *A zatim je rečeno da se nosioci prava korišćenja na stvarima i pravima*

u društvenoj svojini i nosioci prava svojine na stvarima u ličnoj svojini nazivaju kratkoće radi „imaonicima”. Izraz je pozajmljen od V. Bogišića (Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, čl. 801, 2), ali mu je u nacrtu dat nešto uži smisao. Pomoću njega se izbegavaju duga i teška opisivanja i ponavljanja, naročito u oblasti vanugovorne odgovornosti, kad je u pitanju neka radna organizacija ili koja druga organizacija ili ustanova koja ima na korišćenju i raspolaganju stvari u društvenoj svojini. Sporno pitanje prirode tog prava može ovde ostati po strani. *Jer, bez obzira na njihov položaj prema stvarima u društvenoj svojini, van svake je sumnje da sva ta pravna lica imaju svoju imovinu. Naša ekonomija je ekonomija tržišta, a na tržište izlaze lica (imaonici) da tamo otuđuju ili pribavljaju stvari iz svoje imovine.* Oni tom svojom imovinom odgovaraju za svoje vanugovorne kao i za svoje ugovorne obveze. Ali dok se njihova ugovorna odgovornost može označiti opštim izrazom „odgovornost dužnika”, njihova odgovornost za štetu od opasnih stvari nije „odgovornost sopstvenika”, kao što je to slučaj kad je u pitanju odgovornost pojedinaca, ali je „odgovornost imaonika”.

17. — Prvi deo nacрта sadrži pravila o nastanku obveza, o izvorima obligacija, kako je uobičajeno reći. On ispunjava skoro polovinu nacрта (čl. 9–173). Tu nije rečeno, za razliku od nekih zakonika, kako sve obligacije mogu nastati, nego su samo uređeni u zasebnim odeljcima sledeći njihovi izvori: ugovor, prouzrokovanje štete, neosnovano obogaćenje, nezvano vršenje tuđih poslova, javno obećanje nagrade, — ukupno pet odeljaka.

18. — Najviše prostora zauzimaju pravilo o ugovoru (Odeljak prvi, čl. 9–106), pošto je ugovor ne samo daleko najvažniji izvor obligacija, nego i jedini pravni instrument prometa. Ogromna materija o ugovoru podeljena je u šest poglavlja, a neka od ovih u odseke.

Kao opšte načelo proglašena je sloboda ugovaranja u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i morala (glava I, čl. 9), uz dodatak da su odredbe prinudnih propisa o sadržini određenih ugovora sastavni delovi tih ugovora, te ih upotpunjavaju ili stupaju na mesto ugovornih odredaba koje nisu u saglasnosti sa njima (čl. 9, 2 i čl. 66). Drugo načelo je da je za zaključenje ugovora dovoljna prosta saglasnost ugovornika, bez ikakve spoljašnje forme, načelo konsensualnosti (čl. 45). Međutim, u našem zakonodavstvu ima sve više slučajeva u kojima je propisana pismena forma za zaključenje ugovora. Tih slučajeva ima sve više i u zakonodavstvima drugih država tako da se u izvesnom smislu može govoriti o renesansi forme. Zbog toga je u nacrtu čitav jedan odsek (odsek V, glave II, čl. 45–53), posvećen pitanjima forme. Tu su rešena neka pitanja koja su i kod nas i na strani predmet spora.

19. — O zaključenju ugovora bavi se glava II (čl. 14–59), čiji su članovi grupisani u šest odseka. *Mehanizam postizanja saglasnosti* uređen je u odseku I ove glave (čl. 14–29), sa potrebnim detaljima. Taj odsek je išao u glavnom za Haškom konvencijom o jednoobraznom zakonu o zaključenju ugovora o prodaji telesnih pokretnih stvari, od

1964. godine, odakle su neke odredbe preuzete u celosti. Istina, prema toj konvenciji ponuda je opoziva, dok nacrt postavlja pravilo nepozivosti ponude, izuzev ako opozivanje bude dostavljeno na adresu ponuđenoga pre ponude ili istovremeno sa njom. Nacrt je ostao na stanovištu Opštih uzansi i našeg ranijeg i srednjeevropskog prava, dok je u Haškoj konvenciji učinjena koncesija anglosaksonskom pravu. Uostalom i čl. 5. Haškog jednoobraznog zakona o zaključenju ugovora o prodaji ograničava pravo opozivanja u toj meri da će u većini slučajeva u praksi biti kao da je ponuda neopoziva.

20. — U odseku o *predmetu ugovora*, pored opštih pravila o mogućnosti, određenosti i dozvoljenosti predmeta, u cilju zaštite slabije strane u ugovoru, proglašeni su ništavim odredbe ugovora kojima se jedan ugovornik odriče unapred svih prigovora ili izvesne vrste prigovora koji bi se mogli učiniti punovažnosti tog ugovora (čl. 35). Dozvoljeno je ugovaranje da se stvar ne otuđi ili neopteretiti za izvesno vreme, što je inače bilo sumnjivo u praksi. Tu su postavljena i osnovna pravila za predugovor i opcioni ugovor.

21. — Dva člana odseka III ove glave (čl. 39. i 40) odnose se na osnov i *pobude ugovora*. Nacrt stoji na stanovištu da svaka obveza mora imati osnov. Otklonjena je mogućnost postojanja obveze bez osnova (apstraktnog ugovora nemačkog prava, § § 780–782 Nemačkog građanskog zakonika), ali se postojanje osnova pretpostavlja, te ko tvrdi da osnov ne postoji mora to i dokazati. U ostalom odredbe ovog odseka imaju za cilj da slobodu ugovaranja zadrže u granicama zakona i morala.

22. — Za postojanje ugovora dovoljno je da su se strane saglasile o predmetu i da obveze iz ugovora imaju zakonit i istinit *uslov*. Nije nužno da svaki ugovornik bude i *poslovno sposoban*, ali je to nužno da bi ugovor bio punovažan, inače se ugovor može na zahtev nesposobnog ugovornika lišiti svojih dejstava. Složenim pitanjima koja nastaju ako ugovornik nema poslovnu sposobnost posvećena su četiri člana odseka IV ove glave (čl. 41–44). U njima su zaštićeni interesi poslovno nesposobnog lica, ali nisu zanemareni ni legitimni interesi njegovog saugovornika, kao što je to ranije bio slučaj; njemu je data mogućnost da učini kraj neizvesnoj situaciji u koju je došao zaključujući ugovor sa poslovno nesposobnim licem.

23. — O *formi ugovora*, kojoj je posvećen odsek IV ove glave (čl. 45–53), već je bilo reči unekoliko ranije (br. 18), povodom načela konsensualnosti. U ovom odseku uređena su pitanja raskidanja formalnih ugovora, pitanja u vezi sa slučajem ugovorene forme, sankcije nedostatka potrebne forme. Tu je uređeno i veoma sporno pitanje istovremenih i naknadnih usmenih pogodbi uz pismeni ugovor (član 49), slučaj nestanka pismene isprave, slučaj izvršenja ugovora kome nedostaje forma, kao i pitanje odgovornosti za nedostatak forme. Sva su ta pitanja uređena sa nešto više detalja jer se često sreću u praksi, a u teoriji o skoro svim tim pitanjima postoje znatna razmimoilaženja.

24. — Najzad poslednji odsek ove glave (Odsek VI, čl. 54–59) sadrži pravila o *kapari i odustanici*. Pravila o kapari su ovde na svom

mestu, jer kapara je znak zaključenja ugovora (čl. 54, 1). Ona su mogla doći i zajedno sa odredbama o raskidanju ugovora zbog neizvršenja, kao i sa odredbama o pravima poverioca, ali pošto se ona ugovara prilikom pregovora o zaključenju ugovora njoj najviše pristoji ovo mesto. Što se pak tiče odustanice, njeno bi mesto pre bilo tamo gde je reč o raskidu ugovora izjavom volje, jer njena funkcija nije da osigura ispunjenje ugovora, nego da omogući njegovo raskidanje. Međutim, ona ima izvesne sličnosti sa kaparom i istorijski se sa njom preplitala, te se i danas uz kaparu može ugovoriti pravo da se odustane od ugovora (čl. 59). S druge strane, pošto ih treba brižljivo razlikovati zbog potpune različitosti njihovih svrha, nacrt se odlučio da ih uredi jednu pored druge. Tako je postupio i Austrijski građanski zakonik (§§ 908 i 909), a prema njemu i O. G. Z. i Srpski građanski zakonik (§§ 550 i 551).

25. — U glavi IV postavljeno je nekoliko pravila o *tumačenju ugovora* (čl. 60 i 61). Osnovno pravilo je da ugovore kao dela volje ugovornih strana treba tumačiti prema njihovoj zajedničkoj nameri. Ali za utvrđivanje zajedničke namere, pored subjektivnog elementa, izjava jedne strane, uzet je i jedan objektivan element: „kako je trebalo da druga strana ovo razume, prema onome što redovno biva u poštenom prometu” (čl. 61). Ako se tako ne bi moglo utvrditi koja je bila zajednička namera ugovornika, onda će se smatrati da su oni imali nameru koju bi redovno imala razumna lica istog svojstva kad bi bila u istoj situaciji. U nacrtu se odustalo od pokušaja da se odrede detaljnija pravila za tumačenje ugovora, smatrajući da su navedene direktive dovoljne za orijentaciju prakse.

26. — Glava IV odeljka o ugovoru bavi se *zabranjenim i ništavim ugovorima*. Zabranjeni su ne samo ugovori koji su protivni zakonu i javnom poretku, nego i ugovori kojima bi se vređala pravila morala, kao i oni koji zaobilaznim putem idu ka postizanju zabranjenog rezultata. Načelno, sankcija zabrane je ništavost ugovora, ako nije što drugo naređeno u zakonu ili ako cilj zabrane ne upućuje na neku drugu sankciju. Naknadni nestanak uzroka ništavosti ne čini ugovor punovažnim. Ništavost neke odredbe ugovora ne povlači ništavost celog ugovora, ako ugovor može da opstane bez nje. Omogućena je konverzija ništavog ugovora pod izvesnim uslovima (čl. 67). Strana odgovorna za ništavost ili poništenje ugovora odgovara drugoj strani za štetu koju je usled toga pretrpela.

27. — Dosad iznesene odredbe o ugovoru odnose se na sve ugovore. U glavi V (čl. 73–98) nalaze se pravila za *dvostrane ugovore*, koji su najčešći i najvažniji u praksi, i čiji je tip ugovor o kupovini i prodaji. To poglavlje podeljeno je na devet odseka i u svakom od njih uređeno je po jedno od pitanja koja se mogu postaviti u vezi sa svakim dvostranim ugovorom.

28. — O *odgovornosti za nedostatke (mane) stvari i o obvezi zaštita od evikcije* (Odsek I, čl. 73) postavljeno je samo načelo na ovom mestu, pošto ono važi za sve dvostrane ugovore, i upućeno je na bliže odredbe o njima u poglavlju o ugovoru o kupovini i prodaji. Ova

odgovornost istorijski je nastala prvo za prodavca i u praksi se redovno sreće u vezi sa ugovorom o prodaji i kupovini. Istina, Austrijski građanski zakonik uređio je ovu materiju u poglavlju u kome je reč o ugovorima uopšte (§ § 922–933), pa je tako i u O. G. Z. i u Srpskom građanskom zakoniku (§ § 554–558). Ali izgleda praktičnije urediti pitanje ove odgovornosti u poglavlju o ugovoru o kupovini i prodaji. To izgleda bolje naročito s obzirom na privrednike koje najviše interesuje baš taj ugovor.

29. — S obzirom na međuzavisnost obveza iz dvostranog ugovora postavljeno je pravilo *istovremenog ispunjenja* (Odsek II, čl. 74). Ali ako strane ugovore da će prvo jedna od njih ispuniti svoju obvezu, ili to proističe iz prirode posla, toj strani je dato pravo, ako su se imovinske prilike druge strane pogoršale posle zaključenja ugovora, ili su bile rđave još pre zaključenja ugovora, a ona to nije znala niti je morala znati, da odbije ispunjenje svoje obveze dok druga strana ne bude dala dovoljno obezbeđenja da će ispuniti svoju obvezu (čl. 75).

30. — Kao i sva moderna zakonodavstva, a i naše Opšte uzanse, nacrt stoji na stanovištu da se dvostrani ugovor može *raskinuti voljom jedne strane zbog neispunjenja*, obveze od strane njenog saugovornika. To je nesumnjivo jedno od delikatnijih pitanja iz oblasti dvostranih ugovora. Sa obvezom da se naknadi šteta zbog neizvršenja i odgovornošću za nedostatke stvari to je praktično centralni i najvažniji deo ugovornog prava. Odredbe nacrta o raskidu ugovora zbog neispunjenja (Odsek III, čl. 77–86) uglavnom imaju istu sadržinu kao i odredbe Jednoobraznog zakona o prodaji telesnih pokretnih stvari izrađenog na Haškoj konferenciji aprila 1964. i koji se nalazi kao Aneks uz Konvenciju od 1. jula 1964. o istoj stvari. Jednoobrazni zakon rađen je od strane stručnjaka velikog broja zemalja. U njemu su sa potrebnom pažnjom zaštićeni na isti način i interesi kupca i interesi prodavca. To je po mišljenju mnogih jedan vrlo dobar zakon. Vrlo je verovatno da će se njegova sadržina nametnuti u opštoj međunarodnoj praksi, čak i u onim zemljama učesnicama na konferenciji koje ne budu potpisale konvenciju niti budu pristupile konvenciji. Naši pravni forumi izjasnili su se vrlo povoljno o jednoobraznom zakonu. Njegove odredbe biće svakako uvažavane i kod nas, a ako naša zemlja potpiše Konvenciju, onda će to biti naše pozitivno pravo. Samo, primetimo odmah da jednoobrazni zakon važi za međunarodne prodaje, a ne i za one koje se zaključuju i odvijaju do kraja u granicama iste države. To dvojstvo prava može zbuniti privrednike koji ne raspolažu specijalnom i visokokvalifikovanom pravnom službom. A kako su odredbe jednoobraznog zakona nesumnjivo dobro izrađene i o njima su se i pravni i privredni krugovi izrazili povoljno, naš nacrt je usvojio načela jednoobraznog zakona, a neke njegove odredbe prihvatio doslovno. To je slučaj sa raskidom ugovora zbog neispunjenja, s tom razlikom što se jednoobrazni zakon odnosi samo na prodaju, a nacrt proteže iste odredbe na sve dvostrane ugovore.

31. — Mehanizam raskidanja ugovora zbog neispunjenja funkcioniše različito prema tome da li neispunjenje obveze u određeno vreme

predstavlja bitnu povredu ugovora ili ne. U prvom slučaju poverilac ima pravo da po svom izboru zahteva ispunjenje ugovora ili da ugovor raskine. Raskid se vrši prostom izjavom volje. Samo da poverilac ne bi držao dužnika u neizvesnosti i možda špekulisao sa kretanjem prilika na tržištu, nacrt zahteva da poverilac obavesti dužnika u primarnom roku. Po isteku tog roka, ako poverilac ne saopšti dužniku svoj izbor, ugovor se raskida po samom zakonu (čl. 78, st. 1. i 2). Dodajmo ovome da nacrt predviđa da jedna strana može raskinuti ugovor pre isteka roka, kad je jasno da će druga strana napraviti bitnu povredu ugovora (čl. 87). Sasvim je druga situacija u slučaju kad neispunjenje obveze u određenom roku ne predstavlja bitnu povredu ugovora. U tom slučaju nacrt teži spasavanju ugovora, te daje dužniku pravo da ispuni svoju obvezu i posle preteka roka, a poveriocu pravo da i docnije zahteva njeno ispunjenje. Samo da neizvesnost ne bi trajala beskrajno, nacrt daje poveriocu pravo da dužniku da primeren naknadni rok za ispunjenje. Ako dužnik ne ispuni svoju obvezu u naknadnom roku to će se smatrati bitnom povredom ugovora, sa posledicama koje smo maločas videli (čl. 80). Ovome treba dodati da poverilac može izjaviti da ugovor raskida ne dajući dužniku naknadni rok za ispunjenje iako povreda ugovora nije bitna, kad iz dužnikovog držanja proizilazi da on svoju obvezu ne bi izvršio ni u naknadnom roku (čl. 83).

32. — U cilju moralizovanja ugovora u ovaj odsek unesena je i odredba da *klauzula o gubitku prava*, koja se pokadkad sreće u nekim ugovorima, ne daje drugo pravo van prava da se ugovor raskine bez ostavljanja naknadnog roka dužniku. Istovremeno je dato obavezno tumačenje eventualne odredbe da dužnik gubi ono što je učinio ili dao na ime delimičnog ispunjenja: slična odredba smatra se kao ugovorna kazna (čl. 82).

33. — Naše Opšte uzanse (br. 55 i sl.) dozvoljavaju reviziju pa i raskid ugovora zbog *promenjenih prilika* između zaključenja i roka za izvršenje ugovora. To je pravična odredba ali koja se može lako zloupotrebiti, i zbog toga inostrana prava uglavnom ne dozvoljavaju ni reviziju ni raskid ugovora iz tog razloga. U nacrtu je ovo pravo prilično usko regulisano (Odsek IV, čl. 87 i 88), ali njegovo postojanje u našem zakonodavstvu može imati tu posledicu da strani partneri naših preduzeća odbiju da pristanu na primenu našeg prava u slučaju eventualnog spora, kao i obratno, da se lako pozivaju na te odredbe da bi izbegli ispunjenje ugovora koji su im postali nepovoljni. Zbog toga bi o zadržavanju ovih odredbi nacrt valjalo još dobro razmisliti.

34. — U čl. 89 i 90 (Odsek V) nalaze se pravila za slučaj kada je *ispunjenje obveze jedne strane postalo nemoguće* usled događaja za koji neodgovara ni jedna strana, kao i za slučaj kad je ispunjenje obveze jedne strane postalo nemoguće usled događaja za koji odgovara druga strana, sa potrebnim detaljima za jedan i drugi slučaj.

35. — O *oštećenju preko polovine* govori čl. 91 (Odsek VI) koji između ostalog određuje da nema pravnog dejstva odricanje od prava da se zahteva poništenje ugovora zbog oštećenja preko polovine. To

odricanje postalo je stilska klauzula u svim ugovorima koje sastavljaju advokati. Podvučeno je da se zbog ove nesrazmere ne može tražiti poništenje ugovora u privredi.

36. — Pored ovog objektivnog kriterijuma za sprečavanje iskorišćavanja jednog ugovornika od strane drugog, u nacrtu je u istom cilju predviđen i jedan subjektivan kriterijum u odseku VII (čl. 92) o *zelenáškom ugovoru*. Već u našem krivičnom zakonodavstvu zabranjeno je iskorišćavanje teškog imovinskog stanja, nužde, nedovoljnog iskustva ili lakomislenosti saugovornika za pribavljanje nesrazmerne koristi, i od toga je napravljeno krivično delo. Nacrt u tom pogledu ide malo dalje od drugih zakonika i smatra uopšte da ugovaranje nepravičnih uslova predstavlja zelenášenje, zbog koga se ugovor može poništiti i eventualno revidirati. Od ovog sredstva se očekuje da samim svojim postojanjem doprinese bar približnom ostvarenju načela ekvivalencije u dvostranim ugovorima.

37. — Praksa *formularnih ugovora* danas je razvijena i sve se više širi u svima zemljama. Pa i ugovori su nužni i nesumnjivo korisni, ali oni kriju i opasnosti za saugovornika onog lica koje je ugovor sastavilo, pošto se u velikom broju odredbi formulara, obično štampanih sitnim slovima, mogu kriti i vrlo nepovoljne odredbe za njega. Te štampane klauzule on obično i ne čita. U nacrtu (Odsek VIII, čl. 93–95) je postavljeno pravilo da opšti uslovi formularnih ugovora obvezuju isto kao i posebne pogodbe. Ali su proglašene ništavim odredbe koje su protivne samom cilju ugovora i dobrim običajima, što u dosadašnjoj praksi u uporednom pravu nije bio redak slučaj (čl. 94. st. 1). Pored ovog načelnog ograničenja, nacrt, iskorišćujući iskustva u uporednom pravu, daje sudu vrlo široka ovlašćenja u pogledu kontrole, opštih uslova formularnih ugovora: sud može odbiti primenu nekih od njih, „naročito onih koji lišavaju drugu stranu prava da čini prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili rokove, ili su inako nepravične ili preterano stroge prema njoj” (čl. 94. st. 2). Reći će se možda da su ovom data sudu prevelika ovlašćenja. Iskustvo pokazuje da je postojanje takve sudske prakse, koja se postepeno uobličila u nekim zemljama i bez zakonskog ovlašćenja, nagnalo sastavljače formularnih ugovora, a to su mahom moćna preduzeća ili grupe preduzeća sa faktičkim monopolom, da iz opštih uslova svojih formularnih ugovora izbace mnoge nepravične odredbe.

38. — U poslednjem odseku (IX, čl. 96–98) poglavlja o dvostranim ugovorima uređeno je pitanje *ustupanja ugovora*, koje je dosta česta pojava, naročito u oblasti spoljne trgovine. Ono obično nije obrađeno u zakonicima i neretko se tretira kao simultano i povezano ustupanje tražbine i preuzimanje duga. U stvari to je jedinstvena posebna operacija za koju su u nacrtu postavljena posebna pravila.

39. — Poslednja glava o ugovorima (Glava VI, čl. 99–106) sadrži nekoliko pravila o *opštim dejstvima ugovora*. Na čelu tih pravila istaknuto je da ugovori u našem pravu imaju samo obligaciono dejstvo između ugovornika i njihovih universalnih pravosledbenika (čl. 99), to znači da u našem pravu oni nemaju translativno dejstvo. Istaknuto

je da se ugovorom ne može stvoriti obveza za trećeg, ali da se može stvoriti pravo za trećega. U tom slučaju treći stiče neposredno pravo prema obećaoocu, kako je to rešeno u nekim stranim zakonodavstvima i u kom pravcu se kreće naše novije zakonodavstvo o osiguranju. U slučaju *obećanja radnje trećeg* rešeno je da obećalac time uzima na sebe obvezu da se zauzme kod trećega da odgovara za uspeh ovog zauzimanja. Njegova obveza nije dakle ograničena na zauzimanje kod trećeg, nego obuhvata i garantiju za uspeh, ali se ugovorom ta garantija može isključiti.

40. — Prilikom prve redakcije nacrtu njim je bila obuhvaćena i materija o manama volje. Pošto je ta materija docnije izuzeta za opšti deo imovinskog prava, trebalo je u nacrtu naći mesto za *simulaciju*. Kako je ona od uticaja na dejstva prikrivenog i simulovanog ugovora među ugovornicima i kako situacija koja je njom stvorena može na razne načine interesovati i treća lica, to joj je dato mesto na kraju ovog poglavlja. Pravila koja se tu nalaze su opšteusvojena u uporednom pravu.

41. — Drugi izvor obligacija koji je uređen u nacrtu posle ugovora, njihovog glavnog izvora, je *prouzrokovanje štete*. Pravila nacrtu o ovom važnom izvoru obligacija sadržana su u Odeljku drugom, u čl. 107–149. Uglavnom, to su pravila koja su prihvaćena u praksi naših sudova. U nacrtu ona su dopunjena, delimično precizirana ili izmenjena i sistematisana. Idući za sudskom praksom nacrt poznaje dva osnova odgovornosti: odgovornost po osnovu krivice i odgovornost za opasne stvari.

42. — *Odgovornost po osnovu krivice*. (Glava II, čl. 111–114). Nacrt kao i ostali zakoni pre njega ne definiše *krivicu*. On se ograničava da ukaže, sledeći utvrđenu praksu, da pri ispitivanju da li je lice koje je prouzrokovalo štetu krivo treba istraživati da li se ono ponašalo kako je trebalo, pri čemu treba voditi računa o redovnom toku stvari i o tome šta se od razumnog i pažljivog čoveka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima (čl. 111). Kriterijum je objektivni. Sa ovako shvaćenom krivicom nepotrebno je isticati protivpravnost kao zaseban uslov odgovornosti. S druge strane isključenje odgovornosti u slučaju nužne odbrane, stanja nužde, samopomoći nisu izuzeci od načela nego njegova primena.

Razume se, odgovornost predpostavlja *postojanje štete* i uzročne veze između štetnikove radnje ili propuštanja. Pod štetom se podrazumeva ne samo imovinska šteta, nego i moralna šteta, shvaćena najšire. Naši sudovi smatraju s pravom da pravo ličnosti zaslužuje i na planu naknade istu zaštitu kao i imovinska prava. *O uzročnoj vezi* nacrt ne sadrži ništa. Iskustvo govori da bi pokušaj da se ono zakonski definiše bio uzaludan kao i pokušaji da se to uradi sa krivicom, te pitanje da li u danom slučaju postoji uzročna veza prepušta mudrosti suda.

43. — Određivanje da li u danom slučaju štete postoji krivica štetnika vrši se poredeći njegovo ponašanje u tom slučaju, sa ponašanjem razumnog čoveka u sličnim situacijama. Odgovornost po osnovu krivice pretpostavlja *spособnost za rasuđivanje* kod štetnika. Zbog toga

umobolni, slaboumni i maloletnici nesposobni za rasuđivanje ne odgovaraju za štetu koju su prouzrokovali (112); za nju odgovaraju oni koji su na osnovu zakona, ili odluke nadležnog organa, ili ugovora, dužni da vode nadzor nad njima (čl. 115). Ali ako se naknada ne može dobiti od ovih lica, dato je pravo sudu da, kad to pravičnost zahteva, osudi samog štetnika da naknadi štetu, potpuno ili delimično (čl. 118).

44. — Posebnu teškoću u ovoj materiji predstavlja pitanje odgovornosti za štetu koju bi prouzrokovalo lice u *tuđoj službi* (čl. 119) To se, razume se, ne odnosi na radnike u preduzećima i ostalim radnim organizacijama. Oni nisu u tuđoj službi, već u radnom odnosu u radnoj organizaciji kojom upravljaju. U pitanju su relativno malobrojna lica, kao što su kućne pomoćnice, zanatlijski pomoćnici, šoferi u službi nekog lica. Pitanje odgovornosti za štetu koju prouzrokuje lice u radnom odnosu u vezi sa radom rešeno je u Zakonu o radnim odnosima; za štetu odgovara jedino radna organizacija, a ona ima pravo regresa prema štetniku, ali samo ako je štetu prouzrokovao namerno ili krajnjom nepažnjom. Celishodnost tog rešenja je osporavana od nekih: zašto oštećenom oduzeti pravo da zahteva naknadu od štetnika, pogotovu kad se može desiti da radna organizacija bude insolventna, a on da bude sposoban da izvrši naknadu? Kako bilo sa tim argumentom, pitanje odgovornosti za štetu koju bi prouzrokovala lica u tuđoj službi ne može se rešiti onako kako je rešeno u Zakonu o radnim odnosima, i oštećeniku se mora priznati pravo da traži naknadu od štetnika, shodno osnovnom načelu da je štetu dužan naknaditi onaj koji je prouzrokovao, pored prava, davno priznatog u uporednom pravu da zahteva naknadu i od poslodavca. Teškoću čini pitanje eventualnog poslodavčevog regresa: treba li mu ga priznati u svakom slučaju ili samo u slučaju štete prouzrokovane namerno ili krajnjom nepažnjom, kao po Zakonu o radnim odnosima? Nacrt je prihvatio ovo drugo rešenje, da bi i ova lica stavio u tom pogledu u isti položaj kao i lica za koja u ovoj materiji važi Zakon o radnim odnosima. Ali to nije u skladu sa pravilom da oštećenik može neposredno od njih tražiti naknadu u svakom slučaju, dakle i u slučaju najmanje omaške, jer kad bi u tom slučaju zahtevao i dobio naknadu od poslodavca ovaj ne bi imao pravo regresa.

45. — Zbog svega toga ovo pitanje zahteva ponovno ispitivanje da bi se našlo skladnije rešenje od onog u nacrtu. Pri tome bi istovremeno trebalo preispitati pitanje *odgovornosti pravnih lica* za štetu koju prouzrokuju njegovi organi u vršenju i povodom vršenja njihovih funkcija (Glava V, čl. 129).

46. — Odredbe nacrta o *odgovornosti za opasne stvari* (Glava IV, čl. 120–128) predstavljaju kodifikaciju, izvesnu dopunu i preciziranje one prakse koju su naši sudovi razvili posle oslobođenja. Ta odgovornost znači ograničeno prihvatanje teorije objektivne odgovornosti, odgovornosti bez krivice. Novo je u ovoj materiji pretpostavka uzročnosti, formulisana u st. 2, čl. 120. Ovim opštim odredbama kojima ne treba objašnjenja dodato je nekoliko posebnih propisa za slučaj štete od životinja (čl. 125–127) i štete od građevina (čl. 128).

47. — *Naknada štete* obrađena je u nacrtu sa više detalja nego što se to obično radi (Glava VI, čl. 130–147). Treba odmah napomenuti da je reč samo o naknadi vanugovorne štete. Pošto nacrt razlikuje ugovornu odgovornost od vanugovorne, o naknadi štete nastale povodom ugovora, i uopšte neke ranije obveze, govori se na drugom mestu, u Delu drugom, odeljku drugom, glavi IV, čl. 197–216. nacrt, o kojima će biti reči docnije.

48. — Osnovni oblik naknade je *vaspostavljanje ranijeg stanja*, ali oštećeni može uvek ako hoće tražiti naknadu u novcu, a i sud može dosuditi naknadu u novcu, ne samo kad vaspostavljanje ranijeg stanja nije moguće, nego i kad smatra da nije nužno da to učini odgovorno lice (čl. 130). U slučaju smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja naknada se određuje po pravilu u obliku novčane rente.

49. — *Visina naknade* odmerava se po pravilu prema pretrpljenom gubitku i izmaklom dobitku, dakle bez obzira na težinu krivice štetnikove. Namera i krajnja nepažnja ne dozvoljavaju da se vodi računa o okolnostima koje bi inače mogle uticati na sniženje naknade. Inače, te okolnosti mogu biti različite. To je slučaj kada se šteta dogodila usled omanje omaške koja se može svakome desiti. Ili, ako je štetnik prouzrokovao štetu radeći nešto u korist oštećenika. Važna je direktiva sadržana u čl. 135 st. 3: Ako je odgovorno lice slabog imovnog stanja, te bi ga isplata potpune naknade dovela u oskudicu, sud može, vodeći računa o imovnom stanju oštećenikovom, osuditi odgovorno lice da isplati manju naknadu nego što iznosi šteta (čl. 135).

50. — Pored opštih pravila o naknadi nacrt sadrži posebna pravila o naknadi imovinske štete u slučaju smrti, telesne povrede i oštećenja zdravlja, kao i o naknadi imovinske štete u slučaju povrede časti i rasprostiranju neistinitih činjenica (čl. 137–142).

51. — Pitanja *naknade moralne neimovinske štete*, uređena su u čl. 143–146. Kao što je već istaknuto povodom samog pojma štete, nacrt polazi od ideje da prava ličnosti treba da budu zaštićena kao i imovinska prava, da i njihova povreda daje pravo na naknadu, i da je novčana satisfakcija takođe oblik naknade. Argument da se ni fizički ni duševni bol ne mogu oceniti ni naknaditi u novcu dokazuje suviše jer isto važi u velikom broju slučajeva imovinske štete.

52. — Može se dogoditi da *više lica zajednički* prouzrokuju neko me štetu. Oni će odgovarati solidarno, a sa njima će tako odgovarati i njihovi pomagači i postrekači, kao i onaj koji bi pomogao da se odgovorna lica ne otkriju (čl. 147). Predviđeno je da će odgovarati solidarno za prouzrokovanu štetu i lica koja su je prouzrokovala i radeći nezavisno jedno od drugog, ako se ne mogu utvrditi njihovi udeli u prouzrokovanju štete.

53. — U našem pravu postoji pravilo da potraživanje naknade vanugovorne štete *zastareva za tri godine* od kada je oštećenik doznao za štetu i za lice koje je štetu prouzrokovalo, a u svakom slučaju za deset godina od kada je šteta nastala. To je relativno kratak rok, te se može desiti da se posle zastarelosti potraživanja kod odgovornog lica nađu neke koristi ostvarene radnjom kojom je šteta prouzrokovana.

U tom slučaju nacrt daje oštećeniku pravo da zahteva od odgovornog lica, po pravilima koja važe u slučaju obogaćenja bez osnova, da mu ustupi ono što je dobilo radnjom kojom je prouzrokovana šteta.

54. — Treći način kako mogu nastati obligacije je neosnovano obogaćenje. Ono je uređeno u Odeljku trećem Prvog dela nacrta (čl. 150–157). Ono je nesumnjivo mnogo manje praktično nego ugovor i prouzrokovanje štete, i u sebi ne sadrži tako brojna pitanja kao oni. Ali ta pitanja nisu manje teška od onih koja se postavljaju u oblasti ugovora i prouzrokovanja štete. Nacrt je ostavio teoriji raspravljanje o odnosu između versionog zahteva i kondikcija i starao se da postavi nekoliko jasnih orijentacionih propisa za praksu.

55. — Opšte je pravilo da se niko ne može obogatiti neosnovano na račun drugoga. To znači da svaki koji pribavi na račun drugoga neku imovinsku korist svojom ili njegovom radnjom ili radnjom nekog trećeg, a to pribavljanje nema svoje opravdanje u nekom pravnom poslu ili u zakonu, dužan je vratiti korist koju je tako pribavio ili naknaditi njenu vrednost (čl. 150).

56. — Posle postavljanja opšteg pravila u nacrtu su formulisana posebna pravila za *isplatu nedugovanog* (čl. 151–154). Ko, verujući da je dužan, plati što nije bio dužan ima pravo zahtevati da mu se vrati ono što je isplatio (čl. 151, st. 1). To je osnovno pravilo. Pored njega postavljena su pravila za ređe primere isplate nedugovanog (čl. 151, st. 2).

57. — Pored slučaja isplate nedugovanog predviđen je i slučaj kad je neko isplatio ono što je bio dužans ako je *osnov duga docnije otpao*, slučaj kad je neko platio nešto s obzirom na *budući osnov koji se nije ostvario*, kao i svaki drugi slučaj kada je iz nečije imovine neka vrednost prešla na bilo koji način bez punovažnog pravnog osnova u imovinu drugog lica (na pr. primio isplatu tuđeg potraživanja).

U svim ovim slučajevima obogaćeni je dužan vratiti ono što je primio ili njegovu vrednost.

58. — Redovno obogaćenju jednog lica odgovara osiromašenje drugog, ali to ne mora biti uvek. Na pr. slučaj t. zv. slepog putnika. Za taj slučaj nacrt predviđa da je onaj koji se neosnovano koristovao tuđim dužan naknaditi vrednost postignutih koristi bez obzira na to da li je tužilac pretrpeo time neko smanjenje imovine ili ne (čl. 155, st. 2).

59. — U vezi sa ovom materijom da se zadržimo ukratko na još dvoma stvarima.

Prvo, ima slučajeva u kojima se može steći svojina stvari *a non domino*. U tom slučaju nacrt predviđa, ako naknada nije još isplaćena otuđiocu, da se sopstvenik može obratiti neposredno pribaviocu. Dakle, pored zahteva prema otuđiocu on ima i sopstveni, nezavisan zahtev prema pribaviocu (čl. 156, st. 2).

Drugo, u slučaju kad je osnov nezakonit za obe strane, ne može se natrag tražiti ono što je dato po tom osnovu, ali ni onaj koji je nešto primio po takvom osnovu ne može primljeno zadržati, kao što je to bilo po nekim našim pravnim pravilima. Nacrt predviđa da je

on dužan predati primljeno fondu za kulturu opštine na čijoj teritoriji ima prebivalište. Istom fondu dato je pravo da zahteva od službenika da mu preda ono što je primio da bi izvršio neku službenu radnju, koju je ionako bio dužan izvršiti (čl. 157).

60. — Odeljak četvrti Prvog dela nacрта sadrži pravila o *nezvanom vršenju tuđih poslova* (ili poslovodstvu bez naloga) (čl. 158–168). Materija je nešto detaljnije uređena nego što to inače zakoni čine. Razlog za to je što je kod nas prilično promenjen stav prema ovoj ustanovi. Raniji stav prema njoj izražen je energično u čl. 587. Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru: „Opšte je pravilo: nek se niko nepozvan u tuđe poslove ne miješa...” Ne manje jasan i oštar stav ima Austrijski građanski zakonik i O. g. z., čl. 1035: „Ko nije izričnim ni prećutnim ugovorom, ni sudom niti pak zakonom ovlašćen ne sme se po pravilu u posao drugoga mešati. Ako je to učinio, onda je za sve posledice odgovoran.” To odgovara individualističkim pogledima, te je razumljivo što je nekome bilo dozvoljeno mešanje u tuđe poslove samo „da bi u vrijeme kakve pogibli odvratio ili umanjio nesreću koja nečijoj stvari ili poslu prijati” (čl. 558 O. i. z.). Kod nas se danas gleda na to drukčije. Društvena solidarnost našla je svoj izraz i u odredbama ustava. Razume se, i danas se možemo mešati u tuđe poslove samo izuzetno, ali ne jedino ako izvesno predstoji opasnost štete. Nacrt dozvoljava, u izvesnoj meri, mešanje u tuđe poslove i da bi se drugom pribavila korist, koja bi inače bila nesumnjivo propuštena. „Vršenju tuđeg posla može se nezvano pristupiti samo ako posao ne trpi odlaganje te predstoji neminovna šteta ili nesumnjivo propuštanje znatne koristi” (čl. 158, st. 2) U istom redu ideja je i odredba nacрта da sud može, s obzirom na okolnosti u kojima se neko nezvano prihvatio vršenja tuđeg posla, smanjiti njegovu odgovornost, ili ga sasvim osloboditi odgovornosti za nepažnju (čl. 161). Razume se, dužnosti nezvanog vršioca tuđeg posla su stroge i on mora nastaviti započeti posao dok onaj čiji je posao ne bude mogao preuzeti brigu o njemu. Uopšte govoreći, on ima obveze nalogoprimca. On mora podneti izveštaj i račun onome čiji je posao nepozvan vršio. Sam posao dužan je obaviti „prema verovatnim namerama i potrebama onoga čiji je posao.”

61. — Položaj nezvanog vršioca tuđih poslova razlikuje se danas kod nas još u jednom pogledu od njegovog ranijeg položaja: on ima pravo na odgovarajuću nagradu za svoj trud, „ako je otklonio štetu od lica čiji je posao, ili mu pribavio korist koja odgovara u svemu njegovim namerama i potrebama.” (čl. 162, st. 2).

62. — Treba međutim istaći da se niko ne može mešati u tuđe poslove ako je onaj čiji je posao to zabranio. Ko se prihvati tuđeg posla i pored te zabrane za koju je znao ili morao znati, kao i ako ga vrši protivno namerama i potrebama lica čiji je posao, nema prava koja pripadaju nezvanom vršiocu tuđih poslova. On odgovara za svaku štetu prouzrokovanu mešanjem u posao, čak i ako je ona nastupila bez njegove krivice. Razume se, biće drukčije ako je zabrana mešanja u tuđe poslove protivna zakonu, javnom poretku ili moralu

(Na pr. zabrana da se drugi stara o njegovoj deci koju on nedozvoljeno zapušta).

63. — U poslednjem Petom odeljku Prvog dela, mnogo manjem od prethodnih (čl. 169–173) reč je obvezama koje nastaju javnim obećanjem nagrade, dakle jednostranom izjavom volje. Nacrt smatra da javno obećanje nagrade za određenu radnju, ili određeni uspeh obvezuje obećaoa, čak i ako onaj koji je radnju izvršio, ili postigao određeni uspeh nije znao u to vreme za obećanje nagrade. Naročita pravila važe za slučaj ako nagrada treba da se dodeli posle konkursa. Takvo obećanje obvezuje samo ako je određen rok za konkurs. O dodeljivanju nagrade odlučuje onaj koji je organizovao konkurs ili lice kome on to poveri. Ali ako su određena pravila po kojima će nagrada biti dodeljena, onda dodeljivanje nagrade podleži kontroli suda, i svaki učesnik u konkursu može zahtevati poništenje odluke o dodeljivanju nagrade ako nagrada nije dodeljena saglasno tim pravilima.

64. — Pošto su u Delu prvom nacrtu izložena pravila o izvorima obveza, u Delu drugom (čl. 174–216) nalaze se pravila o *dejstvima obveza*, to će reći o tome šta obveza znači za poverioca i za dužnika. Obveze nameću dužniku izvesne dužnosti i daju poveriocu izvesna prava. Izlaganje jednih i drugih moglo bi se vršiti paralelo jer su to dva izgleda istog odnosa, ali zbog izvesne preglednosti izložene su prvo dužnikove dužnosti pa onda poveriočeva prava, pri čemu se imalo u vidu da je to materija koja najviše interesuje lica angažovana u tom odnosu. Zbog toga je ovaj deo nacrtu podeljen na dva odeljka. Međutim, možda bi ipak bilo bolje odredbe o dužnikovoj docnji (176–177) preneti u poglavlje o istupanju, tamo gde je reč o vremenu ispunjenja (čl. 233), i gde se nalaze i odredbe o poveriočevoj docnji a odredbe o dužnikovim dužnostima i poveriočevim pravima preraditi i izneti u istom poglavlju.

65. — U Odeljku prvom, koji je znatno kraći (čl. 174–216) izložene su *dužnikove dužnosti*. Na čelu tog odeljka ponovo je istaknuto osnovno načelo nacrtu (čl. 2) i rečeno da je dužnik dužan ispuniti svoju obvezu savesno (čl. 174) i da on odgovara pri tom ne samo za svoje postupke i propuštanja, nego i za svog zakonskog zastupnika kao i za druga lica kojima je poverio ispunjenje svoje obveze ili kojima se poslužio za njeno ispunjenje (čl. 175). On je dužan ispuniti svoju obvezu na vreme, inače dolazi u docnju samim propuštanjem da svoju obvezu ispuni, te nije potrebna nikakva opomena od strane poverioca, izuzev kad rok za ispunjenje nije određen (čl. 176)- Posle docnje njegova je odgovornost pojačana, i on snosi i posledice više sile.

66. — Posle ovih opštih pravila koja važe za sve dužnike precizirane su *dužnikove dužnosti u nekim posebnim slučajevima*. Dužnik je dužan čuvati individualno određenu stvar koja je predmet njegove obveze. Ko je dužan vratiti stvar mora je dovesti u stanje u kome je bila kada je on došao do nje, ali ima pravo dignuti dodatak koji je na njoj napravio. Obveza da se isporuče stvari određene po rodu znači dužnost da se isporuče stvari srednje kakvoće. Dužnik po obvezi na donosioca mora je ispuniti svakom njenom donosiocu, izuzev

ako zna da obveznica ne pripada donosiocu i da on ne traži ispunjenje u ime i za račun njenog imaoaca. U slučaju sumnje kome pripada obveznica, dužnik može položiti kod suda ono što duguje po njoj.

67. — Sa više detalja izložena je sadržina obligacionog odnosa sa tačke gledanja *poveriočevih prava* u Odeljku drugom (čl. 183–216), te je ovaj odeljak podeljen na četiri glave.

68. — Svrha obveze je ispunjenje, te je poverilac ovlašćen da ga zahteva prinudnim putem ako to dužnik ne izvrši dragovoljno. (Glava I, čl. 183). U tom pogledu u nacrtu je organizovano, kad se radi o nenovčanim obvezama, jedno naročito sredstvo pritiska na dužnika, koje je izumela francuska sudska praksa mimo zakona, koje je tako poznato pod nazivom *astreintes*, a koje bi se kod nas moglo nazvati *sudski penali*. Ono je naročito efikasno kad se radi o obvezama da se nešto učini, na šta se inače dužnik ne može naterati neposredno. U tim slučajevima sud može odrediti dužniku naknadni rok za ispunjenje i izreći da će dužnik po isteku toga roka biti dužan isplatiti poveriocu, nezavisno od svake štete, izvesnu svotu novca za svaki dan, sedmicu ili mesec zadocnjenja. U čl. 110. st. 2, predviđeno je isto sredstvo kad je potrebno da se neko natera da prestane sa povredama prava ličnosti. Sud je ovlašćen da revidira tako određenu svotu ako dužnik naknadno ispuni svoju obvezu (čl. 184).

69. — U posebnom odseku ove glave (185–190) predviđena su *neka poveriočeva prava u nekim posebnim slučajevima*. Kad se obveza sastoji u predaji stvari određenih po rodu, posle dužnikove docnje poverilac može, po svom izboru, ili nabaviti stvari istog roda i zahtevati od dužnika naknadu cene i naknadu štete, ili zahtevati vrednost dugovanih stvari i naknadu štete (čl. 185). Kad se obveza sastoji u činjenju poverilac može, mesto naknade štete zbog neispunjenja, tražiti dopuštenje od suda da on sam o trošku dužnika uradi ono što je dužnik propustio uraditi, a od dužnika zahtevati naknadu štete. U slučaju koji ne trpi odlaganje nije potrebno čekati dopuštenje od suda (čl. 186). Kad se obveza sastoji u nečinjenju, poverilac može, ako je nešto sagrađeno protivno obvezi, zahtevati da se to ukloni o trošku dužnika i da mu dužnik naknadi štetu. Sud može, kad nađe da je to društveno korisnije, odlučiti da se ne ruši ono što je sagrađeno, već da se poveriocu naknadi šteta u novcu (čl. 187). Iz nemačkog prava preuzeta je odredba čl. 188, prema kojoj, ako dužnik ne ispuni svoju obvezu u roku koji mu je određen pravosnažnom presudom, poverilac ga može pozvati da je ispuni u naknadnom roku koji će mu primereno odrediti i izjaviti da po isteku tog roka neće primiti ispunjenje, nego će tražiti naknadu štete zbog neispunjenja. Po isteku naknadnog roka poverilac može zahtevati samo naknadu štete zbog neispunjenja (čl. 188). Ako je usled događaja za koji dužnik odgovara ispunjenje postalo delimično nemoguće, a takvo ispunjenje nema interesa za poverioca, poverilac ga može odbiti i tražiti naknadu štete zbog neispunjenja (čl. 189). Najzad, poverilac može odbiti da primi zadocnelo ispunjenje koje više nema interesa za njega i zahtevati naknadu štete zbog neispunjenja. Kad se radi o zadocnjenju sa

ispunjenjem obveza iz dvostranih ugovora, onda važe posebne odredbe koje smo upoznali kad smo govorili o raskidu dvostranih ugovora zbog neispunjenja (čl. 77. i sl.).

70. — Posle ovih posebnih pravila koja se odnose na posebne slučajeve, u sledećim poglavljima predviđena su prava koja pripadaju poveriocima u svim slučajevima i nezavisno od sadržine obveze.

71. — U glavi II (čl. 191) dato je svakom poveriocu čije je potraživanje dospelo pravo da u ime za račun dužnika vrši njegova imovinska prava koja on zapušta na štetu svojih poverilaca, izuzev onih koja su vezana za dužnikovu ličnost, i da se iz tako ostvarenog dužnikovog prava naplati prvenstveno.

72. — Mnogo praktičnije moglo bi biti poveriočevo pravo da zahteva opozivanje dužnikovih pravnih poslova preduzetih na štetu poverioca. (Glava III, čl. 192–196). To je stara *actio pauliana*, predratno pravo pobijanja, ali je u nacrtu organizovano jednostavnije. Uslovi za vršenje ovog prava su oni koji se uopšte postavljaju u raznim zakonodavstvima. Opozivanjem se pravni posao lišava dejstava samo prema tužiocu i samo koliko je potrebno za ispunjenje njegovih potraživanja. Od ranijeg prava u ovoj materiji nacrt se razlikuje naročito u pogledu rokova za vršenje ovog prava. Ranije su bili predviđeni razni rokovi za razne slučajeve pobijanja, koji su išli do deset godina. U nacrtu je predviđen jedinstven rok od tri godine, računajući od dana kada je izvršen pravni posao čije se opozivanje zahteva. Uz to je predviđeno da se tečenje ovog roka prekida ako poverilac izvesti lice protiv koga se može podneti tužba o svojoj nameri da zahteva opozivanje posla (čl. 196).

73. — Poslednje poveriočevo pravo koje je uređeno u ovom odeljku je *pravo na naknadu štete* (Glava IV, čl. 197–216). Kao što je ranije pomenuto, pitanje naknade štete, sa pitanjem raskida dvostranih ugovora zbog neispunjenja i pitanjem odgovornosti za fizičke nedostatke stvari, čini glavni deo materije ugovornog prava. Reč je o naknadi štete nastale povredom obveze, ono što se obično naziva, ne sasvim tačno, ugovornom odgovornošću, koju nacrt razlikuje od vanugovorne odgovornosti (v. čl. 130. i sl.) i za koju postavlja posebna pravila.

Poverilac može pretrpeti štetu zbog toga što dužnik nije ispunio svoju obvezu ili što je zadocnio sa ispunjenjem (čl. 197). Visinu naknade određuje sud, ali i same strane ugovornice mogu je unapred odrediti za slučaj ako bi došlo do zadocnjenja sa ispunjenjem, ili ako dužnik ne bi uopšte ispunio svoju obvezu (ugovorna kazna), a visinu naknade u slučaju zadocnjenja sa ispunjenjem novčanih obveza određuje zakon (zakonska kamata).

74. — Kad poverilac zahteva da mu *sud dosudi naknadu* (Odsek I, čl. 198–204), onda je dovoljno da dokaže postojanje obveza i da je pretrpeo štetu zbog neispunjenja ili zadocnjenja sa ispunjenjem (čl. 198). Dužnik se oslobađa obveza da naknadi štetu ako je bio sprečen da ispuni svoju obvezu nekim slučajem više sile ili kojim drugim stranim uzrokom sa koji on ne odgovara (čl. 199). Ugovornici mogu

proširiti dužnikovu odgovornost i učiniti ga odgovornim i u nekim slučajevima u kojima inače ne bi odgovarao (čl. 200).

75. — Ali, obratno, *odgovornost dužnika ne može se ugovorom isključiti*, ako za određeni slučaj nije što drugo zakonom naređeno (čl. 201, st. 1). To bi bilo protivno „cilju ugovora i dobrim običajima”, a nacrt u čl. 94. st. 2, proglašava ništavim odredbe formularnog ugovora sa kojima je to slučaj. Cilj ugovora je da se stvore obveze među ugovornicima (čl. 99); ugovoriti, a istovremeno se odreći prava na naknadu zbog neispunjenja neke obveze koja čini suštinu ugovora nije ni logično moguće. Međutim, u praksi je uobičajeno govoriti o mogućnosti isključenja odgovornosti kao o opštem pravilu. U stvari tu se radi o neispravnom načinu izražavanja. Tu se ne radi o isključenju odgovornosti, već o sporazumu ugovornika da određena obveza neće nastati iz njihovog ugovora. A to je nešto drugo i dozvoljeno, pod uslovom da se ne radi o obvezi koja čini suštinu ugovora. Tako, kupac i prodavač mogu se sporazumeti da iz njihovog ugovora isključe obvezu zaštite od evikcije, ali ne i obvezu prodavca da preda stvar ili obvezu kupca da plati cenu. U tom smislu valja razumeti klauzulu o isključenju odgovornosti zbog evikcije, koja ne čini suštinu ugovora o kupovini i prodaji (čl. 201, st. 4).

76. — Nacrt ne dozvoljava isključenje odgovornosti ali smatra punovažnom odredbu ugovora kojom se *unapred određuje najviši iznos eventualne naknade*, pod uslovom da taj iznos ne bude u očiglednoj nesrazmeri sa štetom, i da u određenom slučaju zakon ne naređuje što drugo.

77. — Klauzule o određivanju najvišeg iznosa naknade kao i one o isključenju odgovornosti u slučaju kad su zakonom dozvoljene, ostavljaju nedirnutu dužnikovu deliktenu, vanugovornu odgovornost, koju bi trebalo ograničiti na slučajeve štete prouzrokovane namerno ili krajnjom nepažnjom (čl. 201, st. 3).

78. — Što se tiče visine naknade nacrt se držao Haške konvencije o jednoobraznom zakonu o prodaji telesnih pokretnih stvari, a ova je išla za opštim stavovima u uporednom pravu. Ono u čemu se između ostalog razlikuju među sobom vanugovorna i ugovorna odgovornost je u tome za koje se štetne posledice odgovara u jednom, a za koje u drugom slučaju. Štetnik je dužan naknaditi sve štetne posledice u uzročnoj vezi sa njegovom radnjom ili njegovim propuštanjem, a dužnik koji nije ispunio svoju obvezu odgovara načelno samo za one štetne posledice svog propuštanja koje je bio dužan predvideti u vreme zaključenja ugovora. Osnovno pravilo o tome nalazi se u čl. 202. nacrta, gde stoji: „Poverilac ima pravo na naknadu pretrpljenog gubitka i izmaklog dobitka, koje je dužnik bio dužan predvideti, u času zaključenja ugovora kao moguće posledice povrede ugovora, s obzirom na činjenice za koje je znao ili je morao znati”. To ograničenje dužnikove odgovornosti pretpostavlja da je dužnik postupao savešno. Međutim, ako dužnik namerno nije pristupio ispunjenju, kao i u slučaju neispunjenja zbog krajnje nepažnje, poverilac ima pravo da zahteva da mu dužnik naknadi sve štetne posledice koje su nastale

zbog povrede ugovora, bez obzira na to što ovaj nije znao za posebne okolnosti iz kojih su one proizašle (čl. 202. st. 2). U tom slučaju obim naknade je jednak obimu naknade u slučaju deliktne odgovornosti; dužnikova zla vera ili krajnja nepažnja objašnjavaju i opravdavaju to izjednačenje.

79. — Visinu naknade eventualne povrede ugovora mogu odrediti i sami ugovornici svojim ugovorom. Ona u tom slučaju nosi naziv *ugovorne kazne* (Odsek IV, čl. 205–213), ali ona u stvari nije nikakva kazna. Po svojoj prirodi to je naknada koja svojom visinom može vršiti i *funkciju pritiska na dužnika*. Ona može biti ugovorena za slučaj neispunjenja kao i za slučaj zadocnjenja sa ispunjenjem. Za poverioca je korisno da ugovori unapred visinu naknade eventualne štete, pošto u tom slučaju ne mora dokazivati da je pretrpeo štetu i kolika je šteta, a ako je pretrpeo veću štetu ostaje mu pravo da to dokaže i da dobije odgovarajuću naknadu. Zbog toga se klauzula o ugovornoj kazni nalazi u velikom broju ugovora u privredi. Ranije je bilo pravilo da kad je ugovorena kazna sudija je dosuđuje toliku kolika je određena u ugovoru, ni manje ni više. Naše pravilo da poverilac može tražiti da mu sud dosudi i veću naknadu ako dokaže da ugovorena kazna ne pokriva svu štetu koju je on pretrpeo može se pravdati načelom pravičnosti da naknada treba da odgovara šteti. Ali to načelo ima i drugu jednu posledicu u slučaju kad je ugovorena kazna veća od pretrpljene štete. U tom slučaju treba dozvoliti sudu da na zahtev dužnika smanji iznos ugovorene kazne, i to je ono što kaže čl. 210. st. 2. Smanjiti iznos ugovorne kazne ne znači izjednačiti njen iznos sa visinom štete. Kad bi bilo tako, onda bi to značilo da je ugovorna kazna lišena svake koristi i da visinu naknade određuje uvek sud. Ali treba se podsetiti da je ugovorna kazna i sredstvo pritiska na dužnika, a ona tu funkciju može obaviti samo ako je njen iznos nešto veći od štete nastale povredom ugovora. Zbog toga se u nacrtu ne kaže da sud može smanjiti iznos ugovorene kazne uvek kad je on veći od štete, nego samo „ako je ona preterano velika u poređenju sa štetom koju je pretrpeo poverilac” (čl. 210. st. 3).

80. — U čl. 209. nacrta uređena su pitanja poveriočevih prava u raznim slučajevima koji se mogu pojaviti. Te odredbe su jasne i ne treba im komentar. Napomenimo da se u jednom slučaju nacrt razlikuje od Opštih uzansa. Tamo je pod br. 248 predviđeno da poverilac, koji je posle dužnikovog zadocnjenja sa ispunjenjem primio ispunjenje, ne može zahtevati od dužnika ugovorenu kaznu ako nije primajući ispunjenje bez odlaganja saopštio dužniku da zadržava svoje pravo na ugovorenu kaznu. Praksa naših sudova pokazuje da su poverioci bivali neprijatno iznenađeni ovim neočekivanim gubitkom prava. Pravilo je preuzeto iz nekih stranih prava gde se na ugovornu kaznu gleda sa izvesnim nepoverenjem. Organizacija ugovorne kazne u našem pravu i razvijena praksa unošenja klauzule o ugovornoj kazni u ugovore u privredi ne slažu se sa ovom odredbom i zbog toga je ona izostavljena iz nacrta.

81. — Najzad u slučaju novčanih obveza *naknadu određuje zakon* (Odsek III, čl. 214–216). Tu se može raditi samo o šteti zbog zadocnjenja, pošto novac služi za izvršenje u ekvivalentu svih obveza koje imaju neki drugi predmet, a koje ne budu izvršene u naturi. U nacrtu opšta stopa zakonske kamate iznosi šest procenata. Na tu kamatu poverilac ima pravo bez obzira na to da li je pretrpeo neku štetu. Ali se može dogoditi da poveriočeva šteta bude veća nego što iznosi zakonska kamata. Za taj slučaj nacrt predviđa da poverilac ima pravo zahtevati potpunu naknadu štete (čl. 215. st. 2).

82. — Deo treći nacrtu sadrži pravila o *prestanku obveza* (čl. 217–283). Ona su grupisana u dva poglavlja: u prvom poglavlju nalaze se pravila o ispunjenju, a u drugom su pravila o svim drugim načinima prestajanja obveza.

83. — *Ispunjenju* su posvećeni čl. 217–251, dakle nešto više od polovine svih članova u kojima se govori o prestanku obveza. Ispunjenje je najglavniji i najčešći način kojim obveze prestaju. To je normalan način prestajanja obveza. Izuzev obveza čija se sadržina sastoji u nekom nečinjenju (propuštanju, uzdržavanju, trpljenju) obveze nastaju ne da bi trajale, već da bi prestale, i to da bi prestale ispunjenjem. Svrha obligacija postiže se njihovim prestankom putem ispunjenja, te se može reći, govoreći uopšteno, da od svog nastanka obligacije teže svom prestanku ispunjenja. Zbog toga se povodom ispunjenja postavlja veći broj pitanja nego kod drugih načina nastajanja obligacija. U nacrtu sva pravila o ispunjenju obveza grupisana su u tri odseka: u prvom su opšta pravila o ispunjenju, u drugom je reč o poveriočevoj docnji, u trećem o polaganju dugovane stvari kod suda.

84. — Nije potrebno zadržavati se na pojedinim pravilima o *ispunjenju uopšte*. Ona su u mnogome ista u raznim zakonodavstvima, te ćemo ovde ukazati samo na neke pojedinosti.

Ispunjenje se sastoji u izvršenju onoga što čini sadržinu obveze, te niti dužnik može ispuniti nečim drugim, niti poverilac može zahtevati nešto drugo (čl. 224). Ali se poverilac i dužnik mogu sporazumeti da dužnik ispuni nečim drugim (zamena ispunjenja). Sporno pitanje koje nastaje posle zamene ispunjenja o poveriočevim pravima u slučaju evikcije ili ako se pokaže da stvar data u zamenu za dugovani predmet ima nedostataka, rešeno je tako što se poveriocu priznaju prava koja ima kupac u takvim slučajevima, ali mu je dato i pravo da zahteva ispunjenje prvobitne tražbine (čl. 225). To znači da se zameni ispunjenja priznaje dvostruka pravna priroda: teretni pravni posao i ispunjenje.

85. — Kad obvezu ispuni neko treće lice onda se obveza gasi samo relativno, za poverioca, ali na ispunioca prelaze poveriočeva prava prema dužniku (*Subrogacija*, čl. 219). To je pravilo, ali tako ne biva uvek po samom zakonu. Tako biva kad obvezu ispuni neko lice koje je pravno zainteresovano da obveza bude ispunjena. Van tog slučaja prava poveriočeva prelaze na ispunioca u času ispunjenja samo ako je ovaj izjavio poveriocu pre ispunjenja ili prilikom ispunjenja svoju nameru da stupi na njegovo mesto, ili ako je pre ispunjenja

dužnik obavestio poverioca da će ispunjenjem njegova prava preći na ispunioca (čl. 219). Subrogacija nije zakonska cesija i nema dejstva cesije (čl. 221).

86. — Najvažnije odredbe ovog poglavlja odnose se na *mesto ispunjenja i na vreme ispunjenja*. One su preuzete iz Haškog jednoobraznog zakona o prodaji telesnih pokretnih stvari i uopštene, ili su inspirisane odredbama tog zakona. Načelno, dužnik je dužan ispuniti obvezu a poverilac primiti ispunjenje u mestu određenom ugovorom, a ako poverilac i dužnik nisu odredili mesto ispunjenja, onda u mestu na koje upućuje svrha posla ili priroda obveze i ostale okolnosti. Inače, ispunjenje se vrši u mestu u kome je dužnik imao svoje prebivalište u času nastanka obveze, odnosno, kad se tiče obveza nastalih iz privredne ili profesionalne delatnosti dužnika, u mestu u kome se nalazi središte njegove delatnosti. To je staro pravilo da se dugovi traže a ne donose. Drukčije je kad obveza ima za predmet neku individualno određenu stvar: tada se obveza ima ispuniti u mestu gde se stvar nalazila u vreme zaključenja ugovora, ako su ugovornici tada znali gde se stvar nalazi. Važno je za ugovore u privredi da se kao individualno određene stvari imaju smatrati i stvari određene po rodu koje se imaju uzeti iz određene mase, ili se imaju proizvesti u mestu za koje su strane znale u času zaključenja ugovora (čl. 230). Drugi izuzetak od osnovnog pravila tiče se novčanih obveza. One se imaju ispuniti u mestu u kome poverilac ima svoje prebivalište, odnosno središte svoje privredne ili profesionalne delatnosti. Novčani dugovi se, dakle, donose, a ne traže (čl. 231).

87. — I odredbe nacрта kojima se postavljena pravila o *vremenu ispunjenja* odgovaraju odredbama Haškog jednoobraznog zakona o prodaji. Dužnik je dužan ispuniti obvezu u roku određenom ugovorom, a ako rok nije ugovorom određen, onda u razumnom roku koji odgovara svrsi posla, prirodi obveze i na koji ukazuju ostale okolnosti, kao što su, na primer, predviđeni način i mesto ispunjenja. Dužnik može ispuniti obvezu pre roka samo ako poverilac na to pristane, ili ako je rok ugovoren isključivo u korist dužnika, ali tada mora o svojoj nameri obavestiti poverioca i paziti da to ne bude u nevreme (čl. 233). Poverilac može zahtevati ispunjenje pre roka ako je rok ugovoren isključivo u njegovu korist, na pr. u slučaju ostave. On ima pravo zahtevati ispunjenje pre roka i ako je dužnik postao nesposoban za plaćanje, ili ako nije dao poveriocu obećano obezbeđenje, ili je smanjio data obezbeđenja (čl. 235). U opštoj težnji da se ublaži oštrina nekih pravila unesena je u ovu materiju odredba da, u slučaju kad je ugovoreno da će dužnik izgubiti rokove ako zadocni sa ispunjenjem neke obveze, gubitak rokova ne nastupa ako je dužnik zadocnio sa ispunjenjem neznatnog dela obveze (čl. 236).

88. — Odsek II (čl. 241, 242). ima u vidu situaciju u kojoj dužnik ne može da pristupi ispunjenju svoje obveze zbog poveriočevog odbijanja da primi ispunjenje, ili zbog toga što ovaj nije sa svoje strane preduzeo potrebne radnje, ili što je odsutan (*docnja poverioca*). Poverilac neće doći u docnju ako dokaže da dužnik nije bio u mogućnosti

da ispuni svoju obvezu u vreme određeno za ispunjenje. Dejstva poveriočeve docnje su ukratko označena u čl. 242: prelazak rizika na poverioca, prestanak tečenja kamate, naknada troškova daljeg čuvanja stvari i eventualne štete. Tome treba dodati da dužnik, u slučaju kad predmet njegove obveze iz dvostranog ugovora nije predaja stvari, nego neka radnja, može raskinuti ugovor po pravilima za raskid dvostranih ugovora i tražiti naknadu štete zbog neispunjenja (čl. 242, st. 4).

89. — Kad je poverilac u docnji, ili je nepoznat, ili kad je neizvesno ko je poverilac, ili kad je poverilac poslovno nesposoban a nema zastupnika, može dužnik *položiti dugovanu stvar kod suda* za poverioca (Odsek III, čl. 243–251). To mogu učiniti i treća lica koja su pravno zainteresovana da obveza bude ispunjena. Nacrt sadrži detaljna pravila ne samo o dejstvima polaganja stvari kod suda, nego i o raznim situacijama, ovlašćenjima i odnosima koji mogu nastati u vezi sa polaganjem kod suda. Načelno, polaganjem kod suda dužnik se oslobađa svoje obveze, rizik prelazi na poverioca, kamata prestaje teći, prestaju dalja dejstva eventualne dužnikove docnje. Sve to pretpostavlja da dužnik ne uzme natrag stvar koju je položio kod suda, a ako on to uradi smatra se kao i da nije bilo polaganja.

Ako je stvar nepodesna za čuvanje, ili bi troškovi čuvanja bili znatni, dužnik može tražiti od suda da se stvar o trošku poverioca izloži javnoj prodaji (čl. 245). Ako je stvar male vrednosti, ili ima tekuću cenu sud može dozvoliti da je dužnik proda iz slobodne ruke, a ako je stvar lako pokvarljiva dužnik je može prodati iz slobodne ruke.

Dužnik može odrediti pod kojim će uslovima sud predati stvar poveriocu. Ako poverilac ima pravo da zahteva ispunjenje od dužnika samo ako i sam istovremeno ispuni nešto njemu, dužnik može poveriočevo pravo da uzme stvar položenu za njega kod suda usloviti ispunjenjem onoga što poverilac duguje njemu (čl. 248. st. 2).

90. — Kao što je već pomenuto, svi *ostali načini prestanka obveza* uređeni su u glavi II ovog dela (čl. 252–283), a ova je podeljena na osam odseka, i u svakom od njih postavljena su pravila za jedan od tih načina prestanka.

91. — U odseku I, sa nešto više detalja uređena je materija *kompensacije ili prebijanja potraživanja* (čl. 252–263). Razlozi te opširnosti su potreba da se raščiste neke sporne situacije kao i izvesna odstupanja od ranijih pravnih pravila. Za zakonsku kompensaciju zahteva se uzajamnost jednorodnost, dospelost i likvidnost potraživanja (čl. 252). Ali je, što se tiče ovog poslednjeg uslova posebno predviđeno da, ako potraživanje jedne strane nije likvidno, ali se može lako utvrditi da li ono postoji i koliko je, sud može izvršiti prebijanje za onaj deo tog potraživanja čije postojanje bude utvrdio; donošenje odluke o zahtevu druge strane sud će u tom slučaju odložiti dok se ne utvrdi postojanje i količina ostatka (čl. 263). Da bi se dogodilo prebijanje potrebno je da jedna strana izjavi drugoj da vrši prebijanje, ali ta izjava ima povratno dejstvo te se smatra da je prebijanje nastalo u času kad su bili ispunjeni uslovi za zakonsku kompensaciju (čl. 253). Spor-
nim pitanjima prebijanja sa ustupljenim potraživanjem, prebijanja sa

obvezama prema društveno-političkim zajednicama kao i slučajevima kad je prebijanje isključeno posvećeni su posebni članovi nacrtu (čl. 258–260). Pravilima o kompensaciji ne dira se u pravila o tekućem računu (čl. 252. st. 2).

92. — Za prestanak potraživanja *otpuštanjem duga ili odricanjem* (Odsek II, čl. 264–267) potrebna je saglasnost dužnika.

93. — Nacrt je zadržao *novaciju ili prenov* kao način prestanka potraživanja iako je više nema u nekim novijim zakonicima (Odsek III, čl. 268–273). Za novaciju je potrebno da se nova obveza razlikuje od stare predmetom ili osnovom i namera da se mesto stare stavi nova obveza. Sa prestankom stare obveze prestaju i eventualna zalog, jemstvo i ostala sporedna prava koja su bila vezana za staru obvezu (čl. 273). Izdavanje menice ili čeka zbog neke ranije obveze ne povlači novaciju, izuzev kad je to ugovoreno (čl. 268. st. 3).

94. — Obveza se gasi i kad jedno lice postane i poverilac i dužnik u istoj obvezi (*sjedinjenje ili konfuzija*, Odsek IV, čl. 274). Ali to se ne događa kad jemac postane poverilac u obvezi sa koju jemči. Za sjedinjenje u slučaju hartija od vrednosti važe posebni propisi.

95. — U čl. 89. i 90. u poglavlju o dvostranim ugovorima bilo je reči o slučaju kad ispunjenje obveza jedne strane u dvostranom ugovoru postane nemoguće zbog događaja za koji nije odgovorna ni jedna ni druga strana, i određeno šta biva sa obvezom druge strane, kao i o slučaju kad ispunjenje obveze jedne strane postane nemoguće zbog događaja za koji odgovara druga strana ili za vreme poverilačke doznje druge strane. U odseku V (čl. 275–277) reč je samo o *prestanku obveze zbog nemogućnosti ispunjenja* koje je nastupilo usled više sile, i uopšte usled događaja za koji dužnik ne odgovara (čl. 275). Pošto „vrsta ne gine” (O. i. z. čl. 933), ako su predmet obveze stvari određene po rodu obveza neće prestati čak i ako bi sve što dužnik ima od takvih stvari propalo usled događaja za koji on ne odgovara. Ali će biti drukčije kad obveza ima za predmet stvari određene po rodu koje se imaju uzeti iz ograničenog kruga tih stvari; u tom slučaju, obveza prestaje kad propadnu sve stvari određenog kruga (čl. 276). Dužnik koji je oslobođen svoje obveze usled nemogućnosti ispunjenja dužan je ustupiti poveriocu prava koja bi imao prema trećim licima zbog nastale nemogućnosti (čl. 277).

96. — U odeljku VI (čl. 278–280) nacrt se bavi slučajevima prestanka trajnih dugovinskih odnosa *protekom određenog vremena i otkazom*. Pravilo je da trajni dugovinski odnos sa određenim rokom trajanja prestaje kad rok istekne, ako nije ugovoreno ili zakonom određeno da će se dugovinski odnos produžiti na neodređeno vreme (čl. 278). Ako vreme trajanja dugovinskog odnosa nije određeno svaka strana može ga prekinuti otkazom, koji mora biti dostavljen drugoj strani, i može biti dat u svako doba samo ne u nevreme (čl. 279).

97. — *Smrću* poverioca ili dužnika prestaje dugovinski odnos pri čijem su zasnivanju lične osobine druge strane bile odlučujuća pobuda za zaključenje ugovora, a smrću dužnika prestaje trajni dugovinski

odnos zaključen s obzirom na lične sposobnosti dužnika (Odsek VII, čl. 281).

98. — U odseku VIII (čl. 282 i 283) je reč o *raskidu ugovora izjavom volje*. Ta materija pripada više prestanku ugovora nego prestanku obveza te je treba preneti na odgovarajuće mesto.

99. — Pošto je u prvom, drugom i trećem delu izneseno kako obveze mogu nastati, šta znače i kako mogu prestati, u Delu četvrtom postavljena su pravila za neke vrste obligacija koje se odlikuju nekim posebnostima. Naslov ovog dela ne odgovara više njegovoj sadržini pošto su iz njega izostavljene uslovne i oročene obveze, budući da je odlučeno da se materija uslova i roka prenese u opšti deo imovinskog prava. U njemu se nalaze odredbe o novčanim obvezama, alternativnim, fakultativnim, solidarnim, nedeljivim i deljivim obvezama.

100. — U glavi I (čl. 284–290) su odredbe o *novčanim obvezama*. Pravilo je da se dugovi u novcu isplaćuju kako glase bez obzira na promenu kupovne moći novca. Zlatna klauzula je zabranjena, ali je dozvoljena klizna skala. Za razliku od opšteg pravila (čl. 233) poverilac je dužan primiti ispunjenje koje mu dužnik ponudi pre roka (čl. 286). Maksimalna ugovorna kamata iznosi osam procenata, ako za određeni slučaj nije od nadležnog organa određena viša stopa dozvoljene kamate. Ako je kamata ugovorena ali nije određena njena visina, onda njena stopa iznosi šest odsto godišnje. Ako je ugovorena veća kamata od dozvoljene, ugovor ostaje na snazi a kamata se snižava na stopu dozvoljene kamate. Kamata na kamatu ne može se unapred ugovoriti. Za dugovanja i potraživanja banaka i drugih kreditnih ustanova važe posebni propisi. Odredbe o ugovornoj kamati važe za ostale obveze koje imaju za predmet stvari određene po rodu.

101. — O *alternativnim obvezama* govori se detaljno u glavi II (čl. 291–297). Izbor između više ugovorenih predmeta pripada dužniku, ako nije što drugo ugovoreno. Izbor je neopoziv. Ako je jedan predmet postao nemoguć usled događaja za koji ne odgovara ni jedna strana, obveza postaje jednostavna (načelo koncentracije). Ostale odredbe preciziraju odnose u raznim eventualnostima.

102. — Tradicionalna pravila o *fakultativnim obvezama* sadrže čl. 288. i 299. glave III. TOME je dodat jedan član o fakultativnim potraživanjima.

103. — U glavi IV (čl. 301–328) ovog dela nalaze se odredbe o obvezama u kojima ima *više dužnika ili više poverilaca*. To su solidarne obveze, deljive i nedeljive obveze. Svakoj vrsti je dat po jedan odsek ove glave.

104. — Odsek I, o *solidarnim obvezama* zauzima 26 od 28 članova ove glave. U njemu su izložena, prvo, pravila o solidarnosti dužnika, a zatim, pravila o solidarnosti poverilaca.

105. — Za razliku od mnogih zakonodavstava, pa i ranijeg našeg zakonodavstva, nacrt postavlja pravilo da se *solidarnost dužnika* pretpostavlja (čl. 301). Ta pretpostavka je bliža stvarnosti nego obratno pravilo da u slučaju više dužnika u istoj obvezi svaki odgovara samo za svoj deo. Solidarnost daje poveriocu pravo da zahteva ispunjenje

obveze od svakog dužnika, ali kad jedan ispuni obvezu onda se poveriočevo potraživanje gasi. Na dužnika koji je ispunio prelaze poveriočeva prava prema ostalim dužnicima, ali samo za deo koji pada na svakoga od njih (čl. 302, 303. i 313). Deo koji pada na dužnika od koga ne može da se dobije naknada deli se srazmerno na sve dužnike (čl. 313. st. 2). To su glavna pravila o solidarnosti dužnika. Međutim materija solidarnosti tradicionalno važi za jednu od najsloženijih i najtežih u obligacionom pravu. Ona daje mesto teškim i zamršenim sporovima raznim povodima. U nacrti su (čl. 303–312) raspravljani najvažniji slučajevi i to je, između ostalog, jedan od uzroka veće obimnosti nacrtu. Možda se praktično ne bi mnogo izgubilo ako bi se veći deo tih slučajeva prepustio brizi naše teorije i prakse.

106. — Što se tiče *solidarnosti poverilaca* (čl. 316–326), ona se ne pretpostavlja kad u obvezi ima više poverilaca, za razliku od onoga što biva kad u nekoj obvezi ima više dužnika. Ona postoji samo ako je ugovorena ili zakonom naređena (čl. 316). Svaki poverilac ima pravo zahtevati od dužnika ispunjenje cele obveze, ali kad jedan od njih bude namiren obveza prestaje i prema ostalim poveriocima. Posle toga svaki od solidarnih poverilaca ima pravo zahtevati od poverioca koji je primio namirenje da mu preda deo koji mu pripada (čl. 326). I ovde su (u čl. 318–325) raspravljani najvažniji slučajevi u kojima mogu nastati komplikacije u odnosima između solidarnih poverilaca i njihovih dužnika, slične onima koje nastaju u slučaju solidarnosti dužnika, te i za njih važi ono što je tamo rečeno.

107. — U odsecima II i III (čl. 327. i 328) postavljena su pravila o *deljivim i o nedeljivim obvezama*. Pošto je određen kriterijum deljivosti, postavljeno je pravilo da kad u nekoj deljivoj obvezi ima više dužnika koji ne odgovaraju solidarno obveza se deli među njima na jednake delove, ako nije određena neka druga podela, i svaki od njih odgovara samo za svoj deo. Od više poverilaca u jednoj deljivoj obvezi svaki ima pravo potraživati od dužnika samo svoj deo (čl. 327). Za nedeljive obveze u kojima ima više dužnika važe propisi o solidarnim obvezama. Ali, ako u nedeljivoj obvezi ima više poverilaca jedan poverilac može zahtevati da dužnik ispuni njemu samo ako je ovlašćen od ostalih poverilaca da primi ispunjenje (čl. 328).

108. — U poslednjem Delu petom (čl. 329–348), obrađeni su slučajevi *promene poverioca i dužnika* u određenoj obvezi.

109. — O promeni poverioca, *cesiji ili ustupanju potraživanja* govori se u glavi I (čl. 329–339). Za to je dovoljan ugovor između ustupioca i prijemnika, ali je o tome potrebno obavestiti dužnika, čiji se pristanak ne traži, ali koje može punovažno ispuniti ustupiocu sve dok ne bude saznao za ustupanja (čl. 329. i 332). Izuzetno, ustupanje potraživanja iz hartije na donosioca vrši se predajom hartije (čl. 330). Sve su to stara pravna pravila. Od tih pravila odstupilo se u pogledu garantije naplativosti: ustupilac ne odgovara ako prijemnik ne može da naplati ustupljeno potraživanje od dužnika (čl. 337).

110. — *Promena dužnika* uređena je u glavi II (čl. 340–348). Glavni slučaj je slučaj preuzimanja duga, i on upravo predstavlja promenu

dužnika, a uz njega su uređeni još i slučaj pristupanja dugu i slučaj preuzimanja ispunjenja.

111. — Za *preuzimanje duga* (čl. 340–345) potreban je ugovor između dužnika i preuzimaoca, na koji je pristao poverilac (čl. 340), ali se to može postići i ugovorom između poverioca i preuzimaoca (čl. 346. st. 2). Time preuzimalac stupa na mesto predašnjeg dužnika. Preuzimanjem duga raniji dužnik se oslobađa obveze, izuzev ako je preuzimalac bio prezadužen u vreme poveriočevog pristanka na preuzimanje duga, a poverilac to nije znao niti je morao znati.

112. — *Pristupanje dugu* (čl. 346. i 347) vrši se ugovorom između poverioca i nekog trećeg kojim se ovaj obvezuje prema poveriocu da će ispuniti njegovo potraživanje od dužnika. Tim ugovorom poverilac dobija još jednog dužnika pored ranijeg dužnika. Pored ugovorenog pristupanja dugu u nacrtu je predviđeno da u slučaju prenosa na drugoga na osnovu ugovora neke imovinske celine sa njenom aktivom i pasivom pribavilac odgovara solidarno sa prenosiocem za njene dugove, i da se ta odgovornost ne može isključiti ili ograničiti (čl. 347).

113. — *Preuzimanjem ispunjenja* (čl. 348) neko lice se obvezuje prema dužniku da će ispuniti njegovu obvezu prema poveriocu. Tim ugovorom poverilac ne stiče nikakvo pravo prema preuzimaocu ispunjenja, te se odnos nastao preuzimanjem ispunjenja ograničava na dužnika i preuzimaoca. Ovaj odnos nastaje i kad dužnik i treći zaključe ugovor o preuzimanju duga, dok poverilac ne bude dao svoj pristanak, kao i ako odbije svoj pristanak (čl. 340. st. 1. i 5).