

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 101 | ГОДИНА LXIII | 2024

FACULTY OF LAW  
UNIVERSITY OF NIŠ

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

№ 101 | YEAR LXIII | 2024

Ниш/Niš 2024.

# ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2024.

## Издавач

Правни факултет у Нишу

## За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

## Главни и одговорни уредник

Др Мирослав Лазић,

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

## Уредништво

Др Невена Петрушић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Ирена Пејић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Срђан Голубовић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Марија Игњатовић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Др Александар Мојашевић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Др Душица Миладиновић Стефановић,  
ванредни професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

## Научни савет

Др Владимир Ђурић, научни сарадник  
Института за упоредно право у Београду

Др Гордана Илић-Попов, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Београду

Др Весна Кнежевић Предић, редовни  
професор Факултета политичких наука,  
Универзитета у Београду

Др Хајрија Мујовић, научник саветник  
Института друштвених наука у Београду

Др Душан Николић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Новом  
Саду

Др Владан Петров, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у  
Београду

Др Дарко Симовић, редовни професор  
Криминалистичко-полицијског  
Универзитета у Београду

Др Драгољуб Тодић, редовни професор  
Института за међународну политику и  
привреду у Београду

Др Сања Ђопић, виши научни сарадник  
Института за криминолошка и  
социолошка истраживања у Београду

## Међународни редакциони одбор

Др Жељко Бартуловић, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Хрватска

Др Мартин Белов, редовни професор Правног факултета, Универзитет “Климент Охридски” у Софији, Бугарска

Др Серјогин Андреј Викторовић, доцент Правног факултета Јужног федералног универзитета, Ростов на Дону, Руска Федерација

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

Др Сашо Георгијевски, редовни професор Правног факултета “Јустинијан Први” у Скопљу, Република Северна Македонија

Dr Mustafa Yasan, ванредни професор Правног факултета у Измиру, Демократски Универзитет, Турска

Др Тодор Каламатијев, редовни професор Правног факултета “Јустинијан Први” у Скопљу, Република Северна Македонија

Др Златан Мешкић, редовни професор Правног факултета Принц Султан Универзитета у Ријаду, Краљевина Саудијске Арабије

Др Дарко Радић, редовни професор Правног факултета у Бањој Луци, Република Српска, Босна и Херцеговина

Др Жељко Радић, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Сплиту, Хрватска

Др Димитрије Ђеранић, ванредни професор Правног факултета у Источном Сарајеву, Република Српска, Босна и Херцеговина

**Секретар Редакционог одбора:** др Марија Драгићевић,  
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

**Лектура радова и превод резимеа:** Гордана Игњатовић (енглески)

**Лектура:** Александра Гојковић (српски)

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Технички уредник онлајн издања:** Владимир Благојевић

**Штампа:** Графика Галеб Ниш

**Тираж:** 100

Зборник радова Правног факултета у Нишу  
под називом Collection of Papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан  
у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern  
European Online Library – CEEOL.

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

# COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

Niš, 2024

## **Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

## **For the Publisher:**

Prof. dr Nebojša Raičević Dean

## **Editor-in-Chief:**

Dr Miroslav Lazic, Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

## **Editorial Board of the Law Faculty Journal**

Dr Nevena Petrušić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Irena Pejić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Srđan Golubović, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Marija Ignjatović, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Aleksandar Mojašević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Dušica Miladinović Stefanović, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

## **Scientific Council**

Dr Vladimir Đurić, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

Dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Dr Vesna Knežević Predić, Full Professor, Faculty of Political Science, University of Belgrade, Serbia

Dr Hajrija Mujović, Research Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

Dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

Dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Dr Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies Zemun, Belgrade, Serbia

Dr Dragoljub Todić, Full Professor, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Serbia

Dr Sanja Čopić, Senior Research Associate, Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia

### International Editorial Board

Dr Željko Bartulović, Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

Dr Martin Belov, Full Professor, Faculty of Law, Sofia University “St. Kliment Ohridski”, Sofia, Bulgaria

Dr Seryogin Andrey Viktorovich, Assistant Professor, Faculty of Law, Southern Federal University, Rostov-on-Don, Russian Federation

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Dr Michael Geistlinger, University of Salzburg, Department of Public International Law, Salzburg, Austria

Dr Sašo Georgijevski, Full Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Dr Mustafa Yasan, Associate Professor, Faculty of Law Izmir, Democracy University, Turkey

Dr Todor Kalamatijev, Full Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Dr Zlatan Meškić, Full Professor, College of Law at Prince Sultan University, Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia (KSA)

Dr Darko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Dr Dimitrije Čeranić, Associate Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

**Secretary of the Editorial Board:** Dr Marija Dragičević

**Proofreading and Translation (summaries):** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković (Serbian)

**Layout editor:** Nenad Milošević

**Online Journal editor:** Vladimir Blagojević

**Print:** Grafika Galeb Niš

**Circulation:** 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

E-mail: [zbornik@prafak.ni.ac.rs](mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs)

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>

<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL



# САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч .....	11
------------------	----

## I ЧЛАНЦИ / ARTICLES

<b>Ирена Пејић,</b> Конституисање Народне скупштине: између нормативног и стварног .....	13
<i>The Constitutive Session of the National Assembly: Between the normative and the real</i>	
<b>Дарко Димовски,</b> Употреба виртуелне стварности за проучавање места злочина.....	31
<i>The Use of Virtual Reality in Crime Scene Investigation</i>	
<b>Martin Hamřík,</b> Social Values as Succession Law Limits: Focus on the Succession Law of Slovakia .....	51
<i>Друштвене вредности као оквир наследног права: Осврт на наследно право Словачке</i>	
<b>Милан Рапајић,</b> <b>Дејан Логарушић,</b> Начело законитости управе .....	69
<i>The Principle of Legality of the Administration</i>	
<b>Урош Здравковић,</b> Процедурални услови за раскид уговора о међународној продаји робе .....	91
<i>Procedural Conditions for Avoidance of the Contract for the International Sale of Goods</i>	

**Милан Пилиповић,**

Дејство одлука Уставног суда Босне и Херцеговине на промјене организације власти ентитета и Босне и Херцеговине: да ли је Уставни суд остварио улогу заштитника устава и уставности у Босни и Херцеговини?..... 105

*The effect of the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina on the changes in the organization of the authorities of the entities and Bosnia and Herzegovina: Has the Constitutional Court realized the role of protector of the constitution and constitutionality in Bosnia and Herzegovina?*

## II РАДОВИ СТУДЕНАТА / PHD STUDENTS PAPERS

**Имран Рашљанин,**

Једнострано отказивање брака у Риму..... 133  
*Unilateral Annulment of Marriage in Ancient Rome*

**Марина Радовановић,**

Заштита основних права у контексту сурогат материнства: осврт на новију праксу Европског суда за људска права...143  
*Protection of Fundamental Rights in the context of Surrogacy: A review of the recent case law of the European Court of Human Rights*

**Александра Кастратовић,**

Од ограничења слободе кретања до лишења слободе особа у потреби за међународном заштитом – усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права..... 163  
*From Restriction of Freedom of Movement to Deprivation of Liberty of Persons in need of International Protection: Compliance of Serbian legislation with the European Court of Human Rights standards*

**Упутство за ауторе / Guidelines for Authors.....183**



## Уводна реч

Поштовани читаоци,

Са задовољством вам представљамо број 101/2024 Зборника радова Правног факултета у Нишу, са 9 актуелних и квалитетних научних радова на српском и енглеском језику. Тежња да у сваком броју имамо и одређени број квалитетних радова еминентних научника на страном језику је остварена и у овом броју. Мали јубилеј, објава броја 101, обележена је не само актуелним радовима, већ и новим изгледом корица као симболом почетка новог циклуса. Концепција остаје иста – објављивање радова на српском језику (ћирилична и електронска латинична верзија) и радова на енглеском језику који су пре свега намењени правничкој публици, али и са штивима интересантним и економистима, историчарима, филозофима и другим поклоницима друштвено-хуманистичких наука.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Мирослав Лазић

У Нишу, мај, 2024.

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

We are pleased to present a new issue of our law journal *Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš* (No. 101/2024), which contains 9 high-quality scientific papers on current law-related issues. Except for marking a small jubilee of our law journal, this issue features a new cover design as a symbol of the beginning of a new publication cycle. In line with the conceptual framework of this journal, we pursue the tradition of publishing papers on various legal issues written both in Serbian and in English. The published papers are primarily intended for legal audiences but they may be also interesting to economists, historians, philosophers and scholars from a range of social sciences and humanities.

Editor-in-Chief

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.

Niš, May 2024

# І ЧЛАНЦІ

---

---



UDK: 342.53(497.1)

UDK: 328(497.1)

ОРИГИНАЛНИ  
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 10.03.2024.

Рад прихваћен: 25.04.2024.

**Др Ирена Пејић\***  
Редовни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу,  
Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfno-49749

ORCID 0000-0002-0722-2373

## **КОНСТИТУИСАЊЕ НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ: ИЗМЕЂУ НОРМАТИВНОГ И СТВАРНОГ\*\***

**Апстракт:** Конституисање Народне скупштине посматрано кроз нормативни оквир отвара бројна питања везана за потпуну легитимизацију конститутивног процеса највишег представничког органа. Сходно скупштинском Пословнику, на првој седници Народне скупштине предузимају се активности које су подељене у две групе. Прву групу активности чини: потврђивање мандата народних посланика, избор председника и потпредседника Народне скупштине и именоване генералног секретара. Друга група активности одвија се „по правилу“ на првој седници и то: избор радних тела Народне скупштине и избор чланова сталних парламентарних делегација у међународним организацијама. То значи да је Пословником начињена разлика у снази конститутивних аката и радњи јер се верификација мандата и избор руководства сматрају обавезним на првој седници, док се избор радних тела и формирање парламентарних група може предузимати „по правилу“, односно без обавезујућих рокова. Овакав нормативни оквир пружио је могућност за флексибилно тумачење уставних рокова предвиђених за конституисање Народне скупштине (30 дана) и избор Владе (90 дана). На овај начин створени су услови за „изигравање“ уставног механизма организације власти, што се показало у неколико парламентарних сазива, па и у актуелној четрнаестој легислатури када је председник Народне скупштине биран након протекла уставног рока од 30 дана.

**Кључне речи:** конституисање парламента, Народна скупштина, председник Народне скупштине, скупштински Пословник.

---

\* irena@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 5.2.2024. године.

## 1. Увод

С обзиром на то да Устав Републике Србије није изричито уредио трајање једне легислатуре, о томе се посредно може закључити упућивањем на уставну одредбу о индивидуалном посланичком мандату. Изборна периода Народне скупштине, односно једна легислатура, започиње конституисањем Скупштине, које се, *stricto sensu* тумачењем пословничких одредаба, сматра обављеним потврђивањем мандата две трећине народних посланика. Народни посланици стичу индивидуални мандат даном потврђивања у Народној скупштини и он траје четири године, а легислатура започиње да тече потврђивањем најмање две трећине посланичких мандата. С обзиром на уставну позицију Народне скупштине као врховног представничког органа у систему поделе власти, може се рећи да њен ауторитет јесте колективни, јер и народни представници „освајају“ мандат на парламентарним изборима у јединственом изборном акту. Воља бирача изражена на изборима усмерена је на формирање јединственог представништва грађана преко кога функционише законодавна грана власти. Потреба да се експлицитно уреди колективно трајање легислатуре произилази из неопходности да се ауторитет представништва грађана заштити првенствено у односу према извршној власти. Са друге стране, Устав је уредио да колективни мандат Народне скупштине престаје потврђивањем мандата две трећине народних посланика новоизабране Скупштине. Ова одредба пружа сигурност уставној организацији власти и извесност у погледу колективног скупштинског мандата. Конкретније, овим путем избегава се потенцијални вакуум између два скупштинска сазива, што се дешавало у време важења Устава из 1990. године, када је Народној скупштини мандат престајао тренутком расписивања избора за нови скупштински сазив.

## 2. Системско тумачење нормативног оквира за конституисање НС

Конституисање Народне скупштине обухвата неколико сегмената: прву седницу, на којој се потврђују мандати и врши избор органа управљања, затим следи конституисање радних тела и образовање посланичких група. Пословником Народне скупштине предвиђено је шта дневни ред прве седнице мора обавезно да садржи, као и питања која су предмет одлучивања на првој седници. Дневни ред прве седнице обухвата следеће: потврђивање мандата народних посланика, избор председника и потпредседника Народне скупштине, именовање генералног секретара. Мада није изричито наведено, обавезно се на првој седници мора донети и одлука о броју потпредседника, јер Народна скупштина на почетку

сваког скупштинског сазива утврђује тачан број потпредседника. На првој седници се, по правилу, одлучује и о избору чланова сталних радних тела Народне скупштине, као и о избору чланова сталних парламентарних делегација у међународним институцијама.<sup>1</sup>

Очигледно је да „конститутивна седница“ и „прва седница“ нису идентичне седнице. Избор радних тела и парламентарних делегација може бити предмет одлучивања прве седнице, али то није обухваћено обавезним дневним редом. То значи да се избор и конституисање скупштинских органа, као и формирање посланичких група може учинити накнадно. У пракси проблем настаје зато што ови скупштински послови нису орочени, па је процес конституисања Скупштине практично неограничен. Уколико је намера била да се конституисање Народне скупштине спроведе на више седница, онда је то требало унети у Пословник. Као што је за прву седницу тачно утврђен дневни ред, требало би унети одредбу о наредној (или наредним) седницама и њиховом дневном реду, у који би обавезно ушло конституисање скупштинских одбора и образовање посланичких група.

Конститутивну седницу сазива председник Народне скупштине из претходног скупштинског сазива, и то првог дана након подношења извештаја Републичке изборне комисије, а најкасније у року од 30 дана од проглашења коначних изборних резултата. На почетку прве седнице Народне скупштине изводи се химна Републике Србије, а почасна јединица Војске Србије распоређује се испред главног улаза у Дом Народне скупштине (као и на почетку и завршетку редовних заседања и приликом полагања заклетве председника Републике и чланова Владе). Првој седници председава најстарији народни посланик до избора председника Скупштине. Председавајућем у раду помаже по један, најмлађи, посланик са четири изборне листе које су добиле највећи број мандата.<sup>2</sup> Народна скупштина образује посебну комисију од три члана која проверава веродостојност података из уверења о избору за народне посланике и извештаја Републичке изборне комисије.<sup>3</sup>

Уставни рок од 30 дана за конституисање Народне скупштине, као и рок од 90 дана за формирање Владе, успостављени су као брана политичкој арбитрерности.<sup>4</sup> Овај правни механизам нарочито је важан

1 Чл. 4 Пословника Народне скупштине РС, *Службени гласник РС*, 20/2012.

2 Чл. 3 Пословника НС.

3 Пре доношења новог скупштинског Пословника постојала је сумња да овај поступак верификације није правно уобличен, јер је остављао простор за сумњу да ли Комисија може потпуно реализовати свој посао. Подаци из извештаја Републичке изборне комисије и уверења које се издаје посланику нису идентични, па тако нису ни упоредиви (Рајванчић 1998: 67–68).

4 Чл. 101 и 109 Устава РС, *Сл. гласник РС*, 98/2006, 115/2021, 16/2022.

у условима када је шеф државе носилац непосредне легитимације коју може користити за доминантан положај у политичком окружењу са неразвијеним правилима парламентарне игре. Чин конституисања не може се сматрати „свршеним актом“ након верификације посланичких мандата, јер је овај акт само процесна основа за конституисање законодавног органа *in toto*. Конституисање није једнократни чин, оно обухвата низ сукцесивних одлука којима се парламент формира као уставни орган који је организационо и функционално способан да остварује своје надлежности. Тако је у дванаестој легислатури учињен озбиљан удар на уставну конструкцију власти јер представнички орган није конституисан *in toto* у предвиђеном уставном року. То је показало како се може деформисати садржај легитимације коју је Народна скупштина добила на парламентарним изборима. Легитимација власти представничког органа почива на парламентарним изборима, али она мора бити обезбеђена у парламентарном процесу у форми контекстуалне легитимације почев од њеног конституисања. С обзиром на то да Пословником Народне скупштине ова област није уређена комплетно, у пракси смо имали ситуацију да је легислатура сматрана конституисаном актом потврђивања мандата, док су председник Народне скупштине и њени органи изабрани много касније, руковођени уставним роком од 90 дана, односно када је предложен мандатар за састав нове Владе.

Проблем лежи у томе што Пословник Народне скупштине није уредио два одвојена појма, „конститутивну седницу“ и „прву седницу“, који су само на први поглед идентични. Сходно Пословнику „(п)рву седницу Народне скупштине сазива председник Народне скупштине из претходног сазива, тако да се седница одржи најкасније 30 дана од дана проглашења коначних резултата избора.“<sup>5</sup> Конституисање Народне скупштине врши се на првој седници, али се не може рећи да је акт конституисања исцрпљен проглашењем мандата две трећине народних посланика, јер се овом питању мора приступити системским тумачењем одредбе чл. 101 Устава Републике Србије. У Уставу се користи израз „прва седница“, али не и појам „конститутивна седница“, већ се уместо тога изражава опис кроз синтагму „конституисана Скупштина“. Устав, дакле, утврђује када прва седница треба да се одржи, односно сматра се да је остварен правни основ за одржавање прве седнице ако је потврђено две трећине мандата народних посланика. Потврђивање мандата је легитимацијски основ који је Устав предвидео као услов за одржавање прве седнице у року од 30 дана, али то није једини, нити је довољан услов да би се Народна скупштина сматрала конституисаном у пуном капацитету. Системским тумачењем треба повезати уставну одредбу којом се јасно истиче да

5 Чл. 2 Пословника НС.



мандат претходног сазива Народне скупштине престаје „потврђивањем мандата две трећине народних посланика“, при чему се уопште не користи израз „конституисање“ Народне скупштине.<sup>6</sup> Долазимо до закључка да конституисање не може бити сведено искључиво на акт потврђивања мандата новоизабраних посланика. Уколико се послужимо и циљним тумачењем наведене уставне одредбе, онда се може рећи да уставотворац није имао намеру да поистовети акт „конституисања“ и „потврђивања мандата“, јер да је то био циљ онда би овај члан Устава гласио: „мандат претходног скупштинског сазива престаје конституисањем Народне скупштине“.

Проблеми који настају на темељу нормативног оквира могу се сагледати кроз хипотетичке ситуације. Тако су Уставом предвиђена овлашћења председника Народне скупштине у погледу замењивања председника Републике, што значи да избор председника Народне скупштине као чин конститутивног акта представља неопходан услов за функционисање уставне власти. Постојеће правно решење оставља простор за политичке игре у односима између две гране власти. Основни захтев је да се обезбеди континуитет у организацији власти, што је јасно наглашено уставном одредбом о престанку једног сазива потврђивањем мандата новоизабраних народних посланика. Слично правило постоји у свим парламентарним системима и у погледу трајања владе, која остаје у мандату све до избора нове владе. С обзиром на то да је у парламентарној пракси Србије „потврђивање мандата“ поистовећено са „конституисањем Скупштине“, Народна скупштина је своју аутономију ставила у службу „политичке игре“ и свог председника бира у исто време када бира и председника Владе. Под претпоставком да председник Републике не може да обавља своје дужности, може доћи до уставног вакуума у трајању од четири месеца. Прецизније, држава би могла да остане без легитимног представника власти, јер се Влада налази у тзв. техничком мандату, као и председник одлазећег скупштинског сазива. У истом оквиру може се сагледати ситуација у актуелној четрнаестој легислатури која је, након парламентарних избора одржаних 17. децембра 2023. године, „конституисана“ потврђивањем мандата народних посланика 6. фебруара 2024. године. У тренутку када се пишу редови овог рада још увек није изабран председник Народне скупштине иако је протекао рок од 30 дана. С обзиром на то да је најављено понављање избора у граду Београду, уставни механизам за расписивање избора не може да буде активиран јер Народна скупштина није конституисана *in toto* и нема свог председника у чијој је надлежности расписивање локалних избора.

<sup>6</sup> Чл. 101, ст. 6 Устава РС.

### 3. О заклетви народних посланика

Полагање заклетве народних посланика представља део парламентарне традиције у Србији. Устав Србије из 1888. године предвидео је полагање заклетве, која је гласила: „Ја (име), заклињем се јединим Богом и свим што ми је по закону најсветије и на овом свету најмилије, да ћу Устав верно чувати, и да ћу у своме посланичком раду опште добро Краља и народа, по мојој души и мојем знању, непрестано пред очима имати. И како ово испуним, онако ми Бог помогао и овога и онога света.“ Видовданским уставом Краљевине СХС (1921) из текста заклетве изостала је синтагма „јединим Богом“ и остала само реч „Богом“, што је изазвало реакције једног посланика свештеника у Скупштини Краљевине. Посланици који нису положили заклетву не би могли да врше посланичку функцију, што значи да нису могли да присуствују скупштинским седницама и да учествују у њеном раду. У пракси, ова одредба је протумачена тако да „незаклети“ посланици нису имали право на дневницу, али су уживали имунитетску заштиту од тренутка верификације мандата (Јовановић, 1924: 174). Први скупштински пословници у новој социјалистичкој држави 1947. године предвиђали су свечану изјаву у којој је напуштен религиозни карактер правним изразом „својом чашћу и чашћу свога народа“.

Важећи Устав Србије (2006) предвиђа полагање заклетве као конститутивни акт инаугурационе процедуре за председника Републике, министре и судије, док оваква обавеза није предвиђена за народне посланике. Доношењем Закона о Народној скупштини (2010) установљено је да народни посланици приликом ступања на дужност полажу заклетву следеће садржине: „Заклињем се да ћу дужност народног посланика обављати предано, поштено, савесно и верно Уставу, бранити људска и мањинска права и грађанске слободе и по најбољем знању и умећу служити грађанима Србије, истини и правди!“<sup>7</sup>

Заклетва народних посланика следи након потврђивања мандата на првој седници Народне скупштине. Заклетва треба да истакне моралну страну посланичке функције, она треба да потврди садржину представничког мандата и потчињеност народних посланика Уставу као највишем општем правном акту државе.<sup>8</sup> Међутим, проблем би могао настати уколико би народни посланик одбио да положи заклетву, што отвара питање да ли би то имало утицаја на вршење посланичког

7 Чл. 17 Закона о Народној скупштини, *Сл. гласник РС* 9/2010.

8 Има мишљења да томе нарочито доприноси заклетва религиозног карактера. Свечана изјава посланика која је световног карактера приликом преузимања посланичке функције могла би да потврди потчињеност чланова Скупштине највишем општем правном акту државе (Продановић, 1979; Продановић, 1998: 69).

мандата? Прецизније, овај проблем може бити сагледан кроз два питања: 1) да ли стечени мандат престаје у случају неполагања заклетве, и 2) да ли неполагање заклетве утиче на садржину мандата, тј. права посланика у вршењу посланичке функције? Посматрано кроз призму законских услова за престанак посланичког мандата, неполагање заклетве не представља правни основ за престанак мандата посланика. Међутим, остаје отворено питање: да ли посланик који одбије да положи заклетву има „морално“ право да претендује на вршење повереног мандата? Изабрани представници мандат добијају на изборима у једном колективном изборном акту и они су дужни да потврде своју приврженост основним уставним вредностима, а нарочито да поштују принцип народне суверености. Зато би неполагање заклетве могло да изазове „празан“ садржај посланичког мандата, јер народни посланик нема морално право да обавља функцију представљања грађана. О могућем престанку мандата може се говорити само под околностима озбиљне осуде јавног мњења, која може да изазове оставку посланика.

У специфичним условима конституисања четрнаесте легислатуре 6. фебруара 2024. године, након парламентарних избора одржаних 17. децембра 2023. године са великим бројем приговора на регуларност изборне процедуре и резултата избора, народни посланици опозиционих посланичких група положили су заклетву изван скупштинске сале, у холу скупштинског здања. На овај начин, они су демонстрирали неслагање са формалним чином потврђивања мандата због приговора на изборне нерегуларности, те су заклетву положили грађанима у скупштинском здању одвојено од парламентарне већине. Овај чин није формално утицао на конституисање скупштинског сазива, али је потврдио морални карактер заклетве која би требало да служи као легитимацијска повезница на релацији грађанин – посланик – Скупштина.

#### **4. Избор председника и потпредседника Народне скупштине**

Избор председника Народне скупштине врши се на првој седници и представља један од првих „природних“ послова парламента. У британском Доњем дому и земљама под утицајем енглеског парламентарног модела (англосаксонски систем, као и Белгија и Данска) номинује се само један кандидат. Сматра се да кандидат треба да ужива подршку парламентарне већине, те изостаје формална процедура избора председника. Има примера, међутим, да се и поред номинације једног кандидата спроводи формални избор председника (Француска). Уколико има више кандидата за председника, избор се реализује у неколико кругова гласања (на

пример, два у Румунији, три у Француској, Белгији и Финској, а више од три у Италији). У случају да председник није изабран у првом кругу, у кратком року одржавају се нови избори на којима се могу истаћи нове кандидатуре. Данас је постало правило да председник потиче из парламентарне већине, мада је овде реч о *de facto* а не *de iure* ситуацији.<sup>9</sup> То се углавном односи на председника доњег парламентарног дома, док председавајући горњег дома може бити из парламентарне мањине (Аустрија, Немачка).

У унутрашњој организацији Народне скупштине установљен је инокосни орган управљања оличен у председнику Народне скупштине. Право да предложи кандидата за председника Скупштине има група од најмање 30 посланика, а сваки посланик може својим потписом подржати само једног кандидата. Предлог за избор председника обавезно садржи: име и презиме кандидата, назив изборне листе са које је изабран, име и презиме представника предлагача, образложење, биографију и сагласност кандидата.<sup>10</sup>

Услов за предлагање кандидата за избор потпредседника је идентичан, па се стиче утисак да одредба Пословника о већем броју потпредседника не може да буде спроведена у потпуности и са циљем једнаког политичког представљања свих посланичких група. Народна скупштина утврђује број потпредседника посебном одлуком на почетку скупштинског сазива. Може се претпоставити да је намера била да број потпредседника у Скупштини одговара броју посланичких група у једном сазиву, мада то није уређено пословничким одредбама. До сада је постојала добра парламентарна пракса да све посланичке групе имају право на једно потпредседничко место. Међутим, број од 30 посланика као услов за номиновање потпредседничког кандидата увелико премашује минималан број од пет посланика као услов за формирање посланичке групе.

Сви предлози кандидата за председника и потпредседнике упућују се председавајућем и о њима се отвара претрес, а након завршеног претреса утврђује се листа кандидата по азбучном реду. Избор председника обавља се у поступку гласања које може бити јавно или тајно, о чему одлучује сама Скупштина. У случају јавног гласања примењује се техника гласања прозивком, док се тајно гласање обавља на гласачким листићима. За

---

9 У британском Доњем дому (Дом комуна) спикер је најистакнутији играч на парламентарној позорници. Не само да председава седницама Дома, спикер је нарочито утицајна фигура у сваком погледу. „Изузев владарке“, записано је, „нико од људи који обављају јавне послове нема већи углед од председавајућег Парламентом“ (Adonis, 1996: 87).

10 Чл. 8 Пословника НС.

председника Народне скупштине изабран је кандидат за кога је гласала већина од укупног броја народних посланика. Поступак избора се може спровести у највише два изборна круга, што значи да у другом кругу гласања учествују два кандидата са највећим бројем гласова. Уколико се ни у другом кругу не обезбеди већина присутних чланова парламента, тада се цео изборни поступак понавља.<sup>11</sup>

Због значаја функције председника Скупштине, као и због његовог положаја у Колегијуму Народне скупштине, поставља се питање да ли је оправдано решење по коме се Скупштина пре избора председника изјашњава о начину гласања. Тајно гласање би могло да обезбеди посланицима да изразе не само своје политичко уверење већ и да изаберу угледну личност која неће ову функцију подредити интересима своје политичке групе. Показало се да јавно гласање фаворизује представника парламентарне већине и ретко оставља простор да на ову функцију буде изабрана особа која међу посланицима ужива углед и опште поверење.<sup>12</sup> Уосталом, може се претпоставити да ће парламентарна већина увек бити за јавно гласање, јер је то још један од механизма за политичку контролу и дисциплиновање чланова парламента.<sup>13</sup>

Председник Народне скупштине представља Скупштину, сазива седнице и утврђује предлог дневног реда, председава скупштинским седницама, сазива састанке Колегијума и њима председава, стара се о реду на седницама и о примени Пословника, стара се о благовременом и усклађеном раду радних тела, а врши и друге послове утврђене Законом и Пословником. Мада председник Народне скупштине нема овлашћења власти, његова улога није само церемонијалног карактера. Председник се бира као „први међу једнакима“, али не сме се заборавити утицај који

11 Чл. 9–13 Пословника НС.

12 Чак и у земљама са традиционалним правилима о доминацији парламентарне већине, као што је Уједињено Краљевство, има примера да спикер, односно председавајући Доњег дома буде изабран из редова парламентарне опозиције, као што се то десило 1992. године када је изабрана прва жена из редова лабуриста на чело овог Дома (Olson, 1994: 41).

13 Упоредна пракса показује да се у традиционалним парламентима, као на пример у Француској и у Немачкој, гласање увек обавља тајно, у два или три круга избора у парламенту. У француској Националној скупштини (Art. 9.2. Règlement De L'Assemblée Nationale – R. A. N) за председника овог Дома изабран је кандидат који освоји апсолутну већину гласова у првом или другом кругу гласања, а уколико се то не деси, победу ће однети кандидат који освоји релативну већину у трећем кругу гласања. У немачком Бундестагу се, такође, захтева апсолутна већина гласова у првом и другом кругу гласања, уз могућност да се одржи и трећи круг на коме ће учествовати само два најбоље пласирана кандидата (Par. 2.2. Geschäftsordnung des Deutschen Bundestagen – GeoBt).

политичке групе остварују преко овог скупштинског функционера. Мандат председника Народне скупштине траје колико и мандат једне легислатуре.<sup>14</sup>

### 5. Формирање посланичких група

Посланичке групе се формирају ради уједињења посланика истог политичког мишљења у парламенту и оне представљају посебан организациони део парламента без кога се не може замислити парламентарна процедура. Оснивање посланичких група има за циљ да обезбеди „приближну“ репрезентацију политичких партија у представничком органу (Burdeau, Hamon, Torreg, 1995: 581). С обзиром на то да се у њима формулишу основни политички ставови, оне су постале центар политичког одлучивања у савременом парламенту јер је данас активност у парламенту све мање индивидуална, а све више колективна. Народни изабраници се прилагођавају улози политичке групе у парламентарном поступку и зато остају по страни њихове индивидуалне могућности и право на акцију (Borchert, 1977: 210–242).

Посланици се удружују у посланичке групе према својим политичким афинитетима и то представља једно од основних права посланика. Посланик не може бити истовремено члан више посланичких група. Суштина овог права је у могућности избора, што значи да посланици нису дужни да приступе некој политичкој групи у парламенту. У упоредном праву позната је категорија независног посланика, који у пословничким регулама ужива посебан статус и заштиту. Неприпадање посланичкој групи, као последица слободне и самосталне одлуке посланика, потпуно је сагласно слободном парламентарном мандату. Међутим, политичка реалност је таква да независни посланици могу да остваре врло слабу и готово маргиналну улогу у парламентарном процесу. Отуда они често користе право на оснивање посланичких група, чак и у форми административног повезивања са постојећим групама.

Посланичку групу у Народној скупштини може образовати најмање пет посланика, који припадају једној или различитим политичким партијама. Конституисање посланичких група није временски ограничено нити везано за одређени рок, као што је то било предвиђено претходним Пословником (инструктивни рок од седам дана). Посланичка група је образована подношењем списка чланова председнику Народне скупштине. Групе су дужне да посебно назначе председника посланичке

---

14 У земљама са колективним председништвом парламента постоје примери да се председник бира на годину дана, те да се на почетку сваке годишње сесије бира нови председник дома (Bruneau, Macleod, 1986: 118–125).

групе и његовог заменика. Обавеза публиковања акта о формирању групе није установљена у националном праву Србије, мада би то представљало важан елемент потпуног правног уобличавања ове форме организовања посланика у унутрашњој структури парламента.

Минималан број посланика за образовање посланичке групе не треба посматрати искључиво као правило техничког карактера. По угледу на упоредне парламентарне системе било је целисходно да Народна скупштина уместо минимума од пет посланика примени „вишу“ квоту за формирање једне посланичке групе. С обзиром на реалне односе снага у Народној скупштини, као и на установљени изборни цензус, минимални услов за формирање посланичке групе могао би бити 15 народних посланика или, по узору на немачки модел, најмање пет процената чланова парламента. На овај начин могло се спречити претерано уситњавање парламента и онемогућити „растакање“ парламентарног плenumа, те ограничити „амбиције“ лидера малих политичких партија.<sup>15</sup> У кратком раздобљу од 1990. до 1994. године у Народној скупштини било је допуштено формирање посланичке групе са најмање десет посланика, а потом је граница спуштена на пет посланика. На овај начин омогућено је формирање великог броја посланичких група, који се кретао од пет у првој легислатури до чак петнаест посланичких група у једанаестој легислатури. Овај показатељ представља својеврсну рефлексију партијског система од 1990. године. Овај тренд је потпуно супротан очекивању да се у дужем временском раздобљу политички систем консолидује и да се профилишу стабилне парламентарне партије. Осим тога, однос снага унутар парламента током три деценије није ишао линијом стабилизације, већ управо обрнуто. Уместо да огромну несразмеру која је испољена у

---

<sup>15</sup> Тако, на пример, парламентарна фракција у немачком Бундестагу састоји се од најмање пет посто чланова Бундестага који припадају истој партији или партијама које су у некој од земаља наступиле на изборима заједно. Посланици који нису чланови ни једне од политичких партија, или чија партија није достигла минималну квоту од пет посто за улазак у парламент, могу формирати парламентарну фракцију уз сагласност Бундестага. (Schick, Schreiner, 2004). Политичка композиција парламента у Француској мењала се, али данас парламентарна група броји најмање 20 посланика у Националној скупштини, не рачунајући независне посланике, тзв. сроднике. Овај услов за конституисање парламентарне групе био је успостављен да би се отклонили недостаци претходне Републике, при чему је мултиплицирање група у парламенту било само једна у низу слабости Четврте републике (било је 15 посланичких група у Националној скупштини). Смањивање броја група на пет релевантних у Националној скупштини био је један од основа за очување стабилности у Петој републици (Thiébaud, 2000: 499).

првој легислатури замени уравнотежени однос између политичких група у парламенту, овај тренд се понавља у последњим легислатурама.<sup>16</sup>

Ближи процесни услови у погледу конституисања посланичких група могли би значајно да утичу на конституисање Скупштине. С обзиром на то да не постоји рок за конституисање посланичке групе, народни посланици нису спречени у намери да накнадно мењају постојећу или образују нову посланичку групу у току трајања легислатуре. Пословником је уређена ситуација „промене састава“ посланичке групе и „приступања новог члана“ посланичкој групи. Председник групе обавештава председника Народне скупштине о промени састава посланичке групе, односно подноси изјаву о приступању новог члана групи. У стабилним и политички профилисаним парламентима промена политичке партије и парламентарне групе третира се као „ексцес“ који подлеже осуди јавног мњења.<sup>17</sup> Таква лица губе политички утицај и имају мале (или никакве) шансе на наредним парламентарним изборима. Међутим, у новом српском парламентаризму промена политичке партије и посланичке групе постала је уобичајена појава. Често се говори о „трансферу“ посланика, што указује на сукоб интереса приликом промене групе, занемарујући општи интерес и вољу бирача изражену на непосредним изборима.

Уколико би се доследно уредило образовање посланичких група на првој седници, тада би и конституисање Народне скупштине *in toto* било могуће. Наиме, треба омогућити промену састава посланичке групе у току једне легислатуре, али не би требало допустити да се формирају нове посланичке групе. Правила игре у политичком смислу треба да осигурају да грађани бирају своје представнике на темељу политичког програма, а потом треба онемогућити „трговину мандатима“ праћену закулиским радњама далеко од очију јавности. Отуда посебно наглашавамо потребу да се пропише обавеза објављивања акта о конституисању посланичке групе, као на пример у француском парламентарном праву.

---

16 Највећи распон у снази посланичких група остварен је у првој легислатури (1990–1992), када је већинска група освојила 77,6% седишта у односу према 7,6% за другу по снази посланичку групу у Скупштини. Такође, у десетој легислатури (2014–2016) однос је био значајно померен у корист две групе које су чиниле парламентарну већину – 63,2% и 17,6% према 7,6%, колико је имала трећа по снази, док је у једанаестој легислатури (2016–2020) тај однос био 41,6% према 8,8%. Поред изразите фрагментације парламента, у једанаестој легислатури уочљиво је повећање броја самосталних посланика (22) који су, као неформална група, једнаки по снази друге по величини посланичке групе (8,8%) (Рејић, 2021: 39–59).

17 Парламентарне групе се у упоредном праву конституишу, по правилу, подношењем једне декларације потписане од стране свих чланова групе, уз њу се прилаже попис чланова и председника групе који се затим објављује у службеном гласилу. (Упор. Art. 19.2. R.A.N.; Par. 10.2. GeoVt).



## 6. Образовање скупштинских одбора

Поред посланичких група, образовање скупштинских одбора је врло важан чин у комплетном конституисању парламента за који су непосредно заинтересоване посланичке групе у парламенту. Политичка воља парламента није ништа друго до збир различитих настојања која изражавају политичке партије и њихови представници у народном представништву. Рад у одборима за посланике може бити од већег значаја него њихово учешће у пленарном заседању (Hesse, 1989: 201). Систем одбора представља основ за одређивање карактера представничког органа у систему организације власти. Број сталних одбора, као формални критеријум, одређује Народну скупштину као „радни парламент“. Захваљујући сталним одборима „радна“ скупштина највећи део послова завршава сама, не препуштајући иницијативу и акцију ресорним министарствима (Hague, Harrop, 2004: 251). Циљ оваквог начина унутрашњег организовања парламента је да се пронађе добра мера у погледу ефикасности рада и реализације послова у парламентарном пленуму и у скупштинским одборима.<sup>18</sup> Међутим, упркос великом броју сталних одбора, број одржаних седница одбора и њихова (не)активност указују да је тежиште деловања пренето на скупштински пленум. Народна скупштина није успела да профилише своју улогу као „радни“ већ претежно као „расправни форум“. У упоредној парламентарној пракси сматра се да делатност и иницијатива парламентарних одбора представљају одраз снажне парламентарне опозиције.<sup>19</sup>

Основне карактеристике сталних парламентарних одбора јесу стручност, унутрашња кохезија и упућеност на спољне сараднике. Одбор делује као тело стручњака које се перманентно бави одређеним питањима у парламентарном поступку, очекује се да посланичке групе одређују своје представнике у одборима првенствено према критеријуму стручности. Унутрашњу кохезију одбори постижу на темељу релативно ограниченог броја чланова, од којих се очекује да постигну договор брже и ефикасније него што би то чинили у пленуму. Коначно, одбори су с обзиром на област експертизе упућени на спољне експерте, што указује да могу доносити закључке на темељу стручног мишљења и истраживања, а не само руковођени политичким разлозима (Hague, Harrop, 2004: 251).

<sup>18</sup> Има мишљења да парламент постаје све немоћнији пропорционално времену које троши на пленарне сесије (Beume, 2000: 53).

<sup>19</sup> У Шведској се сматра да је право на иницијативу којом располажу одбори првенствено средство у рукама опозиције и њој је препуштен овај вид иницијативе (McGann, 2006: 443).

До доношења новог скупштинског Пословника 2010. године Народна скупштина је имала 30 сталних одбора. Њихов делокруг рада био је такав да они нису били стриктно везани за област владиних министарстава и далеко су премашивали њихов број. Доношењем новог Пословника смањен је број парламентарних одбора са 30 на 19 сталних скупштинских одбора.<sup>20</sup> Укупан број седишта у свим сталним скупштинским одборима је 315 (сви одбори имају по 17 чланова, осим Одбора за контролу служби безбедности који има девет чланова), што значи да један народни посланик може држати седиште у најмање два (а често и више) скупштинских одбора. То није у супротности са пословничким одредбама, јер народни посланик може бити члан једног или више скупштинских одбора. На овај начин омогућено је да мале посланичке групе, по принципу сразмерне заступљености, имају исте представнике у више сталних одбора. Међутим, на овај начин се не доприноси јачању капацитета одбора и постизању ефективности у њиховом раду. Било је примера да су неке посланичке групе које окупљају мање од пет посто укупног броја посланика биле заступљене са 30% до 80% у саставу сталних одбора.

Посланичке групе учествују у расподели одборничких места сразмерно броју посланика које имају у Народној скупштини. Уколико једна посланичка група не жели да реализује право на расподелу одборничких места, тада ће се број изабраних чланова парламентарног одбора сматрати коначним саставом ако он представља више од половине броја чланова одбора утврђених Пословником. О листи кандидата за чланове одбора народни посланици одлучују у целини, јавним гласањем, већином од укупног броја народних посланика.<sup>21</sup>

У састав одбора бира се једнак број чланова и заменика чланова одбора. Народна скупштина може, на предлог посланичке групе или

20 Стални одбори Народне скупштине су: 1) Одбор за уставна питања и законодавство, 2) Одбор за одбрану и унутрашње послове, 3) Одбор за спољне послове, 4) Одбор за правосуђе, државну управу и локалну самоуправу, 5) Одбор за људска и мањинска права и равноправност полова, 6) Одбор за дијаспору и Србе у региону, 7) Одбор за привреду, регионални развој, трговину, туризам и енергетику, 8) Одбор за финансије, републички буџет и контролу трошења јавних средстава, 9) Одбор за пољопривреду, шумарство и водопривреду, 10) Одбор за просторно планирање, саобраћај, инфраструктуру и телекомуникације, 11) Одбор за образовање, науку, технолошки развој и информатичко друштво, 12) Одбор за Косово и Метохију, 13) Одбор за културу и информисање, 14) Одбор за рад, социјална питања, друштвену укљученост и смањење сиромаштва, 15) Одбор за здравље и породицу, 16) Одбор за заштиту животне средине, 17) Одбор за европске интеграције, 18) Одбор за административно-буџетска и мандатно-имунитетска питања и 19) Одбор за контролу служби безбедности.

21 Чл. 23–24 Пословника НС.

самог посланика – члана одбора, разрешити члана или заменика члана одбора и изабрати новог на првој седници након достављања предлога посланичке групе. До избора новог члана одбор ће функционисати у постојећем саставу, уколико је његов број већи од половине броја чланова утврђеног пословником.

Образовање скупштинских одбора у оквиру конституисања Народне скупштине односи се само на сталне скупштинске одборе. Посебни и *ad hoc* одбори Народне скупштине могу бити истражни одбори и комисије, али њихово образовање не треба везивати за конституисање Народне скупштине. С обзиром на то да су изостале одредбе о расподели председничких места у скупштинским одборима, алтернативно решење би било на темељу упоредне праксе да се фаворизује избор председника из посланичких група које не подржавају Владу или не учествују у њеном формирању. То се посебно односи на одбор за финансије и буџетска питања. Иако је у појединим легислатурама била присутна добра пракса да се ова места заиста додељују представницима мањине, ово неписано правило треба заштитити скупштинским Пословником.

## 7. Закључак

Устав Републике Србије (2006) не упушта се детаљно у област унутрашње организације, функционисања и уређења послова у Народној скупштини. Област парламентарне аутономије и право парламента на самоорганизовање требало је да буде детаљно разрађено у Закону о Народној скупштини и скупштинском Пословнику. Постојећи нормативни оквир пружа коректну регулативу у којој су уређени сви кораци у процесу конституисања Народне скупштине, али се упркос томе у парламентарној пракси јављају ситуације када се правила стављају у „погон“ зарад постизања одређених политичких циљева који нарушавају аутономију парламента. Политички актери користе релативно узан, али недовољно јасно уређен простор око конститутивних рокова и исте злоупотребљавају (30 дана за конституисање Народне скупштине и 90 дана за формирање Владе). Сматрамо да се овај аспект може релативно једноставно уредити и отклонити простор за политичку злоупотребу парламентарне аутономије на тај начин што би се експлицитно дефинисао почетак и завршетак уставног рока за одржавање прве седнице и за окончање конституисања Скупштине. У складу са уставном одредбом да се прва „седница одржи најкасније 30 дана од дана проглашења коначних резултата избора“, потребно је пословничким регулама прецизирати почетак и крај овог рока. Прва седница Народне скупштине треба да започне најкасније 30 дана од проглашења изборних резултата, и она треба да буде окончана

најкасније 30 дана од дана потврђивања мандата народних посланика. На овај начин уставни рок би имао своју правну логику јер не би било никакве сумње када треба предузети потребне радње за конституисање Народне скупштине. С обзиром на то да се на првој седници бира председник и потпредседници Народне скупштине, као и генерални секретар, овај нормативни оквир омогућио би конституисање представничког органа са контекстуалном легитимацијом. Пословничке регуле могу, у складу са начелом о парламентарној аутономији, увести нови елемент у парламентарни календар. То могу бити одвојено „конститутивна седница“ и „прва седница“, при чему би прва била реализована у наведеном року од 30 дана, док би се на другој седници реализовали остали конститутивни акти, као што је образовање скупштинских одбора и парламентарних група.

### Литература/References

- Adonis, A. (1996). *Parlament danas*. Podgorica: Unireks.
- Beume, K.v. (2000). *Parliamentary Democracy: Democratization, Destabilization, Reconsolidation 1789–1999*. London: Macmillan Press.
- Borchert, H. (1977). "Fraktion – eine eigenständige demokratisch legitimierte Repräsentation im parteienstaatlichen parlamentarischen System". *Archiv des öffentlichen Rechts*. Band 102. 210–242.
- Bruneau, T., Macleod, A. (1986). *Politics in Contemporary Portugal*. Boulder, Co.: Lynne Rienner Publishers.
- Burdeau, G., Hamon, F., Troper, T. (1995). *Droit constitutionnel*, Paris. Presses Universitaires de France.
- Јовановић, Сл. (1924). *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*. Београд. Геца Кон.
- McGann, A. (2006). „Social choice and comparing legislatures: Constitutional versus institutional constraints“, *The Journal of Legislative Studies*, 2006, Vol. 12. No. 3–4.
- Olson, D. M. (1994). *Democratic Legislative Institutions*. Armonk, New York: M. E. Sharpe.
- Радивојевић, М. (1998). „Верификација мандата“ у: *Скупштински пословници – њихов значај; оцена важећих пословника; предлози за њихово побољшање*. Београд: Југословенско удружење за уставно право.
- Pejić, I. (2021). „The Composition of the National Assembly of Serbia: Challenges and Obstacles“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, No. 90. pp. 39–59.

Продановић, Д. (1979). *Императивни и слободни мандат*. Сарајево: Свјетлост.

Prodanović, D. (1998). „Zakletva i svečana izjava poslanika“ u: *Skupštinski poslovnici – njihov značaj; ocena važećih poslovnika; predlozi za njihovo poboljšanje*. Beograd: Jugoslovensko udruženje za ustavno pravo.

Schick, R., Schreiner, H.J. (2004). *The German Bundestag: Functions and Procedures, 15<sup>th</sup> electoral term*. German Bundestag: NDV.

Thiébaud, J. L. (2000). „Forming and Maintaining Government Coalitions in the Fifth Republic“, in *Coalition Governments in Western Europe*, Müller, W.C. and Strøm, K. (eds.), Oxford University Press.

Hague, R., Harrop, M. (2004). *Comparative Government and Politics: An Introduction*. London: Palgrave MacMillan.

Hesse, K. (1982). *Grundzüge der Verfassungsrechts der BRD*. Heidelberg.

### **Прописи**

Устав РС, *Сл. гласник РС*, Бр. 98. 2006, Бр. 115. 2021, Бр. 16. 2022.

Закон о Народној скупштини, *Сл. гласник РС* Бр. 9. 2010.

Пословник Народне скупштине РС, *Службени гласник РС*, Бр. 20. 2012.

*Geschäftsordnung des Deutschen Bundestagen*, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1980 (BGBl. I S. 1237) zuletzt geändert laut Bekanntmachung vom 28. Februar 2024 (BGBl 2024 I Nr. 64).

*Règlement de L'Assemblée Nationale*, 10 édition (1994) Paris (R.A.N).

**Prof. Irena Pejić, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš,  
Republic of Serbia

## **THE CONSTITUTIVE SESSION OF THE NATIONAL ASSEMBLY: *Between the normative and the real***

### **Summary**

*When examined within the normative framework, the constitutive (convening) session of the National Assembly gives rise to numerous questions pertaining to the complete legitimization of the constitutive process of the highest representative body. According to the parliamentary Rules of Procedure, the first session of the National Assembly encompasses activities that are categorized into two groups. The first group of activities includes: the confirmation of mandates of parliamentary deputies (MPs), the election of the President and Vice Presidents of the National Assembly, and the appointment of the Secretary General of the National Assembly. The second group of activities typically unfolds during the inaugural session: the election of the working bodies of the National Assembly, and the appointment of members to permanent parliamentary delegations in international organizations. Consequently, the Rules of Procedure establish a distinction in the power of constitutive acts and actions, considering that the verification of mandates and the election of the National Assembly leadership are mandatory during the first session, while the selection of parliamentary working bodies and the formation of parliamentary groups may occur, “as a rule”, without binding deadlines. The normative framework allows for a flexible interpretation of constitutional deadlines set for the constitutive session of the National Assembly (30 days) and the election of the Government (90 days). Thus, conditions are created for a “political game” that may significantly jeopardize the constitutional mechanism of the organization of power, as evidenced in several parliamentary legislatures, including the current fourteenth legislature, where the President of the National Assembly was elected after the expiry of the 30-day deadline.*

**Keywords:** *constitutive session of parliament, Serbian National Assembly, President of the National Assembly, parliamentary Rules of Procedure.*

UDK: 004.946:347.947

UDK: 343.9

ОРИГИНАЛНИ  
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 17.08.2023.

Рад прихваћен: 28.11.2023.

*Др Дарко Димовски,\**  
*Редовни професор,*  
*Правни факултет, Универзитет у Нишу,*  
*Република Србија*

DOI: 10.5937/zgrfno-46034

ORCID 0000-0001-5068-3338

## **УПОТРЕБА ВИРТУЕЛНЕ СТВАРНОСТИ ЗА ПРОУЧАВАЊЕ МЕСТА ЗЛОЧИНА\*\***

**Апстракт:** Аутор на почетку истиче да су истражитељи места злочина одговорни за идентификацију, прикупљање, чување и паковање физичких доказа на месту злочина, што представља основу за вођење истраге. У новије време долази до тога да се приликом рада на месту злочина користе напредне технологије, с циљем креирања виртуелне реалности која треба да олакша посао истражитељима. Имајући то у виду, аутор у раду настоји да одреди појам и врсте виртуелне реалности. Наредни део рада посвећен је начинима сагледавања места злочина путем виртуелне реалности. Последњи део рада односи се на употребу виртуелне реалности од стране студената током школовања.

**Кључне речи:** место злочина, виртуелна реалност, суђење, студент.

---

\* darko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је реализован у оквиру пројекта под називом „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу. Рад је презентован на научној конференцији на Правном факултету Универзитета у Нишу под називом „Право и друштвене вредности“, која је одржана 21. априла 2023. године.

## 1. Увод

Бројне криминалистичке серије популаризовале су истражитеље места злочина (crime scene investigators – CSI). Они се могу одредити као посебно обучени чланови агенција за спровођење закона, владиних или цивилних криминалистичких лабораторија који прикупљају физичке форензичке доказе са места злочина и користе научне методе и технологију за обраду материјалних доказа и тумачење налаза како би помогли полицији, тужилаштву и суду у процесу расветљавања кривичних дела ради доношења осуђујућих пресуда. Другим речима, истражитељи места злочина су одговорни за идентификацију, прикупљање, чување и паковање физичких доказа на месту злочина. На основу оваквог одређења можемо закључити да се истражитељи места злочина састоје од стручњака различитих вокација. Тако су неки задужени за прикупљање и чување физичких доказа, док други имају за задатак откривање ДНК трагова, балистичких трагова итд. Један истражитељски тим места злочина може да се састоји од вође места злочина, техничара на месту злочина, форензичког фотографа, форензичког уметника скица, стручњака за балистику, стручњака за отиске прстију, стручњака за ДНК. Да би неко постао истражитељ места злочина неопходно је да заврши студије из правних наука или форензичких наука, при чему је у појединим државама могуће постати истражитељ места злочина након завршетка специјализованих курсева. То значи да истражитељ места злочина мора да поседује, поред знања из области права, посебна знања из природних наука. Често је истражитељско место условљено добијањем државне лиценце, уз постојање континуиране жеље за даљим усавршавањем.<sup>1</sup>

На основу изложеног да се закључити да је стварање доброг истражитеља места злочина дуг и скуп процес. Како би стекли што веће знање још током студија, неопходно је да буду што више укључени у истраге места злочина. С обзиром на то да постоје бројна ограничења, неки криминолози предлажу употребу виртуелне стварности с циљем омогућавања будућим истражитељима да стичу потребна знања и искуство. Наиме, чак и да постоји поставка места злочина несумњиво је да постоје лимити, јер одређену просторију је могуће поставити као место извршења тек неколико места злочина. Стога виртуелна реалност треба да прошири могућности анализе места злочина.

---

<sup>1</sup> Према: <https://www.crimesceneinvestigatoredu.org/what-is-a-csi/>, преузето 19. 11. 2022. године.



## 2. Појам и врсте виртуелне реалности

Амерички писац у области рачунарске филозофије, рачунарски научник, визуелни уметник и композитор класичне музике Џарон Ланир (Jaron Lanier) је заслужан за кованицу виртуелна реалност (virtual reality – VR). Он ју је употребио 1987. године.<sup>2</sup> Виртуелна реалност се односи на стварање виртуелног окружења или пројекције који ствара реалистично искуство, али не постоји у стварности. Иако још увек постоје могућности за даље унапређење технологије у вези виртуелне реалности, треба нагласити да VR системи могу значајно да варирају од једног до другог, у зависности од њихове намене и коришћене технологије. С тим у вези могуће је разликовати пет врста виртуелне реалности.<sup>3</sup>

Прва врста позната је под називом неимерзивна виртуелна реалност (non-immersive virtual reality). Наиме, код ове врсте не постоји тзв. урањање (имерзивност). Другим речима, неимерзивна виртуелна реалност односи се на виртуелно искуство где преко рачунара можете да контролишете неке ликове или активности унутар софтвера, при чему окружење није директно у интеракцији са вама. Под таквом реалношћу се подразумевају видео-игре у којима управљате ликовима унутар игре који имају сопствене анимације и карактеристике. Корисник је свестан свог физичког окружења уз задржавање контроле над виртуелном реалношћу. Очигледно је да сте у контакту са виртуелним светом, али нисте у центру пажње.<sup>4</sup>

Поред неимерзивне, постоји полуимерзивна виртуелна стварност (semi-immersive virtual reality), која представља мешавину виртуелне стварности која није имерзивна и оне оне која је потпуно имерзивна. Ова реалност пружа корисницима перцепцију да су у другој стварности када се фокусирају на дигиталну слику, али такође омогућава корисницима да остану повезани са својим физичким окружењем. Као пример за ову врсту виртуелне реалности наводи се 3Д простор (графика). Уједно, као пример може се истаћи и виртуелно окружење где се корисник сам креће преко екрана рачунара или VR кутије/слушалица. Како бисмо додатно објаснили полуимерзивно виртуелно окружење, треба навести да се у њима у већини случајева користи жirosкоп. Да бисте видели виртуелно окружење у неком правцу, морате да померате телефон у датом правцу, јер је виртуелни простор фиксиран на телефону на основу вертикалне осе.

2 Више о томе: Lanier, J. (2017). Dawn of the New Everything: Encounters with Reality and Virtual Reality. New York: Penguin Random House

3 Према: <https://retheme.com/types-of-virtual-reality/>, преузето 20. 11. 2022. године

4 Према: <https://heizenrader.com/the-3-types-of-virtual-reality/>, преузето 20. 11. 2022. године

Исто тако, могуће је коришћење ВР кутија које су интерактивније, али код њих се руке не употребљавају. Она се највише користи од свих врста виртуелне реалности. Њена претежна употреба односи се на образовање или тренинг. Ослања се на дисплеје високе резолуције, моћне рачунаре, пројекторе или тврде симулаторе који делимично реплицирају дизајн и функционалност механизма у стварном свету (Martirosov, Marek Bureš, Zítka, 2022: 17–18).

Потпуно имерзивна реалност (fully immersive virtual reality), као трећи облик виртуелне стварности, представља употребу компјутерског моделирања и симулације која омогућава особи интеракцију са вештачким тродимензионалним (3-Д) визуелним или другим сензорним окружењем. Употребом ВР апликације могуће је да се корисник окружи компјутерски генерисаном околином која симулира стварност коришћењем интерактивних уређаја. Уређаји, као што су наочаре, слушалице са микрофоном, рукавице или одела за тело, шаљу и примају информације између корисника ВР апликације и компјутерски генерисане околине. Носећи кацигу са стереоскопским екраном, корисник гледа анимиране слике симулираног окружења. Илузија да се корисник налази у компјутерски генерисаној околини ствара се тако што сензори хватају корисникове покрете, те сходно томе прилагођавају приказ на екрану, обично у реалном времену. Истовремено, носећи одговарајуће рукавице, корисник добија повратну информацију о осећају додира, при чему може да помера објекте који се налазе у симулираном окружењу.<sup>5</sup>

Наредни облик јесте проширена стварност (augmented reality). Њена суштина се огледа у томе да створи утисак да је одређени ентитет или уређај присутан у стварности, али заправо није. Ова стварност омогућава да се виртуелни ентитет поставља у стварни свет преко било ког уређаја. Проширена стварност се може одредити као коришћење информација у реалном времену у облику текста, графике, звука и других виртуелних побољшања интегрисаних са објектима из стварног света. Постојање стварног света код проширене реалности разликује њу од других облика виртуелне реалности, што за последицу ствара став код појединих стручњака да њу не треба убрајати у облике виртуелне стварности.<sup>6</sup> Ипак, њена способност постављања ентитета практично га често ставља у VR категорију. Као пример се наводе апликације које омогућавају кориснику да преко екрана мобилног телефона види неки простор, при чему можете да поставите лик из цртаног филма у угао.

5 Према: <https://www.britannica.com/technology/virtual-reality>, преузето 19. 11. 2022. године

6 Према: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/augmented-reality-ar>, преузето 22. 11. 2022. године

То значи да имате могућност да на екрану мобилног телефона видите цртаног лика, док он у стварности не постоји. Ту технологију је користила планетарно популарна видео-игрица под називом Pokemon Go. Проширена стварност олакшава куповину. Наиме, особа која жели да купи неку ствар за своју дневну собу, има могућност да ту ствар преко екрана мобилног телефона стави на одговарајуће место, што олакшава доношење одлуке о томе да ли је конкретна ствар адекватна за њену собу. Поред куповине, употреба проширене реалности забележена је и у здравственом сектору. Апликације проширене стварности омогућавају корисницима да када свој мобилни телефон усмере преко циљне слике виде детаљне 3D слике различитих органа у телу, чиме се додатно олакшава савладавање градива приликом обуке будућих медицинских радника.<sup>7</sup>

Последњи облик јесте колаборативна виртуелна реалност (collaborative virtual reality – CVE). Ова виртуелна реалност су компјутерски омогућени, дистрибуирани виртуелни простори или места на којима људи могу да се састају и комуницирају са другима и са виртуелним објектима. Другим речима, ово је облик виртуелног света где различити људи са различитих локација могу доћи у контакт у виртуелном окружењу, обично у облику 3D или пројектованих ликова. Иако су многи овај облик виртуелне реалности поистовећивали са видео-конференцијама, треба истаћи да је разлика више него очигледна. Њоме се обучавају војни и индустријски тимови. Колаборативна виртуелна реалност омогућава иновативне и ефикасне технике подучавања, при чему се нагласак ставља на међуљудске интеракције. У поређењу са класичним учењем на даљину, колаборативна виртуелна реалност ствара повећани осећај друштвеног присуства. То значи постојање мање вероватноће да ће одсуство или неучествовање учесника остати непримећено (Redfern, Naughton, 2002: 204–206) Нема примена забележена је у видео-играма попут Plaiers Unknown Battle-Ground (PUBG).<sup>8</sup>

### **3. Могућности употребе виртуелне реалности приликом сагледавања места злочина**

Пре него што се осврнемо на могућност употребе виртуелне реалности приликом прикупљања и анализе података са места злочина, морамо да одредимо појам места злочина. Место злочина је свако физичко место које може пружити потенцијални доказ истражитељу. Може укључивати тело особе, било коју врсту зграде, возила, места

7 Према: <https://www.investopedia.com/terms/a/augmented-reality.asp#toc-augmented-reality-vs-virtual-reality>, преузето 22. 11. 2022. године

8 Према: <https://na.battlegrounds.pubg.com>, преузето 22. 11. 2022. године

на отвореном или предмете пронађене на тим локацијама. Успешност истраге зависи од испитивања у коме се форензичке или научне технике користе за очување и прикупљање физичких доказа о злочину (*Toolkit to Combat Trafficking in Persons – Global Programme against Trafficking in Human Beings, 2008: 193*).

Правилно чување места злочина умногоме доприноси успешности спровођења истраге, а самим тим утиче и на цео кривични поступак. Место злочина може бити контаминирано, уз опструкцију од стране злочинца. Криминалисти најрадије желе да све време имају приступ месту злочина. То им је омогућено коришћењем виртуелне стварности којом се докази са места злочина ефикасно обезбеђују, чиме не постоји могућност да се докази случајно или намерно униште. Ипак, и приликом оваквог обезбеђивања доказа постоје одређени изазови које је неопходно преовладати. Наиме, приликом израде вештачког места злочина, неопходно је дати одговор на пар питања. Прво питање се односи на изазове у кривичним истрагама и како ће употреба виртуелне технологије одговорити на њих. Суштинска предност виртуелне реалности треба да се огледа у томе колико виртуелно окружење може бити поуздано и ефикасно у поновном креирању места злочина и доказа. Уколико је одговор на ово питање задовољавајући, онда су могућности употребе виртуелне реалности скоро неограничене (*Jeevitha, 2021: 92*). С тим у вези, како су одговори на ово питање позитивни, у наставку рада представљени ће бити начини употребе виртуелне реалности приликом сагледавања места злочина.

За разлику од класичног чувања доказа са места злочина путем фотографије или видео-снимка, виртуелна реалност знатно проширује могућности чувања и лаког приступа неограниченом броју пута од стране истражитеља. Наиме, место злочина путем виртуелне реалности се обезбеђује тако што се користе ласерски скенери средњег и дугог домета. Њима се скенирање врши емитовањем ласерског зрака према околини, уз ротирање до  $360^\circ$  хоризонтално и вертикално, при чему се одузима површина тла на којој је скенер постављен. На тај начин се милиони 3D координата површинских тачака израчунавају у облак тачака. У случају постојања удаљености до два метра, користе се ласерски скенери за близину. Овим ласером се знатно детаљније засведочавају оружје, жртве, кости и друго (*Jeevitha, 2021: 92*). Тиме се обезбеђује виртуелно чување доказа. Овакво чување података са места злочина омогућава да се добију одговори на питања која нису постављена за време вршења увиђаја. Другим речима, могуће је место злочина сагледати из друге перспективе. Интересантно је напоменути да је могуће овако сачуване доказе визуализовати различитим учесницима у поступку, при чему

се могу дати из перспектива, на пример, жртве или починиоца или из наратива. Бенефити ласерског скенирања и виртуелног окружења/3D места злочина се огледају у визуелној документацији места злочина које је тешко држати затвореним од јавности током дужег временског периода или које није доступно у каснијој фази. Исто тако, ласерским скенирањем и виртуелним окружењем/3D места обезбеђују се докази осетљиви на додир, али и знатно олакшавају састанци у полицији, обука будућих припадника унутрашњих послова и тужилаца итд. Сви ови бенефити могу да се сажму, како то сматра Еберт Ларс (Ebert Lars) са Института за форензичку медицину са Универзитета у Цириху (Institute of Forensic Medicine, University of Zurich), у потенцијалном губитку информација ако се оне чувају као 2D пројекција на фотографији или екрану, што код забележбе у виду 3D окружења не постоји (Dath, 2017: 3).

Како бисмо што више допринели разумевању употребе виртуелне стварности на месту злочина, даћемо приказ како она функционише на примеру криминалитета насиља. Наиме, у виртуелном свету положаји објеката и лица су прилагођени на основу чињеница прикупљених путем скенера. Испрва се развија статично место злочина коме се касније може приступити, а након тога се прави 3D анимирани видео помоћу САД (computer-aided design<sup>9</sup>) технике која обезбеђује виртуелну интеракцију између повреда и оружја. У складу са затеченим местом злочина, у виртуелној стварности се приказује место са ког је пуцано, утицај метка на тело, положај тела након поготка, те мрља од локве крви. На тај начин се доприноси разумевању правца метка и положаја починиоца. Уједно, сцене виртуелне стварности се складиште на тзв. клауду (енглеска реч cloud која значи облак). Ради бољег разумевања начина чувања података, објаснићемо шта се подразумева под клаудом. Наиме, складиштење у клауду је начин безбедног чувања података на мрежи тако да им се може приступити у било које време са било које локације и да се лако деле са онима којима је дата дозвола. Другим речима, то је модел складиштења података у којем се дигиталне информације, као што су документи, фотографије, видео-снимци и други облици медија, чувају на виртуелним серверима које хостују треће стране. Овакво складиштење омогућава прављење резервних копија података уз лак приступ кад год је то неопходно.<sup>10</sup>

9 Више о томе: Lorenz, M., Spranger, M., Riedel, T., Pürzel, F., Wittstock, V., Klimant, P. (2016). CAD to VR – A Methodology for the Automated Conversion of Kinematic CAD Models to Virtual Reality, Amsterdam: Procedia CIRP, Volume 41, pp. 358–363.

10 Према: <https://www.spiceworks.com/tech/cloud/articles/what-is-cloud-storage/>, преузето 25. 11. 2022. године

Након изградње виртуелног окружења места злочина, истражитељи се опремају неопходном опремом као што су екран за монтирање на главу, контролери на додир, сензори и слушалице које им омогућавају интеракцију са виртуелним окружењем. Није нужно да истражитељи буду на истом месту како би истовремено приступили виртуелном приказу места злочина, већ се то може урадити и кад се налазе на различитим местима. На основу реченог може се закључити да се приликом анализе места злочина путем виртуелне реалности користи потпуно имерзивна реалност. Поред тога, постоји могућност да истражитељи захтевају од сведока или жртве да својим изјавама допринесе бољој и што уверљивијој реконструкцији спорног кривичног догађаја тако што ће истовремено са истражитељем приступити виртуелној стварности како би се отклониле све недоумице. У одређеним случајевима исто се може очекивати и од учioniца, ако је признао извршење кривичног дела, те је спреман на сарадњу. На крају је битно истаћи да судије, односно поротници могу приступити виртуелној стварности како би што боље разумели спорни кривични догађај. С тим у вези поставља се посебно питање вредности виртуелне стварности приликом доказивања извршења одређеног кривичног дела (Jeevitha, 2021: 94).

Једна од земаља која је међу првима користила виртуелну реалност током суђења, за смрт студента који је пао на вишеспратном паркингу, јесте Хонг Конг (Hong Kong). Наиме, уобичајено би било да чланови пороте посете место на којем је нађена жртва, али услед ограничења наметнутих пандемијом корона вируса, тужиоци су одлучили да користе виртуелну реалност. На основу овог случаја може се закључити да нема сумње да би, како је то истакао Џек Змудзински (Jack Zmudzinski), виши сарадник софтверске компаније Future Processing, виртуелна стварност могла да помогне да се поротницима објасне детаљи случаја на начин који им омогућава да уроне у место злочина. Уједно, као недостатак се морају истаћи потреба да виртуелна стварност спорног кривичног догађаја одговара ономе што се у реалности догодило, али је неопходно у будућности смањити трошкове израде виртуелне стварности спорног кривичног догађаја како би се она нашла у већој употреби у судницама.<sup>11</sup>

Иако је у Хонг Конгу дошло већ до примене виртуелне реалности приликом суђења, у државама као што су Сједињене Америчке Државе дошло је до разматрања добрих и лоших ствари овако добијених доказа од стране прегалнике кривичноправне мисли, али и ваљаности овако добијених доказа. Тако су Џереми Баиленсон (Jeremy Bailenson) са Департмана за комуникацију Универзитета Станфорд (Department of

<sup>11</sup> Према: <https://www.lifewire.com/virtual-reality-could-present-court-evidence-in-a-new-light-5093281>, преузето 25. 11. 2022. године

Communication, Stanford University), Џим Бласкович (Jim Blascovich) и Андреј Бел (Andrew Beall) са Департмана за психологију Универзитета Калифорнија (Department of Psychology, University of California) и Бет Новек (Beth Noveck) са Школе права из Њујорка (New York Law School) у свом раду под називом „Примене виртуелних окружења у судници, имерзивних виртуелних окружења и колаборативних виртуелних окружења“ (Courtroom Applications of Virtual Environments, Immersive Virtual Environments, and Collaborative Virtual Environments) разматрали могућности примене виртуелне реалности током суђења (Bailenson, Blascovich, Beall, Noveck, 2006: 1).

Они су истакли да се виртуелна стварност примењује од стране адвоката који теже да направе што реалистичнији приказ места на коме се се злочин или несрећа догодили, при чему верно представљају предмете са лица места, сведоке, жртве и осумњичене, уз поклањање посебне пажње атмосферским условима са места догађаја као што су јако светло или магла, позадинској буци као што су звуци саобраћаја и буквално све сензорне информације које су можда биле на лицу места. Управо овакви прикази места кривичног догађаја могу у великој мери помоћи да се оповргну сведочења непоузданих сведока, тестирају форензичке тврдње и побољша разумевање прошлог искуства. У америчким судницама долази до тога да браниоци користећи виртуелну стварност припремају сведока пре суђења, али и унакрсно испитује сведока на суђењу, чиме се доприноси процени да ли су физичке чињенице онакве какве стране тврде да јесу. Поред тога, виртуелна реалност се користи и код поротника. Наиме, адвокати користе виртуелну реалност како би члановима пороте пружили непосредно искуство о томе шта се догодило на месту извршења кривичног дела, при чему поротници имају могућност да на неки начин комуницирају са виртуелним окружењем за разлику од табела, графикона или другог аудио-визуелног помагала које су адвокати представили на суђењу. Другим речима, виртуелна реалност омогућава поротнику да се стави у перспективу извршиоца, жртве или сведока како би непосредно стекао увид у околности извршења кривичног дела (Bailenson et al. 2006: 11–15).

Аутори чланка истичу да није потребно користити виртуелну стварност када постоји могућност посете месту извршења кривичног дела. Ипак, и сами наглашавају да је њена употреба велика када је место извршења тешко доступно или се налази на удаљеној локацији или је нецелисходно посетити локацију услед постојања значајних промена на лицу места. Још један бенефит јесте могућност да адвокати, контролишући виртуелну реалност, подстакну фокусирање на исте ствари код појединачних корисника, за разлику од физичке посете месту злочина,

где се људи могу фокусирати на различите ствари. На крају, неопходно је напоменути да, иако је прављење виртуелне реалности генерално скупо, у појединим случајевима може бити јефтиније користити је него превести целокупно особље и опрему на удаљену локацију (Bailenson et al. 2006: 15).

Поред очигледно добрих ствари коришћења виртуелне реалности, потребно је истаћи и лоше ствари како би се створила објективна слика о коришћењу виртуелне реалности у кривичним стварима. Недостатак реализма је прва лоша ствар код коришћења виртуелне реалности у кривичним стварима. Наиме, без обзира што је технологија којом се прави виртуелна реалност направила енорман искорак напред, још увек постоји знатна разлика између стварног места извршења кривичног дела и виртуелне реалности истог тог места. Наредни недостатак виртуелне реалности огледа се у искуственој инфламаторној пристрасности. Код појединих корисника виртуелне реалности у кривичним стварима може постојати предубеђење тако да могу постати неспособни да визуализују супротну тачку гледишта тих догађаја. С тим у вези велики је ризик да корисници виртуелне реалности, а нарочито поротници и судије, доживе изузетно висок степен присуства у рекреацији на месту злочина у односу на већ класичне начине доказивања употребом слика или видео-записа. Како би се то спречило предлаже се неколико мера. Прва се односи се непостојање намерног обмањивања, при чему догађаји у виртуелној реалности треба суштински да буду слични стварним догађајима. Уједно, догађаје у виртуелној реалности треба приказати тако да се умањи могућност да поротници и судије помешају аргументе са чињеницом. У случају злоупотребе од стране било ког, неопходно је прописати санкције. На крају је дозволити супротној страни да провери шта је приказано у виртуелној реалности, при чему морају имати могућност предлагања одређених измена. Још једна од лоших ствари код виртуелне реалности употребљене у кривичним стварима јесте потенцијал за манипулацију. Адвокати увек могу (не)намерно да искористе виртуелну реалност на неприкладан начин, тако што би суптилно променили виртуелну реалност у смеру да створе одређена расположења и афективна стања код корисника. Како би се то спречило, суд мора да има активну улогу тако што ће утврдити прихватљиве стандарде за креирање виртуелне реалности, али и да провери да ли у конкретном случају виртуелна реалност испуњава прописане стандарде (Bailenson et al. 2006: 23–27). Следећи недостатак виртуелне реалности није директно везан за правне ствари, али може утицати на то како виртуелну реалност корисник перципира. Наиме, један од проблема са коришћењем виртуелне реалности је могућност да корисник доживи симулаторну болест. Она се може одредити као облик болести кретања повезан са интеракцијом са симулираним окружењем.



То може бити узроковано, на пример, неслагањем између симулираног покрета у симулатору и корисникове перцепције или очекивања покрета. До овога долази услед несавршених уређаја за праћење и изобличења приликом приказивања виртуелних слика.<sup>12</sup>

На основу свега наведеног Џереми Баиленсон, Џим Бласкович, Андреј Бел и Бет Новек сматрају да је виртуелна реалност довољно сазрела да се њена употреба у судници озбиљно размотри. Иако постоји код неких отпор у погледу примене виртуелне реалности у кривичним стварима, треба истаћи да је и појаву других типова дигиталних анимација и визуелизација пратило исто то, али је у међувремену њихова употреба прихваћена. С тим у вези њих четворица истичу да ако слика вреди хиљаду речи, онда би импресивна симулација виртуелне стварности требало да вреди најмање десет хиљада слика (Bailenson et al. 2006: 28).

Треба споменути још једно разматрање употребе виртуелне реалности у кривичним стварима. Наиме, ради се о већ поменутом професору Џеремију Баиленсону и његовом колеги Карију Леонетију (Carrie Leonetti) са Универзитета Станфорд (Stanford University). Они наглашавају опрезну употребу виртуелне реалности у суђењима, нарочито са поротом, при чему ако темељно сведочење задовољава уобичајене стандарде прихватљивости, закон не би требало да реагује на изазове које употреба виртуелне реалности са поротом може да изазове категоричким искључивањем. Другим речима, судови би у конкретним случајевима могли да дозволе употребу виртуелне реалности, али је пре тога неопходно побољшавање виртуелне писмености поротника уз доступност најбоље компјутерске технологије. У односу на фотографије, које се могу фиксирати тако да доведу у заблуду суд, односно поротнике, код виртуелне технологије тако нешто не постоји уколико се истрага спроведе на адекватан начин у складу са правила кривичног поступка. У случају да су извори информација на којима је урађена виртуелна реалност непоуздани, то ствара основу да противна страна оспорава њену употребу у конкретном случају. Ипак, постојање могућности да су информације непоуздане не треба да постане основа за искључење читавог медија из поротног суђења. Ради потврђивања овог става искористићемо Правило 403 Савезних правила о доказима (Rule 403 of the Federal Rules of Evidence) у Сједињеним Америчким Државама. Наиме, суд увек има могућност, коришћењем Правила 403, да одбије прихватање доказа заснованог на виртуелној стварности ако би одређени модел виртуелне стварности био од мале помоћи пороти и ако би његов потенцијал за

12 Више о томе: Dužmańska, N., Strojny, P., Strojny, A. (2010). Can Simulator Sickness Be Avoided? A Review on Temporal Aspects of Simulator Sickness, *Frontiers in psychology*, Pully: Frontiers Research Foundation, pp. 1–14.

злоупотребу, одлагање или забуну био велики или би био беспотребно представљање кумулативног доказа (Bailenson, Leonetti, 2010: 1118–1120). Ради потпуног разумевања овог става треба навести шта се подразумева под Правилем 403. Наиме, иако релевантни, докази могу бити искључени ако је њихова доказна вредност знатно већа од опасности од неправедне предрасуде, забуне у питањима или довођења пороте у заблуду, или због разматрања неоправданог одлагања, губљења времена или непотребног представљања кумулативних доказа. Њоме се успоставља балансирање вредности доказа у односу на штету која ће вероватно бити последица његовог прихватања на суду. Ради илустрације навешћемо пример да се језиве фотографије убиства обично се не сматрају штетним, јер приказују повреде жртве, место злочина, прскање крви и друго.<sup>13</sup> То значи да, на пример, као у случају Минесота против Бишерта (Minnesota v. Bischert) из 1957. године, у којем је Бишертовима суђено због убиства њиховог петомесечног детета услед глади, није требало приказивати слике на којима се виде последице дерматитиса, јер нису представљале доказ гладовања.<sup>14</sup>

Цереми Баиленсон и Кари Леонети истичу да ће временом виртуелна реалност постати прихватљива као доказ у кривичним стварима. Отпор је својевремено постојао и код прве употребе фотографија, а и видео-снимака, као доказа о местима злочина или несрећа. Одавно нико не сумња у прихватљивост фотографије или видео-снимка са места злочина, све док је то фер уз постојање тачног приказа места спорног догађаја. С тим у вези, они су навели још један аргумент зашто треба очекивати већу примену виртуелне реалности у кривичним стварима. Виртуелна стварност којом се поново ствара место спорног догађаја је знатно поузданија, чиме се значајно олакшава пороти могућност да одмери и процени изјаве сведока и друге доказе у односу на фотографије и видео-снимке за које постоји уверење да су поузданији у поређењу са посетом пороте накнадно измењеном месту злочина. Другим речима, виртуелна реалност ствара могућност да се, како су Баиленсон и Леонети рекли, закључа место спорног догађаја у релевантном тренутку и тиме уклоне било које неправедно штетне ставке из перцепције судије, односно поротника (Bailenson, Leonetti, 2010: 1118–1120).

Поред ових истраживања, вредно је споменути истраживање из 2021. године професора Каролин Рајхерзер (Caroline Reichherzer), Ендруја Канингема (Andrew Cunningham), Трејсија Колемана (Tracey Coleman), Руочена Ђаа (Ruochen Cao), Курта Мекмануса (Kurt McManus), Дион

13 Према: <https://ncpro.sog.unc.edu/manual/703-2>, преузето 29. 11. 2022. године

14 Према: <https://bixonlaw.com/when-can-you-exclude-relevant-evidence/#:>, преузето 29. 11. 2022. године

Шепард (Dion Sheppard), Марка Колера (Mark Kohler), Марка Билингурста (Mark Billingham) и Брус Томаса (Bruce Thomas) са Универзитета Јужна Аустралија (University of South Australia). Наиме, они су у научном чланку под називом „Довођење пороте на место злочина: памћење и доношење одлука на симулираном месту злочина“ (Bringing the Jury to the Scene of the Crime: Memory and Decision-Making in a Simulated Crime Scene) публиковали резултате до којих су дошли истражујући могућности употребе виртуелне реалности приликом доношења пресуда у кривичним стварима. Они су за потребе истраживања направили две групе од по 15 учесника са истим сценаријем. Наиме, у симулираном случају радило се о томе да је дошло до свађе око паркинг места између две особе од којих је једна убијена. Једна група је имала могућност да само гледа фотографије са места наводног злочина, друга група је истраживала сцену у интерактивној виртуелној стварности. Као циљ овог експеримента истраживачи су навели идентификацију како учесници развијају наратив на основу онога што им је представљено и како то даље утиче на њихово доношење одлука. Један од истраживача Ендрју Канингем је навео да је разлог одабира оваквог наводног злочина постојање сличног злочина у стварности, при чему је постојала одређена недоумица. Уз то, приказан наводни злочин није био превише стресан за учеснике експеримента који су морали да се ослоне на просторно разумевање и тумачење онога што се догодило. Експериментом је установљено да различити начини на које су докази представљени имају снажан утицај на то како су учесници разумели и тумачили информације, као и на њихове касније пресуде. Тако су припадници прве групе само у 46,67% дошли до закључка да је у питању сцена под називом смрт услед опасне вожње (death by dangerous driving), што представља кривично дело које се односи на управљање возилом на криви начин несавесно, безобзирно или опасном брзином, при чему та вожња доводи до смрти особе. Другим речима, већина њих (8 од 15) је сматрала да је дошло до извршења другог кривичног дела под називом смрт услед вожње без дужне пажње (death by driving without due care). Ово кривично дело се односи на је управљање возилом на начин који је несавесан или опасном брзином, при чему та вожња има за последицу смрт особе. Код друге групе, која је користила виртуелну реалност, проценат особа које су сматрале да се ради о смрти услед опасне вожње је знатно већи – 86,67% или 13 од 15. Након овога, групи која је користила само фотографије за доношење одлуке је омогућено да и они искористе виртуелну реалност, што је резултирало тиме да најмање један тврди како би донео строжу пресуду у смислу тежег кривичног дела (Reichherzer, Cunningham, Coleman, Cao, McManus, Sheppard, Kohler, Billingham, Thomas, 2021: 1–8).

На основу добијених резултата, истраживачи су дошли да закључка да је виртуелна стварност омогућила учесницима да кохерентно саставе догађаје у својим главама, при чему су учесници, имајући могућност да догађај виде из перспективе оптуженог, изјавили да је то имало утицаја на доношење пресуде, јер су тиме могли да доведу у сумњу аргумент одбране да оптужени није могао да види жртву. Код групе која је користила виртуелну реалност постојала је 9,5 пута већа вероватноћа да ће се одлучити да је извршено теже кривично дело – под називом смрт услед опасне вожње. Научници су са разлогом поставили питање зашто је то тако. Објашњење су нашли у чињеници да виртуелна реалност омогућава да се велике количине информација представе на начин којим се може управљати. Уједно, утврђено је да је коришћење виртуелне реалности корисно за места која укључују рефлектирајуће површине. Под тим истраживачи подводе ретровизоре у аутомобилу (Reichherzer et al. 2021: 8).

На крају истраживачи су закључили да ће употреба виртуелне реалности смањити трошкове изласка на место злочина од стране судија или поротника или ће бити решење у ситуацији када излазак није могућ из разних разлога. Иако је упитна цена коштања употребе виртуелне реалности, треба истаћи да ће се напретком технологије, али и већим искуством особа задужених за припрему виртуелне стварности, време и новац њеног коришћења у будућности смањити. С тим у вези треба напоменити да неке полицијске управе већ скенирају места злочина у оквиру истрага, тако да ће то такође смањити трошкове. С разлогом се може очекивати да виртуелну реалност почну у што већем обиму да користе форензичари и полиција, а временом да почне да се користи и у суду (Reichherzer et al. 2021: 9).

#### **4. Могућности употребе виртуелне реалности за обуку студената у кривичним стварима**

С обзиром на то да је виртуелна реалност нова технологија, мали број универзитета је до сада успео да је примену приликом образовања студената (кривичног) права. Наиме, током 2019. године Ваи Сзе Леунг (Wai Sze Leung) и Франс Блаув (Frans Blauw) су известили о искуствима студената који користе проширену стварност (сродну технологију) у образовању дигиталне форензике.<sup>15</sup>

Слично истраживање спровели су Ричард Мејне (Richard Mauney) са Департмана за примењене наука на Факултету са здравље и примењене

---

<sup>15</sup> Више о томе: Leung, W, S. (2019). Blauw, F, An Augmented Reality Approach to Delivering a Connected Digital Forensics Training Experience, Information Science and Applications, Seoul: Conference proceedings, pp. 353-361.

науке Универзитета Западне Енглеске у Бристолу (Department of Applied Sciences, Faculty of Health and Applied Sciences, University of the West of England, Bristol) и компаније Мејне Биоаналитик из Бристола (Mayne Bioanalytics, Bristol) и Хелен Грин (Хелен Грeен) из компаније Мејне Биоаналитик из Бристола (Mayne Bioanalytics, Bristol). Они су у свом раду представили резултате истраживања о коришћењу VR технологија за омогућавање наставе и учења у CSI сценаријима. За потребе истраживања су формиране две групе. Прва група састојала се од студената прве године основних студија који студирају форензику, при чему се поседовали основно знање о истражи месту злочина, док су другу групу чинили запослени и истраживачи на постдипломским студијама који су били укључени у наставу или истраживање у форензици. За потребе истраживања коришћен је уређај под ознаком Oculus Kuest 128 Gb. Том приликом су мерени резултати у три категорије: постизање исхода учења, резултати упитника и повратне информације корисника. Корисници из обе групе су имали задатак да обраде место злочина (Mayne, Green, 2020: 466–470).

Након спроведеног експеримента, истраживачи су приступили анализи добијених резултата, при чему су закључили да је VR апликација била одговарајућа за конкретну примену. Сви чланови обе групе су постигли одличне резултате, осим једног члана прве групе који је имао нешто слабији резултат. Уједно, сви чланови друге групе су навели да су уживали у искуству. У погледу безбедности и подношљивости само један учесник је пријавио проблеме који произилазе из кретања док немате вид, уз постојање болести кретања. Иако постоји разлика у односу на претходно искуство у користи прве групе због већег коришћења компјутерских игара, што је за последицу имало мање мучнине, битно је нагласити да нису уочене никакве друге значајне разлике у резултатима упитника између ове две групе. Разлика се манифестовала у томе да је четвртина корисника из друге групе пријавила благу мучнину док је радила тест седећи, док ниједан припадник прве групе то није урадио. Битан податак у вези анализе могуће употребе виртуелне стварности за обуку јесте цена коштања. Према добијеним резултатима употреба одговарајуће опреме за робустан пакет виртуелне реалности износи 8.000,00 фунти, са последичним трошковима практичних вежби око 900,00 по сцени за величину групе од 90. Цена коштања за групу исте величине за вежбу на симулираном месту злочина у стварности износи 1.800,00 фунти. У поређењу са класичном вежбом на симулираном тесту у стварности цена је знатно већа. Ипак, истраживачи су става да након великих почетних улагања, коришћење виртуелне реалност је исплативо решење за подучавање практичних CSI вештина. Другим речима,

почетни трошкови у смислу набавке опреме би били надокнађени за пар година. Приликом процене цене коштања, Ричард Мејне и Хелен Грин су разматрали како употреба виртуелне реалности утиче на повећање вредности курса. Несумњиво је да постоје одређена ограничења услед трошкова вођења конвенционалних лабораторијских и теренских сесија. Употреба виртуелне реалности би резултирала додатним искуством полазника, уз процесуирање места злочина у изолацији, при чему увек постоји могућност поновног коришћења опреме како би се додатно вежбало што код класичних начина вежбања не постоји. Тиме би студенти, који због разних разлога, попут посла, здравствених проблема и породичних обавеза, имали могућност да вежбају кад њима одговара (Maupia, Green, 2020: 468–469).

Вредна помена је и употреба виртуелне реалности за обуку студената у кривичним стварима на Универзитету Свети Едварс (St. Edward's University) у Остину (Austin) у савезној држави Тексас (Texas). Наиме, професорка форензичких наука Кејси Периш Фишер (Casie Parish Fisher) на предавањима користи две камере од 360 степени за прављење снимака лажних места злочина у стварном свету. Затим такве снимке њени студенти користе у виртуелној реалности како би што боље спремили испит. На тај начин њени студенти, осим што савладају класично прикупљање форензичких доказа на лажним местима злочина у стварном свету, при чему носе сву потребну посебну обућу, уз, на пример, вођење белешки са места злочина у рукавицама, чиме у потпуности симулирају посао који их чека сутрадан, они уче и како да употребљавају специјалне ласере за снимање стварних места злочина, што је основа за креирање виртуелне стварности.<sup>16</sup>

## 5. Закључак

Иако је виртуелна реалност направила скромне искораке ка употреби у кривичном праву, треба бити објективан па рећи да се са правом тек очекује њена шира употреба приликом сагледавања места злочина. На тај начин судије, односно поротници у зависности од система, имаће могућност да знатно боље имају увид у то шта се десило у спорном кривичном догађају. Тиме би се подигао квалитет пресуде. Без обзира што су у раду наведене неке лоше стране употребе виртуелне реалности у кривичном праву, верујемо да ће се неке од њих, попут високе цене коштања, временом отклонити. Ипак, приликом употребе виртуелне реалности у кривичном праву треба бити опрезан, јер њена употреба не

<sup>16</sup> Према: <https://www.stedwards.edu/articles/featured-stories/2021/01/crime-scenes-meet-virtual-reality>, преузето 4. 12. 2022. године

може бити замена за примену класичних форензичких метода, попут узимања трагова отисака. Другим речима, виртуелна реалност се може употребљавати ако постоје неке дилеме у развој догађаја или како би се оспорило сведочење одређених сведока.

Представљени примери употребе виртуелне реалности приликом сагледавања места злочина од стране истражитеља, али и судија и поротника, треба да буду путоказ у ком правцу остале државе треба да уводе измене у овом делу кривичног права. Исто тако, поједини прегалници научне мисли сматрају оправданим да виртуелну реалност користе приликом учења студената о форензичким наукама како би их што боље спремили за рад на терену.

Представљени примери добре праксе употребе виртуелне реалности у проучавању места злочина треба да буду основа у разматрању да органи унутрашњих послова, носиоци правосудних функција, али и надлежни на одговарајућим факултетима, почну да размишљају како да направе квалитативни скок с циљем што бољег проучавања места злочина. Уједно, убеђени смо да би увођење виртуелне реалности током обуке студената, те њена употреба од стране надлежних органа, повећали степен заинтересованости за студирање посебних вештина, чиме би се решио проблем благог дефицита правника и стручњака за форензику.

### Литература/References

Према: <https://www.crimesceneinvestigatoredu.org/what-is-a-csi/>, преузето 19. 11. 2022. године

Lanier, J. (2017). Dawn of the New Everything: Encounters with Reality and Virtual Reality. New York: Penguin Random House

Према: <https://rextheme.com/types-of-virtual-reality/>, преузето 20. 11. 2022. године

Према: <https://heizenrader.com/the-3-types-of-virtual-reality/>, преузето 20. 11. 2022. године

Martirosov, S., Bureš, M., Zítka, T. (2022). Cyber sickness in low immersive, semi immersive, and fully immersive virtual reality, Berlin: Springer

Према: <https://www.britannica.com/technology/virtual-reality>, преузето 19. 11. 2022. године

Према: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/augmented-reality-ar>, преузето 22. 11. 2022. године

Према: <https://www.investopedia.com/terms/a/augmented-reality.asp#toc-augmented-reality-vs-virtual-reality>, преузето 22. 11. 2022. године

Redfern, S., Naughton, N. (2002). Collaborative Virtual Environments to Support Communication and Community in Internet-Based Distance Education, Santa Rosa: Journal of Information Technology Education, Volume 1, No. 3

Према: <https://na.battlegrounds.pubg.com>, преузето 22. 11. 2022. године

Toolkit to Combat Trafficking in Persons – Global Programme against Trafficking in Human Beings (2008). Vienna: United nations office on drugs and crime

Jeevitha, R. (2021) Virtual Crime Scene Investigation and Evidence Protection, Chennai: Engineering and Scientific International Journal, Volume 8, Issue 3

Dath, C. (2017). Crime scenes in Virtual Reality A user centered study, Stockholm: Degree project in computer science and engineering, second cycle

Lorenz, M., Spranger, M., Riedel, T., Pürzel, F., Wittstock, V., Klimant, P. (2016). CAD to VR – A Methodology for the Automated Conversion of Kinematic CAD Models to Virtual Reality, Amsterdam: Procedia CIRP, Volume 41, pp. 358–363.

Према: <https://www.spiceworks.com/tech/cloud/articles/what-is-cloud-storage/>, преузето 25. 11. 2022. године

Према: <https://www.lifewire.com/virtual-reality-could-present-court-evidence-in-a-new-light-5093281>, преузето 25. 11. 2022. године

Bailenson, J., Blascovich, J., Beall, A., Noveck, B. (2006). Courtroom Applications of Virtual Environments, Immersive Virtual Environments, and Collaborative Virtual Environments, New York: New York Law School

Dużmańska, N., Strojny, P., Strojny, A. (2010). Can Simulator Sickness Be Avoided? A Review on Temporal Aspects of Simulator Sickness, Frontiers in psychology, Pully: Frontiers Research Foundation

Bailenson, J., Leonetti, C. (2010). High-tech view: the use of immersive virtual environments in jury trials, Milwaukee: Marquette law review

Према: <https://ncpro.sog.unc.edu/manual/703-2>, преузето 29. 11. 2022. године

Према: <https://bixonlaw.com/when-can-you-exclude-relevant-evidence/#:>, преузето 29. 11. 2022. године

Reichherzer, C., Cunningham, A., Coleman, T., Cao, R., McManus, K., Sheppard, D., Kohler, M., Billinghamurst, M., Thomas, B. (2021). Bringing the Jury to the Scene of the Crime: Memory and Decision-Making in a Simulated Crime Scene, Yokohama: Proceedings of the 2021 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems

Leung, W, S. (2019). Blauw, F, An Augmented Reality Approach to Delivering a Connected Digital Forensics Training Experience, Information Science and Applications, Seoul: Conference proceedings, pp. 353–361.



Maynea, R., Green, H. (2020). Virtual Reality for Teaching and Learning in Crime Scene Investigation, Science & Justice, United Kingdom: Elsevier Volume 60, Issue 5

Према: <https://www.stedwards.edu/articles/featured-stories/2021/01/crime-scenes-meet-virtual-reality>, преузето 4. 12. 2022. ГОДИНЕ

***Darko Dimovski, LL.D.***

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš,*

*Republic of Serbia*

## ***THE USE OF VIRTUAL REALITY IN CRIME SCENE INVESTIGATION***

### ***Summary***

Crime scene investigators are responsible for the identification, collection, packaging and storage of physical evidence discovered at the crime scene, which is the basis for conducting proper investigation. In line with technological development, the crime scene investigation increasingly involves the use of advanced technologies with the aim of creating a virtual reality that should facilitate the investigators' work. In this paper, the author examines the concept of virtual reality (VR) and some types of extended reality (XR, AR, MR). The central part of the paper focuses on different methods of visualization of the crime scene by using VR technology. The last part of the paper focuses on the use of VR by students for educational purposes.

***Keywords:*** crime scene, virtual reality (VR), trial simulation, education.



UDK: 172:347.65/.68(437.6)

UDK: 321.01:929 Hobbes T.

ПРЕГЛЕДНИ  
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 17.11.2023.

Рад прихваћен: 18.12.2023.

**JUDr. Martin Hamřík, Ph.D.,\***

Assistant Professor,

Faculty of Law, Comenius University Bratislava,  
the Slovak Republic

DOI: 10.5937/zrpfno-47764

ORCID 0000-0001-8909-3888

## **SOCIAL VALUES AS SUCCESSION LAW LIMITS: Focus on the Succession Law of Slovakia\*\***

**Abstract:** *The paper examines the intricate relationship between social values and succession law, specifically focusing on the Slovak legal system. Drawing on Thomas Hobbes's notion of law as society's collective moral compass, the paper argues that social values not only form legislation but can also be shaped and redefined by the law. The paper begins with an overview of the Slovak succession law, grounded in Act No. 40/1964 Coll. the Civil Code. The paper then delves into the role of social values as both limits and frameworks within which succession law operates. Five vital social values are examined in detail: liberty, family relationships, equality, responsibility, and community welfare. The paper scrutinises how these values are manifested in the Slovak succession law, illustrating both the alignment and tension between social values and legal norms. In particular, the author explores the balance between individual liberty and family relations in succession, the evolving recognition of various family forms, the implications of equality within the context of succession, the moral and legal responsibilities of heirs, both towards the deceased and towards third parties, as well as the broader societal implications of succession law in promoting community welfare. While the Slovak Civil Code has been subjected to ample and substantial amendments in the past years, the analysis reveals that it still reflects the societal norms of its time of origin. In response to societal shifts, further revisions may be necessary to align it with contemporary social values and family structures. The paper may contribute to understanding the dynamic interplay between law and society within Slovakia's succession law framework, but the presented insights may also pertain to other jurisdictions.*

**Keywords:** *social values, succession law, Slovakia, family, liberty, equality, community.*

\* martin.hamrik@flaw.uniba.sk

\*\* The paper was partially presented in the report at international scientific conference: "Law and Social Values" organized by the Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia, on 21<sup>st</sup> April 2023.

## 1. Introduction

In *The Leviathan*, discussing the concept of man's conscience and judgement, Thomas Hobbes states that man in civil society “*has no other rule to follow but his own reason; yet it is not so with him that lives in a Common-wealth; because the Law is the publique Conscience, by which he hath already undertaken to be guided*” (Hobbes, 1951).<sup>1</sup> Hobbes's quote emphasises the role of law as the collective moral compass of society. On the one hand, social values are the basis for the legislator's considerations about the appropriateness of specific legislation for a given society, but the interaction of social values and law is mutual. The law can fundamentally influence society as a whole and reshape its values, both in a negative direction (e. g. Nazi Germany) and in a positive direction (secularisation, liberty guarantees). On the other hand, social values have an enormous influence on the law and often represent frameworks and limits within which the legislator has to standardise the legislation. Succession law<sup>2</sup> is an integral part of each legal system, just as death and the subsequent distribution of one's property is an inevitable part of life. Succession law, as a complex area of law which includes both testate and intestate succession rules governing the distribution of a testator's or deceased person's assets among heirs or beneficiaries, is linked with the social values of each society far more than any other area of law (except maybe family law). Based on these premises, after providing a brief overview of the Slovak succession law legislation, the paper aims to analyse the impact of social values on succession law, focusing on the Slovak legal system.

## 2. Brief background to the Slovak succession law

In Slovakia, the legal basis of succession law is laid down in the Civil Code (Act No. 40/1964 Coll., as amended) (hereinafter: the Civil Code), which has undergone ample modifications in all areas of civil law<sup>3</sup> although many residual socialist influences and relicts cannot be overlooked. The amendments

---

1 See: Hobbes Thomas: *Leviathan: The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, London, 1651; <https://quod.lib.umich.edu/cgi/t/text/text-idx?c=eebo;idno=A43998.0001.001>

2 For clarification purposes, *succession law* is a broader term covering both testacy and intestacy rules, while *inheritance law* commonly refers to intestate succession rules.

3 The most complex changes have been performed after the fall of the communist regime during the Velvet Revolution (17 November 1989), which were related to the reaffirmation of civil rights and freedoms, the development of private enterprise and the transition to a market economy, including the reprivatization of assets. See: Explanatory notes to Act No. 509/1991 Coll.(p.2), available in Czech at: [http://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/to685\\_07.htm](http://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/to685_07.htm)

introduced in succession law have not been revolutionary either.<sup>4</sup> For further research and understanding of social values as limits of succession law, we should briefly look at the principal features of Slovak succession law.

Succession law is closely related to individual property rights (Cirák, 2009: 13). The Slovak Civil Code (CC) currently distinguishes two types of succession titles: intestate succession (by operation of statutory laws of descent and distribution) and testate succession (under the operation of the last will and testament), or a combination of both (Section 466 (1) CC), whereby testacy rules have priority in the distribution of assets (Section 461 (2) CC). In Slovakia, the basic principles of succession law are the principle of universal succession, the delation system (the succession is acquired directly by operation of law to the moment of death of the deceased person) (Section 460 CC), and the principle of non-heir representation and accretion of shares (depending on the intestate succession group).

As in other jurisdictions, the prerequisites for acquiring property under the succession rules are: the death of the testator (natural person), the existence of a succession estate (property and debts which are the eligible subject matter of succession), an eligible heir or beneficiary (who is not incapable of succession or who is not disinherited, including a *nasciturus*), and a title of succession (Section 460, 461, 469 CC).

The last will and testament may be made in several forms: holographic will, allographic will, in the form of a notarial deed,<sup>5</sup> but not in electronic or video testamentary form, where authentication issues need to be considered in the first place (Križan, Čipková, 2022: 212).

Intestate succession is the transfer of property to heirs directly under the operation of the statutory laws of descent and distribution. Slovak Civil Code ranks heirs into four intestate succession groups (lines of succession).<sup>6</sup>

4 For more details on subtle changes in Slovak succession law after the Velvet Revolution, see part 3.1. of this paper on Liberty as a social value.

5 Section 476 of the Civil Code: “*The testator may either write the will in his or her own hand or draw it up in another form with the presence of witnesses or in the form of a notarial record.*”

6 The first intestate succession group includes the deceased person’s children and spouse, each of whom inherits an equal share. If a child cannot inherit (in case of death), his/her share shall be acquired by his/her descendants by equal shares (Section 473 CC). The spouse cannot be a single heir. The second group (line of succession) includes the deceased person’s spouse, parents and cohabitants (those who had lived with the deceased person at least one year before his/her death in a shared household and took care of the shared household or were dependent on the deceased person due to maintenance). A cohabitant cannot be a single heir; the surviving partner has to acquire at least half of the inheritance (Section 474 CC) while others inherit equal shares. In case there is no surviving spouse or parents, the third group (line of succession) includes the deceased person’s brother or sister and cohabitating persons, who inherit equal shares. In case they are deceased, his/her share

If none of the heirs inherits, the state will acquire the succession as *caducum* (Section 462 CC).

### 3. Social values as limits within the Slovak succession law

Social values are a set of shared cognitive representations and normative beliefs within a given society or cultural group that influence individual and collective attitudes, behaviours, and decision-making processes. These values are derived from a complex interplay of historical, sociological, economic, psychological, religious and anthropological factors and serve as guiding principles that shape a community's moral framework and social norms. They are dynamic, evolving in response to societal conditions, technological advancements, and cultural shifts. Social values play a pivotal role in determining the priorities of a society, influencing policy decisions, ethical considerations, and the overall social fabric, and are often used as benchmarks to evaluate societal progress and well-being. Generally accepted by society as essential or desirable, social values serve as limits on the law and play a significant role (*inter alia*) in shaping succession law in each country. Social values can influence the distribution of a deceased person's property in a number of ways. Considering their importance as the limiting factor of succession law, the paper focuses only on some social values: liberty, family relationships, equality, responsibility, and community welfare. Due to the page limit, the impact of other relevant social values may not be addressed in this paper.

#### 3.1. Liberty as a social value in succession law

The research on social values and the limits they pose not only to succession law but also to the legal order should inevitably start from the term "liberty". Liberty is not only a social value but a fundamental principle which permeates, or at least should permeate, the entire legal order, all branches of law, all rights and obligations arising from the text of legal norms, insofar as the rights and liberties of others are not interfered with. It is intrinsic that the Slovak legal order, which had an enormous deficit of this fundamental value ("non-freedom") during socialism, had to return to respecting this value as much as possible after the revolutionary events of 1989. After all, liberty was the main reason and symbol that led to the fall of the socialist regime. More than 30 years later, the legal order does not grant the same liberties to all. The extent to which liberty is manifested in Slovak private law is also questionable, given the fact that the Civil Code (as the fundamental source of private law) was enacted in

---

will be acquired by their children in equal shares (Section 475 CC). The fourth group (line of succession) includes the deceased person's grandparents; in case they are deceased, their children will inherit equally (Section 475a CC).

1964. Although the Civil Code has undergone many changes and amendments (including even the legal principles), minimal changes have been implemented in succession law (e. g. adding a fourth intestate group of successors, details on different types of wills, or reducing the mandatory share in case of an adult descendant from at least  $\frac{3}{4}$  to at least  $\frac{1}{2}$  of the intestate share).<sup>7</sup>

In succession law, liberty is primarily embodied in the freedom to inherit. It is closely related to the right to property ownership, which is guaranteed in Article 20(1) of the Constitution of the Slovak Republic<sup>8</sup> in the form of a fundamental human right: the right to succession (Article 20(1) of the Constitution). Nevertheless, in Slovak succession law, there are various limitations to the seemingly absolute social value of liberty, resulting from a clash between personal liberties and liberties of others or a clash between liberty and other social values (family, equality, responsibility, community welfare), which are assessed further on in this paper.

In the law of testate succession, liberty is mainly manifested through the autonomy of the will, particularly the autonomy of the testator's will (testamentary disposition). The testator is free to decide how the succession estate will be distributed after his/her death. However, the testamentary freedom is not an absolute one. Although the Slovak succession law prioritises testate succession over intestate succession, it does not recognise any other form of succession titles, such as succession contracts or gifts *mortis causa* (Bajánková, 2019: 1629). A fundamental limitation of testamentary freedom is the so-called mandatory (statutory/legal) share for the deceased person's descendants in the first line of descent (Section 479 CC).

On the other hand, the testator has *de facto* absolute freedom to dispose of his/her property during his/her lifetime (*inter vivos*, not *mortis causa*); he/she is allowed to dispose of his/her property solely based on his/her will and convictions without the limits mentioned above. In the context of autonomy and liberty in the law of succession, we may also mention the autonomy of the heir, which entails the heir's freedom to decide whether to accept or reject the succession (Section 463 CC). Based on this brief overview of the current state of succession law in the Civil Code, a preliminary conclusion may be that it does not sufficiently reflect the modern society of the 21<sup>st</sup> century, its values and, ultimately, the principle of liberty.

---

7 See: Section 475a, Sections 476a to 476f and Section 479 of the Civil Code in version before and after amendment of the Civil Code by Act. No 509/1992 Coll.

8 Constitutional Act No. 460/1992 Coll., the Constitution of the Slovak Republic as amended, available online in English on webpage of Constitutional Court of Slovak Republic: <https://www.ustavnysud.sk/en/ustava-slovenskej-republiky>.

### 3.2. *Family relationships as a social value in succession law*

The protection of family relations is a fundamental social value in most societies. For this reason, the family and family life enjoy the highest protection not only at the national level (e.g. Article 19(2) of the Constitution of the Slovak Republic, which guarantees the right to protection against unjustified interference in family life, and Article 41(1) of the Constitution, which protects marriage, parenthood and the family) but also at the international level (e.g. Article 8 of the Council of Europe's European Convention on Human Rights, regulating the right to respect for family life). Being considered as relations of primary importance, functional family relations are given legal priority over other relations. An excellent example of such a perspective is succession law, the fundamental aim of which is (among other things) to preserve intergenerational relations through the transfer of property between ancestors and descendants. Although many legal systems, including the Slovak one, prefer the autonomy of the testator's will and his/her freedom of testamentary disposition, some consider that testamentary freedom is an arbitrary right of the testator because the testator has the exclusive right to determine the content of this unilateral expression of his/her will (Fekete, 2015:129), but this is not entirely true. The testamentary freedom is limited in many legal systems by family relations as a fundamental social value in the interest of preserving at least the closest family ties (between parents and children). Under the Slovak Civil Code, this limit is the aforesaid mandatory share for descendants.

Despite the legislator's preference of testamentary succession, it is the legislator's task to enact legal provisions which would appropriately reflect the family relations in line with contemporary social developments. In particular, it refers to the intestate succession rules, which are applied in situations where the deceased person has not left a will or when the succession estate is not distributed under a will for other reasons (e. g. nullity). The testator may also *de facto* tacitly agree to the intestate succession rules envisaged by the legislator and, therefore, not make a will. Thus, the intestate succession gives the legislator a unique space to reflect on the importance of individual family ties observed in society. As summarised by Luby, the bard of the Slovak private law: "*The intestate heirs are selected by the law from among persons who are related by blood and marriage to the testator, based on the assumption that everyone will leave his property to relatives (and of those, especially close relatives) rather than to strangers*" (Luby, 2002: 255).

If the legislator aims to give the status of legal heirs to those persons who can be considered "closest" to the testator, the legislator's task in these cases is to find those heirs and rank them in relevant intestate succession groups (statutory lines of descent and distribution). In case the deceased person has



not decided to distribute the property himself/herself (under the last will and testament), the redistribution of the deceased person's estate should be subject to the legislator's experience and equity, regardless of the decedent's reasons for designating heirs (e. g. kinship, love, sympathy, economic capacity, dependence on the deceased person, showing interest in the testator, further development of the estate). In the past, the emphasis was more on the broader family relations or the economic aspect. For example, in the Kingdom of Hungary succession law, the testator's property was classified into a directly acquired property (under the parentage principle) and laterally acquired property (inherited *in lineam*). Intestate succession was thus a combination of direct and lateral inheritance (if the deceased had no direct descendants) (Fajnor, Zátarecký, 1935: 493).

Today, the nuclear family and emotional ties are given preference. The Slovak Civil Code ranks heirs into four intestate succession groups (based on the lines of descent), whereby members of the extended family (more distant relatives) are granted inheritance rights based on hierarchical ranking, which favours closer relatives (next of kin). The list of extended relatives is not too extensive in the Civil Code (e.g. cousins or other distant relatives do not inherit). Thus, it may be appropriate to reflect on the importance of extended family ties in modern Slovak society and consider introducing provisions enabling cousins and more distant relatives to inherit, which is a preferable solution in comparison to the escheat of the state (*caducum*). It can also be stated that the Slovak Civil Code does not reflect the modern family trends in the nuclear family when it fails to envisage any provisions for unmarried partners, step-children, same-sex partners, and others who are not included in the intestate succession groups as eligible heirs. Thus, the quote "*explaining trust, intimacy and flourishing requires new vocabulary of love and gift and a way of thinking often persisting over more than one generation*", originally related to new family law, seems to be fully applicable to succession law as well (Brinig, 2021: 389).

### **3.3. Equality as a social value in succession law**

It may be challenging to succinctly assess the principle of equality when considering social values in a particular society. There is no doubt that equality must be a fundamental social value in any legal order, which should provide the maximum guarantees and safeguards. Recent developments brought fundamental consideration of equality and abolition of all forms of discrimination (de Waal, 2019: 1065). Equality before the law is not a limiting factor, but inequality is. In the law of succession, equality or inequality can take several forms; they are reflected in the different status of heirs according to their sex or gender, the differences between legitimate and illegitimate heirs, or others. Many reasons underlying inequality in succession law are now a thing of the past, but elements of inequality can nevertheless be observed in Slovak

succession law even today. The principle of equality in succession law should not only prevent unequal treatment of heirs but also ensure a fair distribution of property among the beneficiaries (in case there is no will), thus promoting harmony and preventing conflicts between family members. The social value of equality in the Slovak succession law may be assessed as follows:

A. Equality ensures legal certainty

**a) gender equality** - the current succession law does not make any distinction, either explicitly or implicitly, between the rights of natural persons according to sex/gender, as was the case in the past, when male descendants had priority over female descendants;

**b) equality of spouses** - Slovak private law does not distinguish the status of spouses (husband and wife)<sup>9</sup>, either during marriage or after a spouse's death, when both the surviving husband and the surviving wife are entitled to the same succession rights. The surviving spouses also have an equal position vis-à-vis the decedent's descendants in the first intestate succession group after the spouses' joint property settlement. In the second intestate succession group, the legislator gives preference to the surviving spouse over the decedent's parents and cohabitants by specifying that the surviving spouse shall always inherit at least half of the deceased person's property (Section 474(2) CC).

**c) equality of the testator's descendants** - the current Slovak succession law does not make any distinction in the legal status of children, nor between children born in matrimony and children born out of wedlock (Article 41(3) of the Constitution). Despite the historical differentiation between legitimate and illegitimate children (in Roman law, Kingdom of Hungary), this distinction has become irrelevant since the adoption of the Family Act No. 265/1949 Coll. The current Civil Code does not make such a distinction either; all children have the same rights, and any discrimination on the grounds of birth, sex or some other status is prohibited.<sup>10</sup> Adopted children are also placed on an equal footing with biological children. The Civil Code does not distinguish between biological children and adopted children because Section 97 of Family Act No. 36/2005 Coll. provides that adoption creates the exact relationship between the adopter and the adoptee as between parents and children, which also applies to the adoptee's relationships to other relatives (siblings, grandparents, and others). The legal parentage at the time of the decedent's death is decisive for the adopted child (descendant) to be treated as an heir in the first intestate

<sup>9</sup> Under Article 41(1) of the Slovak Constitution, marriage is exclusively a union between a man and a woman.

<sup>10</sup> Such discrimination would be contrary to Article 12(2) of the Constitution of the Slovak Republic No 460/1992 Coll., and contrary to Article 14 of the European Convention on Human Rights and Article 21(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

succession group. The Civil Code distinguishes between descendants only in terms of the amount of the mandatory (legal) share; thus, the minor descendants are granted the entire amount of the mandatory share (forced heirs' portion) of the estate, while the major (adult) descendants are granted at least half of their mandatory share (Section 479 CC).

**d) equality in the position of heirs** - all heirs have an equal position in succession proceedings; all heirs (in both intestate and testate succession) have the possibility to agree on the manner of distribution of the decedent's or testator's property (even if it differs from the testator's last will and testament) (Section 482 CC);

**(e) equality in the equitable distribution of the testator's property** - equality of heirs in terms of the distribution of the testator's property is not possible due to the very nature of the testamentary disposition, which is the discretionary right of the testator. However, many legal systems contain means of balancing apparent inequality of shares or property acquired by some of the heirs during the testator's lifetime. In Slovak succession law, the mandatory share (forced portion) of intestate heirs may be applied to balance the distribution of the testator's property intestate succession. It may be achieved by the instrument of collation. In the case of intestate succession, an heir is charged *ex-lege* with whatever he/she acquired as a donation from the donor during his/her lifetime, unless it is a customary gift. In case of testate succession, collation may only be applied if the testator has expressly ordered so in his/her will, or if a compulsory heir with a mandatory share (forced portion) would otherwise be unjustifiably discriminated in favour of the donee (Section 484 CC).<sup>11</sup> On this ground, some authors consider collation mandatory (Horony, 2022: 169).

#### B. Failure to ensure equality

**(a) failure to provide equality for unmarried couples** – cohabiting partners of different sexes do not have the same legal position as the surviving spouse (Dufalová et al., 2019: 158). Cohabitation is an increasingly common form of extramarital partnership, which implies a *de facto* matrimonial relationship, regardless of the partners' gender. It is not regulated in the Slovak legal order. The deceased person's partner may fall into the second intestate succession group and be entitled to inherit if he/she meets the cohabitation criteria only. If the testator has descendants, the partner is excluded from succession, even if the children/descendants of the deceased person are also the children/descendants of the surviving partner.

<sup>11</sup> Section 484 of the Civil Code: "...As for intestate succession, the heir shall be charged with what he or she acquired gratis from the testator; ... the heir shall be also charged with what the heir's ancestor acquired gratis from the testator. In case of testamentary succession, the collation is to be done if the testator ordered so in the will or if the heir with mandatory share is groundlessly discriminated in the donee's favour."

**b) failure to provide for equality of descendants of cohabitating partners** –equality is ensured only if both partners are the child’s biological parents or if the partner’s child has been adopted by the other partner (whereby the parents must be persons of different sex). The deceased person’s step-child (i.e. the child of the decedent’s spouse or unmarried partner who is not a biological or adopted child of the deceased) does not explicitly fall into any of the envisaged intestate succession groups. Hypothetically speaking, a step-child may fall into the second or third intestate succession group and become an heir only if he/she is a cohabitant, i.e. if the conditions for considering the decedent’s step-child as a cohabitating person have been fulfilled, which implies that the step-child lived with the deceased person in the same household for at least one year before the decedent’s death and took care of the joint household, or was dependent on the deceased person for maintenance.

**c) failure to provide for equality of same-sex partners** - the status of same-sex couples in the Slovak Republic is not regulated at all. Despite the Slovak Republic’s obligations under international conventions (Article 8 of the European Convention on Human Rights), same-sex couples are not allowed to enter any state-approved union (Hamřík, 2022: 97). In the current legal situation, same-sex partners are thus allowed to inherit from each other in the same way as unmarried different-sex partners; they may fall into the second inheritance group as cohabitating persons, provided that the aforesaid cohabitation conditions are fulfilled, and provided that the deceased person has no descendants. Like an unmarried different-sex partner, a same-sex partner can be a sole heir only in the third intestate succession group.

**d) failure to provide for equality of descendants of same-sex partners** – the legal position of children/descendants of same-sex partners is even more complicated than the position of children/descendants of different-sex partners because the Slovak legal system does not allow child adoption by a same-sex partner. Thus, a step-child of the deceased person who is not the child’s legal parent does not fall into any intestate succession group and cannot explicitly inherit. Nevertheless, hypothetically speaking, in analogy with the same situation involving different-sex partners, a child/a step-child of the same-sex partner may become an heir provided that he/she meets the above conditions for a cohabitating person.

### ***3.4. Responsibility as a social value in succession law***

Responsibility is indisputably a significant social value which shapes succession law. The concept of responsibility implies not only societal responsibility, which is manifested in community welfare, but also individual responsibility. In succession law, responsibility primarily entails moral and legal

responsibility towards the deceased person and legal responsibility towards third parties.

### 3.4.1. *Responsibility of heirs towards the testator/deceased person*

The responsibility of heirs/beneficiaries towards the testator/deceased person can be observed through the prism of the potential heirs' conduct towards the testator during the testator's lifetime and their conduct towards the testator or the testator's will and estate after the testator's death.

(a) Responsibility of potential heirs to the testator during the testator's lifetime

It is not customary for legal systems to regulate the specific forms of conduct of family members among themselves (perhaps except for the family law rules focusing mainly on the alimony obligation); thus, their conduct remains an issue of moral conduct. In the Slovak succession law, this issue is regulated in the provision on disinheritance, which entitles the testator to deprive an heir of his/her share in succession in case of irresponsible or immoral conduct (Section 469a CC). Disinheritance is limited to the testator's descendants because they are the only heirs entitled to a mandatory share (forced portion), even in testamentary succession, if the testator fails to include them in the will. The social value of the descendants' responsibility towards the testator is expressed in the provisions of Section 469a (1a) and (1b) of the Civil Code, which specify that the testator may disinherit a descendant if he/she, in contravention of the rules of good moral conduct, fails to provide due care and necessary assistance to the testator in sickness, old age or other important cases, or if he/she does not permanently show proper concern or genuine interest in the testator that he/she should show as a descendant. A descendant may also be disinherited if he/she permanently lives an inordinate life (Section 469a (1d) CC) and if he/she was sentenced to at least one year imprisonment for an intentional crime (Section 469a (1c) CC). The disinheritance document must contain the reason for disinheritance (Section 469a (3) CC).

(b) Responsibility of heirs to the testator after the testator's death

The heirs' proper conduct towards the testator after the testator's death is objectively impossible; in effect, it implies responsibility for the property entrusted by the testator (its preservation and further improvement) and preservation of the testator's last will (respecting his/her instructions, commands, requests). However, the Slovak Civil Code does not allow any of the above. According to Section 478 of the Civil Code, "*Any conditions annexed to the will shall have no legal relevance...*"; even less so are the testator's orders or conditions which are not part of the will. All these expressions of the testators will remain as recommended conduct of the heirs only at the moral level. As soon as the succession property is acquired, the heirs become the owners of the testator's

property in its entirety and without limitation, i.e. they can freely dispose of it (e.g. sell it or give it away) exclusively according to their will. The preservation of the testator's last will, as expressed in the testamentary document, is also a particular feature since it can also be overridden *de facto* if the heirs concerned agree to settle in succession proceedings on the settlement of the succession, the court distributes the testator's property among the heirs in a manner different from that provided in the testator's will. In the Slovak legal order, the heir's responsibility towards the testator after his/her death can thus be reduced only to the responsibility to preserve the testator's property until the final decision on the distribution of property in probate proceedings, which is supported by the instrument of an administrator of the succession estate (Section 182 et seq. of Act No. 161/2015 Coll. Non-dispute Civil Proceedings Code). The administrator of the succession estate performs the activities (within the scope defined by the court) necessary to preserve the succession assets. The administrator is obliged to exercise professional care in performing his/her duties and is liable for damage caused by the breach. It should be noted that the Slovak succession law is governed by the principle of delation, i.e. the heirs acquire the succession retroactively to the date of the deceased person's death (as opposed to the principle of addition).

#### 3.4.2. *Responsibility/Liability towards third parties*

Part of the social value of liability in succession law is the legal responsibility (liability) of the deceased person or his/her heirs to third parties to whom the decedent had some liability, particularly under the law of obligations, which implies liability to the deceased person's creditors. Any obligations existing only in moral terms or in the form of social service cannot be implemented unless the testator has materialised them in the will. Slovak succession law is based on the principle of universal succession. The heirs are transferred all the rights and obligations of the deceased person and become his/her legal successors. In this case, the limit is the value of the decedent's property because the heirs are liable proportionally for the decedent's funeral costs and the decedents' debts which have passed on to them upon his/her death, but only up to the amount of the price of the succession acquired (Section 470 CC). Thus, legal regulation of the transfer of debts and the liquidation of the decedent's estate protects the interests of creditors, and it contributes to a smooth and orderly probate procedure *vis-à-vis* third parties, taking into account liability as a social value. Otherwise, the legal certainty of creditors would be jeopardised (Kupka, 2016: 174), and conversely, in the absence of the acquired inheritance limit, the legal certainty and property rights of the heirs would be endangered. In the context of the heir's legal responsibility (liability) towards third persons, it has to be noted that the Slovak Civil Code also regulates situations when the protection

of the so-called “rightful heirs” against “unqualified (wrongful) heirs” should take place, which is contrary to the principle of heir’s responsibility towards third parties. The rightful heir has only a limited period to file a lawsuit against the wrongful heir, contrary to one of the basic principles of private law: property-related rights are not statute-limited (Ficová, 2022: 314).

### **3.5. Community welfare as a social value within succession law**

Community welfare is an attainment of the French Revolution (*fraternité*), which has spread across centuries and different political systems. In Slovakia, the degree of participation of an individual in the welfare of the community as a whole was most prominent in the period of socialism and embodied in the slogan “*The one who does not work shall not eat*”. However, in that case, we may not speak of community welfare in its standard sense but as a kind of megalomaniacal worship of the state as the supreme guarantor of welfare and well-being. With the uncontrolled rise of capitalism in the 1990s, community welfare took a back seat. Individualism and mutual alienation prevailed and largely persisted to this day. In recent years, especially in the context of numerous crises (the COVID-19 pandemic, the war in Ukraine, and others), society has been preserved in the sense of an almost mythical fraternity or religious help to one’s neighbour. These and many other situations suggest that a change of paradigms is gradually taking place, a return to community life which has existed in the Slovak territory for centuries, and which the new generations (who had no experience of socialism or the 1990s) are rediscovering, by increasingly focusing on the well-being and cohesion of the community, in addition to individual goals. Nevertheless, what is the relationship (and the boundaries) between community welfare and succession law?

In succession law, community welfare or the public interest can be observed at three levels:

#### **(a) avoiding the acquisition of succession *contra bonos mores***

Generally speaking, it may be contrary to the community welfare if a person who has acquired the deceased person’s property by acting contrary to the principles of good moral conduct becomes a valid heir of the decedent’s estate. From the perspective of positive law, an act contrary to good morals is difficult to prove, just as it is challenging to demonstrate the intensity of the interference. For this reason, the law has to envisage situations in which the acquisition of a succession would be contrary to the public interest and the common good. Section 469 of the Slovak Civil Code includes some of these situations: the commission of an intentional crime (e.g. murder, bodily harm) against the deceased person, his/her spouse, children or parents; the commission of a punishable act against the deceased person’s will (e.g. destruction or forgery of a will or a disinheritance document). Any of these facts give rise

to incapacity to be heir directly *ex-lege*. Although one may forgive an heir for committing such an act, this will no longer be objectively possible in case of death. No one other than the testator can do so, demonstrating the observance of fundamental moral principles and ensuring an imaginary moral victory of the public interest over personal property acquisition. Section 469a(1c) of the Civil Code also envisages that the testator may disinherit a descendant sentenced to at least one year imprisonment for the commission of an intentional crime, which also favours the public interest.

**(b) the transfer of legacy for public benefit**

Bequests of estate for various public benefit purposes (charities, education, health, social services, etc.) are common in many jurisdictions. Depending on the amount received from bequests (especially in cases involving solvent testators), many foundations and civic associations are able to enhance community welfare to achieve and further develop their public welfare objectives. In this context, there are several relatively standard options for testators: they may leave a bequest directly by appointing a legal entity as a testamentary heir or ensure that the legacy is managed through trusts. Many countries incentivise testators to make these forms of bequest for community purposes (via philanthropic tax reliefs and other instruments). In the Slovak legal system, neither the incentive scheme nor trust-related instruments and similar legal forms facilitate the aforementioned objectives. On the other hand, the Slovak Civil Code allows to bequeath property in the form of a will to any natural or legal person, and potentially to a person/entity whose activities pursue public benefit objectives, whereby the mandatory share has to be included in the part of the testament bequeathing the property to such a person/entity (e.g., NGOs or others).

**(c) the transfer of succession to the state and the *caducum***

Leaving property to the state is a less common community-welfare or public-interest-oriented option. Generally, insofar as it acts in civil law relations, the state is considered a legal person (Section 18 CC). Thus, the state may be a potential heirs if the testator decides to leave part or all property to the state in his/her testament. Another case is the so-called *caducum* (Section 462 CC), where the state does not become an heir by one's will but acquires all the property of the deceased person in case the decedent has no heirs in any of the intestate succession groups provided in the Slovak Civil Code, or has not made a testamentary document, or the heirs do not inherit under the existing will due to its invalidity, the absence of appointed heirs, etc.



#### 4. Conclusion

The author analysed the intricate relationship between social values and succession law in this paper by focusing on the Slovak legal system. As highlighted by Thomas Hobbes, law serves as a society's collective moral compass, which is particularly evident in succession law. In the Slovak context, the Civil Code (Act No. 40/1964 Coll.) lays the foundation for testate and intestate succession law, which is closely tied to individual property rights. In this context, the paper identified the fundamental social values based on the French Revolution motto (*liberté, égalité, fraternité*) and supplemented them (yet not comprehensively) with family relationships and responsibility. Those social values serve both as the framework and the limits for the legislator in shaping the law of succession. Despite ample amendments to the Slovak Civil Code since its adoption (and particularly after the Velvet Revolution), it may be concluded that the current legislation does not fully reflect the evolving social values of the 21<sup>st</sup> century and modern Slovak society. Due to the influence of tremendous societal changes and various other reasons (such as digitalisation), the Slovak succession law requires extensive conceptual changes. Succession law should benefit from further revisions that align more closely with the contemporary meaning of social values (liberty, equality, family, responsibility and community) and modern law principles. Those changes can be achieved by different means: extending inheritance titles, reorganisation of intestate inheritance groups, equal treatment for all types of family ties, digitisation of legal acts, introduction of trusts, and further specification of certain legal institutes (collation, disinheritance, and others).

#### References

- Bajánková, J. (2019). Section 461 of the Civil Code [Dedičský titul]. in: Števec M., Dulak A., Bajánková J., Fečík M., Sedlačko F., Tomašovič M., *Občiansky zákonník II. § 451 – 880. 2. vydanie. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2019, p. 1629
- Brinig, M. F. (2021). New private law and the family. In: Gold, A. S. et al. (ed.). *The Oxford Handbook on the New Private Law*. Oxford: University Press, 2021 (pp. 377-389).
- Cirák, J. et al. (2009). *Dedičské právo*, Šamorín: Heuréka vydavateľstvo, 2009, 238s.
- de Waal, M. J. (2019). Comparative Succession Law. In: Reimann, M., Zimmermann, R. (ed.) Gold, A. S. et al. (ed.). *The Oxford Handbook on Comparative Law*. Second edition. Oxford: University Press, 2019 (pp. 1058-1087).
- Dufalová, L., Čipková, T., Burdová, K. (2019) Legal consequences of marriage and cohabitation under the Slovak law. In. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 11, 2019 (pp. 148-167).

Fajnor, V., Záturecký, A. (1935) *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi*. (1935), III. vydanie pôvodného diela, Šamorín: Heuréka, 1998, 605s.

Fekete, I. (2015). *Občiansky zákonník 3. zväzok (Dedenie, Záväzkové právo –všeobecná časť). Veľký komentár* (2. aktualizované a rozšírené vydanie), Bratislava: Eurokódex, 2015, 932s.

Ficová, S. (2022). Žaloba oprávneného dediča. In: Ficová, S. (ed.). *Dedičské právo v hmotnoprávných a procesnoprávných súvislostiach*. Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2022 (pp. 298–317).

Hamřík, M. (2022). „Manželstvo“ pre všetkých v podmienkach Slovenskej republiky. In: Šínová, R. (ed.). *Pocta Milaně Hrušákové*. Praha: C. H. Beck, 2022, (pp. 83 - 98).

Horony, Š. (2022). Vybrané otázky vo vzťahu k inštitútu kolácie. In: Ficová, S. (ed.). *Vybrané otázky dedičského práva v úvahách de lege ferenda*. Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2022, (pp.166–176),

Križan, M., Čipková, T. (2022). Formy závetu reflektujúce 21. storočie. In: Ficová, S.(ed.). *Vybrané otázky dedičského práva v úvahách de lege ferenda*. Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2022, (pp.198–214).

Kupka, L. (2016). *Dedičské právo hmotné II – doplnené a prepracované vydanie.*, Bratislava: Eurounion, 2016, 400s.

Luby, Š. (2002). *Základy všeobecného súkromného práva*. 3 vydanie pôvodného diela, Šamorín: Heuréka, 2002, 287s.

Števec M., Dulak A., Bajánková J., Fečík M., Sedlačko F., Tomašovič M. (2019). *Občiansky zákonník II. § 451 – 880. 2. vydanie. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2019, 1578s.

#### Legal acts

Constitutional Act No. 460/1992 Coll., the Constitution of the Slovak Republic as amended; [https://www.slov-lex.sk/static/pdf/1992/460/ZZ\\_1992\\_460\\_20230701.pdf](https://www.slov-lex.sk/static/pdf/1992/460/ZZ_1992_460_20230701.pdf);

Act No. 265/1949 Coll. on Family law; <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/1949/265/19590901>

Act No. 40/1964 Coll. the Civil Code of the Slovak Republic as amended; <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/1964/40/20191201>

Act No. 509/1991 Coll. on amending and modifying the Civil Code; <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/1991/509/19920101>

Act No. 36/2005 Coll. on Family as amended; <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2005/36/20230101>

Act No. 161/2015 Coll. Non-contentious Civil Proceedings Code as amended; <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2015/161/20230601>

**JUDr. Martin Hamřik, Ph.D.**

Доцент, Катедра за грађанско право,  
Правни факултет, Универзитет Коменски у Братислави,  
Република Словачка

## **ДРУШТВЕНЕ ВРЕДНОСТИ КАО ОКВИР НАСЛЕДНОГ ПРАВА: Осврт на наследно право Словачке**

### **Резиме**

У раду се разматра однос између друштвених вредности и наследног права, са посебним освртом на словачки правни систем. Ослањајући се на теорију друштвеног контакта Томаса Хобса и његово одређење права као колективног моралног компаса друштва, аутор указује да друштвене вредности не само да учествују у обликовању закона већ се и сâме могу обликовати и редефинисати законом. Раd почиње прегледом словачког наследног права, које је уређено Грађанским закоником (Део 7: Наследно право, чл.460-487, Закона бр. 40/1964, са бројним изменама и допунама). Аутор затим разматра улогу друштвених вредности, као што су слобода, породични односи, једнакост, одговорност и добробит заједнице у оквиру наследног права Републике Словачке, и даје детаљну анализу њихових нормативних оквира и ограничења у контексту законског и тестаментарног наслеђивања. У том погледу, аутор разматра равнотежу између индивидуалне слободе и породичних односа, наследна права супружника, деце и других рођака, признавање различитих видова породице, једнакост у контексту наслеђивања, моралну и правну одговорност наследника, као и шире друштвене импликације наследног права у унапређењу добробити заједнице. Иако је словачки грађански законик претрпео значајне измене, анализа открива да он и даље одражава друштвене нормe времена када је настао, па су неопходне нове измене и допуне у циљу његовог усклађивања са друштвеним променама, савременим друштвеним вредностима и новим породичним структурама. Раd може допринети разумевању динамичне интеракције између права и друштва у оквиру наследног права Словачке, али резултати могу бити од користи и у оквиру других јурисдикција.

**Кључне речи:** друштвене вредности, наследно право, Словачка, породица, слобода, једнакост, добробит заједнице.



UDK: 340.13:35.076

UDK: 342.9

ПРЕГЛЕДНИ  
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 10.05.2024.

Рад прихваћен: 24.05.2024.

**Др Милан Рапајић**,\* ORCID 0000-0002-1268-6826

Ванредни професор,

Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу

Република Србија,

DOI:10.5937/zgrfno-50968

**Др Дејан Логарушић**,\* ORCID 0000-0001-9782-9277

Ванредни професор,

Правни факултет за привреду и правосуђе,

Универзитет Привредна академија у Новом Саду

Република Србија

## НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ УПРАВЕ

**Апстракт:** Модерно управно право базира се на одређеним начелима. Та начела протежу се кроз све институте управног права, дајући им смисао и стварајући једну складну целину. Први и најважнији стуб на којем стоји систем норми управног права је начело законитости којим се управа потчињава праву. Управа је творевина закона, посебно модерна. Она се организује, уређује и поступа по законима. Основна функција управе састоји се у извршавању закона, а ту функцију она обавља потчињена закону. Начело законитости уопштено, а начело законитости управе посебно, у свим модерним државама данас чини основ на коме се гради идеја правне државе.

Тежиште начела законитости је на правним делатностима управе, јер се она у односу на закон, односно устав, ту јавља у два облика, и то: као доносилац конкретног управног акта и затим као доносилац нормативног подзаконског акта. Концепција законитости примењена на управни акт подразумева недопустивост да се без законске основе употребе принудна средства, што произилази из извршног карактера једног ауторитативног акта са једностраним утврђивањем права и обавеза странака. У том смислу, законитост управног акта мора да обухвати све његове битне елементе (надлежност, форму, основна правила поступка, сврху, па чак и материјално-правна питања). Када је реч о нормативном акту управе, начело законитости делује у два смера: егзистенцијалном

\* mrapajic@jura.kg.ac.rs

\* dejan.logarusic@pravni-fakultet.info

*и садржинском. У раду се излажу појам и садржина начела законитости управе, однос начела законитости и дискреционе оцене, као и однос овог начела са принципом сразмерности, као једним од новијих принципа у европском континенталном јавном праву.*

**Кључне речи:** управно право, начело законитости, појам и садржина, дискрециона оцена, принцип сразмерности, повреде начела законитости, санкције.

## 1. Увод

Начело законитости представља веома важно начело обављања управе. То значи да управа поседује онолико власти колико јој је правним прописима, односно законом додељено, а да власт која јој је додељена може да врши само у законом прописаном поступку. Познати француски правни писац Carré de Malberg дефинише управу као „делатност коју обављају органи управе под руководством и у извршењу закона“ (de Malberg, 1920: 482). Дакле, на читаву сферу управе се примењује начело законитости и подразумева да законску садржину мора имати сваки акт управе, без обзира да ли се њиме улази у правну област појединца или се то не чини. У теорији се начело законитости образлаже следећим разлозима: „1. политичким, јер се на тај начин извршна власт потчињава представничкој, законодавним органима државне власти који постоје да би изразили вољу народа; 2. техничким, јер се тиме осигурава правилно функционирање целокупног извршног апарата које се не би могло проводити без одређених правних прописа; 3. психолошким, јер се тако осигурава правна сигурност грађана од извршне власти која би дјеловала по својој вољи, а не према унапријед донесеним прописима с којима се грађани могу упознати“ (Ваџић, 2002: 40). Начело законитости управе подразумева објективно подвргавање читаве управе владавини закона, а не само заштиту појединца од продирања управе у његову правну сферу. Како примењује професор Иво Крбек, „само у почетном периоду увођења правне државе било је карактеристично свођење примене начела законитости управе на правну сферу појединца“ (Крбек, 1936: 42). Дакле, везивање управе за закон, односно објективно право чини се првенствено због њеног ваљаног вођења, а потом због заштите интереса појединца. Иначе, три су фазе у обављању управе: прва, утврђивање чињеничног стања; друга, подвођење тог чињеничног стања под одговарајућу правну норму; трећа, да се на основу тога донесе управни акт, односно решавање конкретне управне ствари.

Управна власт се, на тај начин, обавља по оном истом систему по коме се обавља судска власт. У току управног поступка се образује чињенично стање од стране субјекта управе, а затим се то конкретно чињенично стање подводи под апстрактну правну норму и коначно се долази до управног акта. У правној држави, за разлику од полицијско-апсолутистичке државе, исто као и судска власт, управна власт је заснована на прописима. „Између модерне управе и судства нема материјалне разлике. Разлика је у формално-организационој нарави“ (Крбек, 1928: 76). Дакле, „везаност управе законом настаје тек у правној држави. Раније, односно у полицијској држави, само су грађани били везани законом, а не и управа. Због тога је и сиштина идеје о правној држави (*Rechtstaat*) и покрета за њено увођење, који је настао најпре у Немачкој, била садржана у захтеву да се дотад слободна управа веже законом. Законитост управе била је, према томе, основни принцип и смисао схватања о правној држави“ (Милосављевић, 2017: 74). Франц Нојман указује да је за правну државу „темељни принцип легалитет управе, што ће рећи постулат да је администрација државе везана законима и да свако мешање државе мора бити утемељено на таквим законима. То имплицира супрематију закона и само закона... Из тога следи да однос између државе и појединца мора бити унапред одређен формалним националним правом. Мешање државе у слободу и својину мора бити предвидиво и прорачунљиво... оно се мора тачно дефинисати. Из тог произилази да то мешање мора бити подложно контроли од стране независног судства“ (Нојман, 2002: 218–219). „У полицијској држави, управа је, напротив, слободна делатност која се руководи државним интересом и која је само делимично везана правом. У правној држави, управа се може обављати само у законском правном режиму, а не са становишта слободне процене државног разлога, тј. деловања на основу слободне оцене субјекта о томе шта је највише у интересу државе. Као што у правној држави судија није овлашћен да проналази, нити да ствара право које треба да примени на решавање спорних случајева, тако ни управни посленик није овлашћен да са становишта своје процене државних интереса одлучује о правима и обавезама грађана и правних лица“ (Марковић, 2002: 96). Управа се у правној држави ставља под владавину народа, јер закони проистичу од стране народног представништва. Тако се кроз обављање управе изражава демократско начело уместо бирократског.

## 2. Елементи начела законитости

Два су градивна дела законитости управе. Први тај елемент или део представља подвргавање управе закону, с обзиром на то да вршење

управе мора имати законски основ и што се мора одвијати по законом прописаном поступку. Тако, у члану 198, став 1 Устава Србије се наводи: „Појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, морају бити засновани на закону.“<sup>1</sup> Дакле, управа може да делује само посредством формалног правног акта и она постаје облик извршавања закона. Примећује се у теорији да се законитост управе у овом случају изражава помоћу појмова као што су: правни основ, управни акт (појединачни акт) и управни поступак. Други састојак законитости је подложност аката управе контроли, било од стране редовних судова (наше право је овај вид судске контроле управе познавало до 2009. године), било од стране посебних управних судова (почев од 2009. године). О томе, у члану 198, став 2 Устава Републике Србије се каже: „Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.“ Потврда владавине права се остварује контролом законитости рада управе и, истовремено, јача се положај законодавне власти. „Пошто се суд у свом раду руководи искључиво правним моментима, а не и разлозима целисходности, судском контролом законитости управе обезбеђује се у пуном обиму владавина права над управом, као граном државне власти. У овом смислу, законитост управе операционализује се помоћу појмова, као што су: тужба против управног акта, управни спор и обавезност пресуда донесених у управним споровима“ (Марковић, 2002: 98).

Да би се остварило начело законитости у раду управе, односно потврдила владавина права и правне државе, потребно је: 1) да надлежности управе буду законски уређене; 2) да су закони и устав правни основ и мера овлашћења управе; 3) да постоје законске гаранције процесног положаја грађана и других странака у поступку пред управом; 4) да постоји законска форма и садржина управног акта; 5) да постоји већ поменута судска контрола законитости управних аката; 6) да постоји одговорност државе за незаконит и неправилан рад управе.

1) Када је реч о законском уређивању надлежности управе, примећујемо да се ове надлежности могу одредити само законом, а не актима ниже правне снаге, односно вољом управе. Норме о надлежности су когентне правне природе, чије кршење мора бити санкционисано. Надлежност истовремено значи право и дужност поступања. Управа није само позвана да врши своје надлежности, већ уколико их не врши, она може бити прозвана, јер не испуњава своју законску обавезу. Када управа не би вршила своје надлежности, закони не би били примењивани,

1 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.



а грађани не би могли да остваре своја законска права. Примећено је да би нас то „опет вратило у доба апсолутистичке монархије, њене полицијске државе и самовоље управе“ (Милосављевић, 2017: 75). У правним државама и државама владавине права нису тако ретки случајеви неактивности управе, а они се решавају на позитиван начин путем института заштите од ћутања управе (тај институт служи заштити странака) и путем института одговорности управе влади и парламенту (тај институт служи заштити државе и остваривању јавног интереса). Законско уређивање надлежности управе подразумева упознатост грађана и других субјеката поводом којих ствари је управа надлежна или пак та надлежност не постоји, односно, који од органа управе је надлежан за остваривање њихових права и обавеза. Тако физичка и правна лица се могу заштитити од самовољног деловања и неактивности управе.

2) Управа може да врши само она овлашћења у свом деловању која јој је закон доделио. Та овлашћења морају имати основу у закону и она су, у општем смислу, ограничена људским и мањинским правима, једнакошћу свих пред законом и другим начелима устава. Овлашћења управе се не могу законом проширити преко граница које устав дефинише као њихову општу меру. Управа има специфична овлашћења која немају други органи власти.

3) Када је реч о законским гаранцијама процесног положаја грађана и других странака у поступку пред управом, начело законитости је нарочито детаљизовано у погледу поступка у коме управа одлучује о правима и обавезама странака, као и у погледу поступка у коме примењује принуду и друга ограничења. Дакле, као прво, потребно је законски уредити сам поступак када се решава о правима и обавезама грађана и других странака, као и када се поступа на други начин у управним стварима, односно предузимају управне радње, пружају јавне услуге и закључују управни уговори. Друго, у поступку пред управом сваком се мора обезбедити једнака правна заштита, што је израз начела забране дискриминације. Треће, у поступку пред управом, сваком се мора омогућити да брани своја права. И, као четврта гаранција, истиче се право на жалбу и друго правно средство. У том смислу, у поступку пред управом свакоме се мора пружити могућност да против донесеног акта изјави жалбу или користи друго правно средство. Из права на жалбу произилази начело двостепености, с обзиром на то да се она подноси на одлуку донесену у првом степену и о њој решава другостепени орган. Имајући у виду могућност законског искључења жалбе, то искључење је само изузетно у одређеним случајевима. Тада се странкама мора обезбедити друго правно средство.

4) Управни акти морају да имају форму, тј. законски прописан облик и делове. Разлог за незаконитост акта је свака озбиљнија повреда правила о форми. За разлику од судских аката, форма управних аката може да буде у одређеним случајевима упрошћена, па чак да буду издати у усменом облику. Наиме, управа у неким стварима мора да делује ефикасно, а неке од тих ствари су и крајње једноставне. Управним актом се, иначе, не могу утврђивати нова права и обавезе у односу на оне које су прописане законом, већ се само исте могу конкретизовати.

5) Поводом судске контроле законитости управних аката, треба нагласити да управни акти потпадају под ту контролу. Као што је речено, Законом о управним споровима из 2009. године<sup>2</sup>, установљена је надлежност управног суда који ту контролу врши у поступку који се назива „управни спор“, осим у оним ситуацијама када законом није предвиђена друга судска заштита.

6) У правној држави предвиђена је одговорност државе за незаконит и неправилан рад управе, односно предвиђени су различити облици одговорности. Тако, постоји одговорност службеника и старешине у органима управе. Дакле, могуће је да дође до штете (материјалне и/или нематеријалне) као последице незаконитог и неправилног рада управе. Свако ко је претрпео штету има право на накнаду од стране државе.

### 3. Начело законитости и дискрециона оцена

Како указује Иво Крбек, „код дискреционе оцјене је битно да орган који је овлаштен на вршење те оцјене, може бирати између више алтернатива. Са стајалишта правне норме, која је овластила самог примењивача на бирање између више алтернатива, начелно су све те алтернативе од једнаке вредности. Најбоља алтернатива не одређује се унапријед за све случајеве, већ се то оставља примењивачу правне норме да то учини према потребама конкретног случаја. Код дискреционе оцјене врши се, с једне стране бирање између више алтернатива, а с друге стране, врши се то строго, конкретно и индивидуално за поједини случај. Зато и рјешење по дискреционој оцјени нема значај преседана за будуће сличне случајеве. У томе се дискрециона оцјена битно разликује од тумачења и развијања правног правила. Први је случај када постоји правна норма, али је она нејасна и њен примењивач мора интерпретацијом доћи до њена правога смисла. Други је случај, када је посве јасно, да се конкретни предмет мора нормативно рјешити, али закон шути (нарочито, случај тзв. законске празнине), а сада треба да сам примењивач развије правило по коме ће поступати. У оба случаја, правно правило се утврђује апстрактно,

2 Закон о управним споровима, Сл. гласник РС, бр. 111/2009.

с обзиром на све сличне случајеве и пошто се то правило једном утврди, оно вриједи за све будуће сличне случајеве. Службено лице, притом, не гледа изолирано на конкретни случај, него конкретни случај узима само као повод да утврди опће правило. Укратко, можемо казати, да је значајно за вршење дискреционе оцјене да се по законском овлашћењу (изравном или неизравном) бира између више алтернатива, које су, генерално, унапријед одређене као једнако важне, да се то бирање врши строго конкретно и индивидуално од случаја до случаја и то према схваћању оног органа који врши дискрециону оцјену“ (Krbek, 1950: 141).

За дискрециону оцену се може рећи да је то законско овлашћење које пред управног посленика, оног ко води управни поступак, ставља више могућности законом одређених при управном одлучивању. Тада управа при свом поступању има ограничену слободу процене. У немачком праву, дискрециона оцена се назива слободном оценом – *das freie Ermessen*, у енглеском праву, дискрециона оцена носи назив дискрециона власт – *discretionary power*, као и у француском – *le pouvoir discrétionnaire*. Када је реч о овим изразима, у немачком и француском праву указује се да „сваки од ова два израза има свој бољи и слабији дио, и нема ништа логичније да оба ова боља дијела вежемо заједно у израз дискрециона оцјена“ (Krbek, 1937: 236). Дискрециона оцена представља једно од најзначајнијих одступања иницијалног схватања правне државе, јер је сматрано да управа треба да буде потпуно везана законом. Наиме, у XVIII и XIX веку правни писци су били мишљења да се за сваки поједини случај може законом нормирати одговарајуће поједино правило. Овакве ситуације су у пракси готово немогуће, јер закон не може бити толико детаљан да предвиди најразноврсније околности сваког појединог случаја. Закон се састоји од општих норми које се доносе за неодређен број случајева, односно ситуација истог типа. Управа није у могућности да своје активности врши увек потпуно везана законом, па зато постоје две различите ситуације у модерној правној држави: прва је она ситуација у којој управа делује потпуно везана законом и друга је она ситуација у којој управа није потпуно везана законом. У овој другој ситуацији, јавља се могућност коришћења дискреционе оцене. У државно-правним порецима владавине права није постављен циљ да се укине дискрециона оцена, већ да сфера у којој се она користи буде уска и да колико год је то могуће, буде законски прописан начин и услови за њено вршење. Код потпуне правне везаности управе, закон не оставља алтернативу управи приликом управног одлучивања. Закон обавезује управу да поступи на једини начин који је регулисан. У таквим случајевима доноси се правно везани управни акт и управа ту нема простора за слободу избора у погледу садржине акта. Она само треба да примени правило закона којим је садржина акта већ одређена,

када утврди да су испуњени услови за издавање акта. Пример за потпуну правну везаност управе је, на пример, издавање дозволе за градњу објекта или управно одлучивање код остваривања права на старосну пензију.

Непотпуна правна везаност управе постоји у оним ситуацијама када је законски управи остављена солуција како ће одлучити, с обзиром на то да постоји право избора између два или више решења похрањених у закону. Дискрециона оцена управе састоји се у том избору, односно процени која је од законских могућности најбоља за конкретни случај, па се та најбоља алтернатива узима за одлуку управе. „На пример, дискрециона оцена постоји када закон, пошто је прописао услове за остваривање неког права, ипак оставља органу управе да одлучи да ли ће садржина управног акта бити позитивна или негативна. Његова радња тада има два корака. Он, најпре, утврђује да ли су испуњени законски услови за издавање управног акта, а затим процењује која је од законских алтернатива најбоља за тај случај“ (Милосављевић, 2017: 79). У теорији је већ примећено да су области унутрашњих послова, одбране и спољних послова карактеристични случајеви у којима се јавља дискрециона оцена за разлику од других области управе, где је дискрециона оцена слабије изражена. Полиција, као орган управе, највише користи дискрециону оцену, јер она води рачуна о остваривању специфичног јавног интереса.

У теорији је постављено неколико питања поводом дискреционе оцене. Прво је како је законодавац оставио управи овлашћење на дискрециону оцену. Друго је да ли је управа приликом доношења дискреционог акта сасвим слободна од закона или није и треће питање које се поставља, чиме се управа руководи када процењује која је од законских алтернатива најбоља. Тако се наводи када је реч о првом питању: „Примењивач правне норме има, наиме, јасну ситуацију, једино ако правна норма изрјеком прописује да одређену управну ствар ваља рјешити ‘по слободној оцјени’. Само таква формулација отклања дилеме о каквој је врсти правне норме ријеч. Сматрам да је дужност законодавца да изрјеком прецизира када се може у форми дискрецијске оцјене изабрати између могућности које су на располагању. Иначе, непотребно ствара дилеме код примењивача – је ли посрједи дискрецијско овлашћење или није. Теорија, овдје уз захтјев за јасним законским формулацијама, указује посебно на проблем који настаје зато што законодавац (доносилац правне норме) употребљава различите изразе којима подјељује дискрецијске власти, као нпр. ‘тијело може’, ‘по нахођењу’, ‘према потреби’, ‘тјело ће водећи рачуна о цјелисходности’ итд. Такви, тзв. неодређени појмови, морају онда бити тумачени у духу читавог правног правила у којему су садржани, да би се могло закључити како је заиста рјеч о могућности дискрецијске оцјене“ (Вогковић, 2002: 84–85). Код одговора на друго питање,

указујемо на два слична мишљења у правној теорији: „Ако државни органи раде по слободној оцени, не раде произвољно, већ по једној логици, једној разумности која одликује право од својевољности“ (Тасић, 1928: 189). Друго мишљење указује: „Кад оно што ми зовемо слободном расудом не би имало никакве везе са правним нормама, кад би чини слободне расуде били правно ирелевантни, правна знаност не би имала ни потребе, ни могућности да се тим појмом бави“ (Андраши, 1928: 103). Дакле, дискрециона оцена мора имати своје утемељење у закону, јер се ради о слободи избора између неколико законских алтернатива. У својој слободи избора онај ко води управни поступак се креће између законски понуђених алтернатива и може изабрати само једну од њих, а не неку другу ван оних законом предвиђених. Правна везаност органа управе постоји у свему осталом приликом доношења управног акта. То значи да је орган управе дужан да поштује правила о надлежности и да такав акт донесе у поступку који је прописан законом. Следи да се у том поступку мора утврдити јесу ли испуњени законски услови и какво је чињенично стање на основу ког ће одлучити. Из тог разлога, дискрециони акт има правно везане делове и оне који нису правно везани. Правно везани делови дискреционог акта последица су дословне примене закона и код њих нема слободе у поступању, а само други су последица дискреционе оцене. Треба нагласити да правно везани делови дискреционог акта подлежу судској оцени законитости, а правно невезани делови дискреционог акта нису и моћи ће да се оспоравају само пред вишим органом управе.

Одговор на треће питање могао би да гласи да кад орган управе врши процену која је од законских алтернатива најбоља, ни ту му није остављена слобода. Ту процену је орган управе дужан да изврши у смислу да проникне како би воља законодавца била најбоље задовољена. Та воља је изражена у самом закону, у којем се и даје овлашћење на дискрециону оцену. То се огледа дефинисањем одређених интереса у закону (јавна безбедност, јавни ред и мир, јавно здравље и морал и томе слично), па су они због тога јавни интереси. Дискреционе оцене не би ни било када би ти интереси могли да се до краја детаљизују. Управо се управи оставља да те интересе конкретизује, јер по мишљењу законодавца, због природе тих интереса, њихова детаљна разрада или није погодна, или није могућа. Орган управе мора да тежи задовољењу јавног интереса због којег му је и дато овлашћење на вршење дискреционе оцене. Задовољење јавног интереса значи испуњење циља због којег је дато овлашћење, па кажемо да је акт целисходан. Ако тај циљ није испуњен, акт је нецелисходан и он може да буде преиспитиван у поступку пред другостепеним органом управе. Да би дискрециони акт могао да буде оспорен путем жалбе, важно је сагледати који су били разлози којима се орган управе руководио приликом његовог

доношења. Не само правно везани акт него и дискрециони акт мора да буде образложен. Тако, у новом Закону о општем управном поступку из 2016. године<sup>3</sup> је прописано да образложење дискреционог управног акта мора да садржи навођење прописа којим је орган овлашћен на одлучивање по слободној оцени, затим разлоге којим се руководио при одлучивању и у којим границама и са којим циљем је применио слободну оцену. Према Закону о општем управном поступку из 1997. године<sup>4</sup>, била је остављена могућност да у образложењу дискреционог акта не буду наведени разлози којима се орган управе руководио при доношењу решења, када је то у јавном интересу законом изричито предвиђено, „што је било у очигледном нескладу са идејом владавине права“ (Милосављевић, 2017: 81).

Орган управе је, када користи дискрециону оцену, сем обавезом да проникне како се у конкретном случају има најбоље задовољити шта је јавни интерес, везан и неким другим законским ограничењима, затим начелима закона и најважнијим правима грађана, интерним упутствима за рад, етиком, као и принципом сразмерности. Наиме, потребно је отклонити сумњу која се може јавити због различито третирања појединих грађана који се објективно налазе у правно истим ситуацијама, али које се решавају различито. Коначно, потребно је знати шта дискрециона оцена није. Под дискрециону оцену се не може подвести било који вид незаконитости. То би били случајеви незаконитости, а не вршења дискреционе оцене. Приликом вршења дискреционе оцене не може доћи до прекорачења овлашћења, а оно постоји ако се пређу законске границе за дискрециону оцену, односно када орган управе узме неку алтернативу која није законом предвиђена. Коначно, не може се вршити ни злоупотреба овлашћења, а њен вид је извргавање сврхе. То ће бити она ситуација када, на пример, орган управе користи овлашћење на дискрециону оцену у приватном интересу неког лица или у интересу државе који он слободно тумачи, уместо да га тумачи у јавном интересу који је утврђен законом.

#### **4. Однос дискреционе оцене са другим облицима слабије правне везаности**

Када се дискрециона оцена посматра у односу са другим облицима слабије правне везаности, ту се мисли на њено упоређивање са тумачењем

<sup>3</sup> Закон о општем управном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС.

<sup>4</sup> Закон о општем управном поступку, *Сл. лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Сл. гласник РС*, бр. 30/2010.

правне норме, односно интерпретацијом и попуњавањем правне празнине. При упоређивању тумачења правне норме и дискреционе оцене кључна је слобода опредељивања оног ко примењује правну норму – примењивача правне норме. Наиме, онај ко примењује правну норму има пред собом такво правно правило у коме је недовољно јасно изражена намера његовог доносиоца, тада примењивач правног правила треба методама, односно начинима тумачења да утврди ту намеру, која се онда једнако тумачи и примењује на све примере исте врсте који се јаве. Овде је битно да је правилно утврђена воља доносиоца правне норме. Код дискреционе оцене примарна је воља примењивача правне норме и она се за сваки нови догађај поново утврђује независно од тога колико је он сличан неком претходном догађају.

На сличан начин се може направити разлика и између слободне оцене и попуњавања правне празнине. Супротно дискреционој оцени као праву примењивача правне норме да изабере једну од предложених алтернатива (која се поново бира код сваког новог проблема, тако да начин на који је изабрана не може никако имати значење преседана при другом избору, ма колико примери били идентични или слични) постоји попуњавање правне празнине, а то је начин којим се употпуњује текст правног правила. Међутим, једно попуњено правно правило онда има значење преседана, јер се онај ко примењује правну норму при решавању будућих сличних случајева понаша увек једнако према начину на који је попунио правну празнину.

## **5. Начело законитости и принцип сразмерности**

Један од новијих принципа у европском континенталном јавном праву представља принцип сразмерности или пропорционалности, којим се истиче захтев да делатности јавних власти, односно јавне управе, којима се грађанима намећу обавезе, дакле одређени терети и ограничења, буду у пропорцији са јавним циљевима који се тим делатностима намеравају постићи. То подразумева да органи управе и, уопште, јавне власти, не могу грађанима наметати јавне обавезе, терете или ограничења преко оне мере која је стварно неопходна да би се постигао законити јавни циљ. Другим речима, потребно је да постоји сразмера између средства и циља: средство је мера којом управа делује и намеће обавезе, а циљ је јавни интерес који се том мером жели остварити. Наметнуте обавезе не смеју притом да буду таквог карактера да је очевидно да оне прелазе користи од остварења циља, односно испуњења јавног интереса. За порекло принципа или начела сразмерности у домаћој правној теорији се наводи: „Као што полицијско право представља претечу управног права, тако и начело

сразмерности историјски свој извор има у полицијском праву. Одатле се ово начело проширило у управно право, кривично-процесно право, друга права и, уопште, у правну праксу. Начело сразмерности има за циљ умереност државне принуде и једно је од јемстава да закони неадекватно не задиру у уставна права грађана. Обезбеђује доминацију уставних права и доприноси њиховом ефективном остваривању. Консеквентно томе, начело сразмерности следи из самих уставних слобода и права, као израз општег захтева грађана према држави да њихове слободе и права могу бити ограничене само ако се ради о неопходној заштити јавних интереса и истих слобода и права свих (других) грађана“ (Милетић & Југовић, 2012: 157).

Код принципа законитости ради се о две повезане ствари које се морају проценити пре предузимања сваке делатности, односно акције управе. Прво, мера коју управа предузима мора бити разумна или оправдана, једном речју прикладна за остварење циља. Друго, штете од предузетих акција управе, које би могли да претрпе грађани и друштво, не смеју бити у очигледној несразмери са коришћу од остварења циља. Принцип сразмерности, због значаја који има, а то је да коригује крутост у примени закона и да ојача легитимитет у поступању управе и органа јавних власти, веома је битан принцип владавине права и правне државе. У теорији је примећено да се развој принципа сразмерности везује за немачко уставно право и да је у тесној вези са доктрином људских права. „Савезни уставни суд Немачке је у једној одлуци формулисао принцип сразмерности (*Verhältnismässigkeit*) на општи начин, изреком да државне власти могу ограничити слободе и права грађана само онолико колико је то неопходно да би се у јавном интересу постигао циљ конкретне мере. Затим је овај принцип доживео разраду у законима те земље, а нарочито у управном праву“ (Милосављевић, 2017: 83). „Немачки аутори настоје да начело сразмерности поставе као универзално, тј. тако да важи за све државне мере. У широј обради овог питања, у једном од већ коришћених извора из немачке литературе (Lisken Hans, Denninger Erhard, *Handbuch des Polizeirechts*, München, 1992) истиче се да начело сразмерности развија дејство полицијских мера на три нивоа. Прво, мера мора да буде погодна за постизање законске сврхе. Друго, мера мора да буде потребна и, треће, мора да буде очекивана за дотично лице. Поред тога, сматрају да, уколико се један закон контролише по питању његове сразмерности, претходно се у сва три споменута нивоа укључује и контрола усаглашености законске сврхе са општим добром“ (Милетић & Југовић, 2012: 158). „Овај принцип први пут је уведен у право ЕУ одлукама Европског суда правде. У случају *Liselotte Hauer v. Land Rheinland – Pfalz*, где је поднета тужба Европском суду за поништење одлуке којим је одбијен захтев тужиоца за узгајање



винограда. Захтев је одбијен на основу *Регулативе Европског већа бр. 1162/76*, којом су усвојене мере за прилагођавање капацитета узгајања винограда тржишним условима. Чланом 2 поменуте Регулативе, забрањује се давање дозволе за узгајање нових винограда у периоду од три године. Након испитивања чињеничног стања, Европски суд правде стао је на становиште да није дошло до несразмерног и недопуштеног задирања у право својине тужиоца и начело пропорционалности није нарушено, па је тужба одбијена“ (Димитријевић, 2019: 244–245). У овом случају, суд је дефинисао пресудом принцип сразмерности на следећи начин: „Рестриктивне мере које Европска заједница предузима, морају бити у сразмери са општим интересом Заједнице, при чему, имајући у виду циљ који се жели постићи, оне не смеју несразмерно и недопуштено задирати у субјективна права грађана“ (Lilić, 2007: 26–27).

У српском праву, односно праву државне заједнице Србија и Црна Гора, принцип сразмерности био је јасно утврђен чланом 5 Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама<sup>5</sup>: „Зајемчена људска и мањинска права могу се ограничити само на основу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, овом повељом и уставима држава чланица прописаних ограничења, законом који има општу примену и који садржи позив на одредбу којом се ограничење дозвољава. Зајемчена људска и мањинска права смеју се ограничити само у оној мери која је неопходна да би се у отвореном и слободном демократском друштву задовољила сврха због које је ограничење дозвољено. Ограничења се не смеју уводити у друге сврхе осим оних ради којих су прописана. При ограничавању људских и мањинских права и тумачењу ових ограничења, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу између ограничења и његове сврхе и о томе да ли постоји начин да се та сврха постигне мањим ограничењем права. Ограничење ни у ком случају не сме да задире у суштину зајемченог права.“ Овај принцип је лоциран у Уставу Републике Србије из 2006. године у члану 20, у коме се наводи: „Људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права. Достигнути ниво људских и мањинских права не може се смањивати. При ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи

5 Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, *Службени лист СЦГ*, бр. 6/2003.

и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права.“

„Када одлучују о ограничењу људских права (ст. 3), органи власти везани су уставним правилима која дефинишу садржај и оквир њиховог поступања. Они су дужни да воде рачуна о: • суштини права које се ограничава; • значају сврхе због које се слобода или право ограничавају; • обиму ограничења и његовој природи; односу између ограничења и сврхе због које је прописано ограничење; • постојању могућности да се сврха ограничења људског права или слободе постигне и са мањим ограничењем права“ (Рајванчић, 2009: 31). Разрада принципа законитости, али у непотпуном обиму, приметна је и у управном законодавству, односно Закону о државној управи из 2005. године<sup>6</sup>. Наиме, чланом 10 став 1 је регулисан принцип сразмерности: „Кад решавају у управном поступку и предузимају управне радње, органи државне управе дужни су да користе она средства која су за странку најповољнија ако се и њима постижу сврха и циљ закона.“ Такође, и Законом о општем управном поступку, регулисан је овај принцип у члану 6: „(1) Орган може да ограничи право странке или да утиче на њен правни интерес само поступањем које је неопходно да се њиме оствари сврха прописа и само ако та сврха не може да се оствари друкчијим поступањем којим би се мање ограничавала права или у мањој мери утицало на правни интерес странке. (2) Када се странци и другом учеснику у поступку налаже обавеза, орган је дужан да примени оне од прописаних мера које су по њих повољније ако се и њима остварује сврха прописа.“

У ужем смислу, принцип сразмерности је апсолутно подређен начелу законитости и своди се на обавезу управе да онда када јој закон даје могућност за коришћење више мера, изабере ону која је за странку најповољнија. Када постоји само једна мера, тада управа и није дужна да води рачуна о принципу сразмерности, већ да ту једину меру примени без обзира на то да ли ће она изазвати штетне последице које су несразмерне циљу. У Закону о полицији<sup>7</sup> из 2016. године, принципу сразмерности, како је у теорији примећено, дато је шире и прикладније значење, мада не лишено и одређених противуречности. Постављен је општи захтев да између примене полицијских овлашћења и циља због кога се предузимају постоји сразмера. Такође, примена таквих овлашћења не сме изазвати веће штете од оних које би настале да оне нису примењене. Дакле, принцип сразмерности је дефинисан чланом 68 Закона о полицији, који гласи:

6 Закон о државној управи, *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 и 30/2018 – др. закон.

7 Закон о полицији, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.

„Примена полицијског овлашћења мора бити сразмерна потреби због које се предузима. Примена полицијског овлашћења не сме изазвати веће штетне последице од оних које би наступиле да полицијско овлашћење није примењено. Између више полицијских овлашћења примениће се оно којим се задатак може извршити са најмање штетних последица и за најкраће време. Приликом примене средстава принуде настојаће се да њихова употреба буде поступна, односно од најлакшег према тежем средству принуде и, у сваком случају, уз минимум неопходне силе.“

Принцип сразмерности има и свој шири смисао и он обавезује управу да увек води рачуна о односу између штетних последица које могу настати вршењем њених акција и циља који се намерава постићи. По том схватању, процена би морала да постоји и кад закон предвиђа само једну меру за остварење циља. Уколико би штета била већа од користи која се постиже остварењем циља, управа би требало да одустане од предузимања мере. Уколико управа не би одустала од предузимања мере, та би се мера имала довести у сумњу и требало би да буде поништена, имајући у виду да садржи ману у погледу односа између средства и циља. Због тога је та одлука нецелисходна из угла намераваног циља. У ширем смислу, принцип сразмерности има првенство пред начелом законитости, јер се он схвата као корекција круто постављеном легалитету по сваку цену, без обзира на штете проузроковане поступањем управе, која је, додуше, формално *lege artis*, али је суштински несразмерно оствареном циљу. Не може у свим ситуацијама управа да слепо извршава закон и да, притом, не води рачуна о несразмерно великим штетама које могу да претрпе физичка и правна лица. Од тако схваћеног легалитета, управа би морала да одступи само када је то сагласно принципу сразмерности. Међутим, да не би дошло до злоупотребе или до прерастања принципа сразмерности у сферу нарушавања начела законитости, потребно је да несразмера између штетних последица и циља буде не било каква, већ очигледна. И у свом ширем смислу, принцип сразмерности може бити у употреби када је очевидно да „законска правда може бити блажа или да би примена закона створила већу неправду од његовог непримењивања“ (Милосављевић, 2017: 85).

## **6. Типичне повреде начела законитости и предвиђене санкције**

Својим радом, али и нечињењем, управа може да повреди начело законитости на различите начине. Такве повреде су последица или непримењивања закона или његовог погрешног примењивања. Притом, ваља нагласити да повреде закона могу да се појаве у свим деоницама

управног рада. У теорији су се већ усталила разликовања четири врсте незаконитости: „1) ненадлежност (*l'incompétence*); 2) формална и процесна грешка (*le vice des formes*); 3) формална повреда закона (*la violation de la loi*) и 4) незаконитост у циљу или сврси акта (*le détournement de pouvoir*)“ (Кгбек, 1960: 177). Повреде закона могу се јавити и у вези са вршењем дискреционе оцене и кршењем принципа сразмерности. Постоји неколико класификација повреда законитости, а оне се врше према врсти и тежини.

Тако, прва класификација која се наводи у теорији прави дистинкцију између повреде правила закона и неправилног коришћења дискреционе оцене. Тако се долази до разликовања између две врсте управних аката који имају грешку, а то су незаконити и нецелисходни управни акти. Код незаконитих управних аката, грешка се огледа у огрешењу о закон, а код нецелисходних управних аката, грешка се састоји у погрешном избору између неколико законских алтернатива. Нецелисходан је онај дискрециони акт код којег постоји грешка у избору законске алтернативе и то је погрешан дискрециони акт. Код нецелисходних аката не ради се о повреди законитости, па они нису подложни судској контроли управе у оном делу који се односи на дискрециону оцену. Правно везани делови ових дискреционих аката подложни су судској контроли, док за разлику од њих, незаконити акти би у целини потпадали под такву контролу.

Друга квалификација тиче се само незаконитих управних аката, а изводи се према тежини и могућем утицају повреда закона на правилност управног акта. Постоје битне и небитне повреде закона. Код небитних повреда закона, реч је о таквој ситуацији да повреде постоје, али оне нису значајне, нити утичу на правилност управног акта. Ту је, наиме, реч о ситнијим процесним и формалним грешкама, за које не постоје правне санкције. Оне су такве природе да, иако су повреде закона, управна ствар не би била решена другачије. Битне повреде су такве природе да утичу на решавање управне ствари. Ту је реч о крупним процесним и формалним грешкама за које су предвиђене правне санкције.

Трећа класификација је, по нашем мишљењу најбитнија, и њен је циљ да разврста поједине од битних повреда закона. „За основ те класификације, обично се узима једна подела која је развијена у пракси француског Државног савета (у оквиру разлога за коришћење тужбе против управног акта)“ (Милосављевић, 2017: 86). Већ смо поменули та четири типа повреде начела законитости: 1) ненадлежност; 2) формална и процесна грешка; 3) материјална повреда закона и 4) незаконитост у циљу или сврси акта.

Ненадлежност је такав тип повреде начела законитости, која се састоји у непоштовању прописа о надлежностима за управно поступање. Тада у управној ствари поступа орган који није надлежан

за њено решавање. Надлежност има своја три облика или вида, а то су: стварна надлежност (*ratione materiae*), месна надлежност (*ratione loci*) и временска надлежност (*ratione temporis*). Код стварне надлежности одређује се који је од органа управе надлежан за решавање појединих врста управних ствари. Месном надлежношћу одређује се подручје на ком орган управе обавља послове. Надлежност с обзиром на време, дакле, јесте временска надлежност и она се подудара са временом почетка и престанка активности појединог органа управе, односно са временом оснивања и укидања органа управе. Да би један акт био законит, потребно је да га донесе орган који је по сва три вида надлежности био надлежан. Управни акт ће бити незаконит ако је дошло до повреде прописа о само једном виду надлежности и ако би управа, на пример, решавала неку ствар из надлежности неког другог државног органа или неког правног лица, односно појединца, такав акт који управа донесе би, такође, био незаконит. Примећено је да ово правило важи у обрнутом смеру, односно ако би надлежни државни органи, привредна друштва или појединци и њихова удружења решавали неку ствар из надлежности управе, ти акти би били незаконити. „Ненадлежност треба разликовати од грубе узурпације, која постоји када неко ко уопште нема овлашћења државне власти, издаје тобожње акте власти. Такви акти, једноставно, не постоје, грађани против њих нису позвани да користе правна средства за њихово остваривање из правног поретка, њих ће они игнорисати“ (Марковић, 2002: 109).

Формалне и процесне грешке, као врсте повреда начела законитости, представљају такве повреде закона које се односе на правила закона о поступку и форми акта. Такве грешке обухватају погрешан избор и примену правила управног поступка, грешке у вези са обликом и саставним деловима управног акта и грешке у вези са утврђивањем чињеничног стања на ком је заснована одлука у управном акту. Три су врсте типичних грешака са утврђивањем чињеничног стања: 1) када у поступку нису утврђене све одлучне чињенице – резултат је непотпуно утврђено чињенично стање; 2) када су у поступку поједине чињенице погрешно утврђене – резултат је погрешно утврђено чињенично стање; 3) када је из чињеница које су, иначе, утврђене потпуно и тачно, изведен погрешан закључак.

Материјалне повреде закона јављају се када орган управе, пошто је правилно утврдио чињенично стање, то стање треба да подведе под одговарајуће правило материјалног закона, па у томе погреша. То је она фаза у поступку када се доноси одлуке о самој управној ствари. Тада се врши правна квалификација чињеничног стања. Две су подврсте повреда закона које се јављају као типичне: закон уопште није примењен или је

примењен погрешно. Када закон није уопште примењен, то може бити из незнања или свесно, из намере. Друга ситуација када је закон погрешно примењен јавља се када, на пример, онај ко води управни поступак се руководи незаконитим интересом. Такође, као резултат незнања или намере, може да доведе до погрешне примене или намере.

Незаконитост у циљу или сврси подразумева случајеве када повреда начела законитости значи одступање од циља или сврхе закона. Те повреде закона могу бити двојаке – оне које се односе на правила о дискреционој оцени и оне код којих се ради о повреди принципа сразмерности. Када је реч о првим повредама које се односе на дискрециону оцену, ту се може радити о прекорачењу граница овлашћења, односно кад орган управе није одлучио у границама овлашћења која су одређена законом, већ је изабрао могућност које у закону нема. Код дискреционе оцене може се радити о злоупотреби овлашћења, односно таквој ситуацији код које орган управе изигра сврху, па одлука није донета у складу са циљем у ком је овлашћење дато, него у неком другом приватном или јавном интересу. „Примењивач закона (правног правила) мора, према томе, ићи ка циљу који произилази из закона, односно постићи сврху која је садржана у интенцијама његова доносиоца. Примењивач правног правила поступа незаконито кад појединачни акт (или радњу) којим се правно правило оживотворује примјеном на конкретни друштвени однос, доноси супротно циљу, односно сврси самог правног правила“ (Borković, 2002: 76).

„Суштина принципа сразмерности *stricto sensu* јесте да је важније спречити штету, односно повреду одређеног права, те да што је већа вероватноћа да ће применом одређене управне мере до такве повреде доћи, корист за јавни интерес (или за заштиту права других субјеката) потребна да би се оправдало ограничење права управним деловањем мора имати већи друштвени значај, и бити вероватнија“ (Лончар & Вучетић, 2013: 1639).

Коначно, када је реч о незаконитости, у виду повреде принципа сразмерности, она постоји када орган управе није изабрао меру којом се сврха закона постиже уз мање штете за појединца и заједницу, као и онда када је штета проузрокована том мером већа од остварене користи.

Потреба да се начело законитости поштује изискује постојање санкција за његове повреде. Те санкције се примењују када органи управе свесно или без намере учине неку од повреда законитости које су изложене. До њихове примене не долази аутоматски, већ у нарочитом поступку у коме се најпре утврђује да ли је учињена повреда закона, а затим изриче санкција. Санкције могу бити, како политичке, тако и правне природе. Када је реч о политичким санкцијама, ту се мисли на

одговорност управе према влади и парламенту. Друге, односно, санкције правне природе, односе се на: 1) санкције према службеним лицима управе; 2) уклањање незаконитих аката и 3) накнаде штете проузроковане незаконитим радом управе.

## 7. Резиме

Начело законитости подразумева везаност управе законом и настало је као темељни угаони камен правне државе и владавине права. Оно обухвата сијасет повезаних елемената од којих се, као битни, истичу следећи: надлежности управе, њена овлашћења, поступак у коме се та овлашћења примењују уређује се законом, а у том поступку се обезбеђују гаранције положаја странака. Акти које доноси управа морају имати законску форму и садржину и подложни су контроли законитости од стране судова. Ваља напоменути да постоји одговорност државе за незаконит и неправилан рад управе.

Један део управног деловања није у потпуности везан правом, већ се остварује уз коришћење дискреционе оцене. Дискрециона оцена значи могућност избора између понуђених и правно једнаких алтернатива, а врши се тако да донети дискрециони акт буде целисходан, сагласан законским ограничењима и општим правним принципима.

Принцип сразмерности значи да управно поступање којим се грађанима намећу обавезе и ограничења мора бити сразмерно циљу који се њиме остварује. Примећено је да се тиме управно поступање доводи у конекцију са начелом легитимитета и ублажава крута примена начела законитости.

Повреде начела законитости могу се класификовати према врсти и тежини на нецелисходности и незаконитости. Незаконитости могу бити битне и небитне. Битне повреде се односе на ненадлежност, формалну и процесну грешку, материјалну повреду закона и незаконитост у циљу и сврси донетог акта. Предвиђене су правне санкције за повреду начела законитости, које могу бити усмерене према службеним лицима управе и незаконитим актима, а постоји и право на накнаду штете проузроковане незаконитим радом управе. Од поштовања начела законитости и ефикасности санкција за непоштовање тог начела зависи успешност правне државе и правичног управног поступања на делу.

## Литература/References

Андраши, Ј. (1928). Начелна разматрања о слободној расуди. *Архив за правне и друштвене науке*, књига 16.

Bačić, A. (2002). *Komentar Ustava Republike Hrvatske*. Split: Pravni fakultet Univerziteta u Splitu.

Borković, I. (2002). *Upravno pravo*. Zagreb: Narodne novine dd.

De Malberg, R. (1920). *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey.

Димитријевић, П. (2019). *Управно право*. Ниш: Медивест.

Закон о управним споровима, *Сл. гласник РС*, бр. 111/2009

Закон о општем управном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС.

Закон о општем управном поступку, *Сл. лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Сл. гласник РС*, бр. 30/2010.

Закон о државној управи, *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 и 30/2018 – др. закон.

Закон о полицији, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.

Krbek, I. (1928). *Stranka u upravnom postupku*. Zagreb: Naklada Jugoslovenske štampe.

Krbek, I. (1936). *Zakonitost uprave*. Zagreb: Tiskara Merkantile (Jutriša i Sedmak).

Krbek, I. (1937). *Diskreciona ocjena*. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.

Krbek, I. (1950). *Osnovi upravnog prava FNRJ*. Zagreb: Izdavački zavod Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti.

Krbek, I. (1960). *Pravo javne uprave FNRJ, Prva knjiga*. Zagreb: Birotehnički izdavački zavod.

Lilić, S. (2007). Evropski sud pravde i upravno pravo Evropske unije. *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, 22–35.

Лончар, З., & Вучетић, Д. (2013). Принцип сразмерности у европском и српском праву – уставноправни аспекти. *Теме*, бр. 4, 1617–1642.

Марковић, Р. (2002). *Управно право – општи део*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Милетић, С., & Југовић, С. (2012). *Право унутрашњих послова, Друго измењено и допуњено издање*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија.

Милосављевић, Б. (2017). *Управно право*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион и ЈП „Службени гласник“.

Nojman, F. (2002). *Vladavina prava*. Beograd: Filip Višnjić.

Рајванчић, М. (2009). *Komentar Ustava Republike Srbije*. Beograd: Konrad Adenauer Stiftung.

Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, *Службени лист СЦГ*, бр. 6/2003.

Тасић, Ђ. (1928). Дискрециона власт у немачко-аустријској литератури. *Архив за правне и друштвене науке*, књига 17.

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.



**Prof. Milan Rapajić, LL.D.**

Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Kragujevac,

**Prof. Dejan Logarušić, LL.D.,**

Associate Professor,  
Faculty of Law for Commerce and Judiciary,  
University Business Academy in Novi Sad,  
Republic of Serbia

## THE PRINCIPLE OF LEGALITY OF THE ADMINISTRATION

### Summary

*The contemporary administrative law is based on a set of legal principles which permeate all institutes of administrative law, giving them meaning and creating a harmonious whole. The first and most important pillar of the administrative law normative system is the principle of legality, which implies that the administration is subjected to the applicable laws. Administration is a creation of law; it is organized, regulated and acts in compliance with the law. The basic function of the administration is to implement the laws by observing the law in force. It cannot perform its functions beyond the limits set by the law, nor contrary to the law. In all modern states, the principle of legality in general, and the principle of legality of administration in particular, are the cornerstone for the development of the rule of law.*

*The principle of legality rests on the legal activities of the administration. Under the constitution and the law, administration has a dual role: to adopt a specific administrative legislative act, and to adopt of a normative act (by-law). The concept of legality applied to an administrative act implies that it is impermissible to use coercive means without a justifiable legal ground, which stems from the executive character of an authoritative act which unilaterally determines the parties' rights and obligations. In this sense, the legality of an administrative act must include all its essential elements: jurisdiction, form, basic rules of procedure, purpose, and even substantive law issues. When it comes to normative acts, the principle of legality works in two directions: existential and substantive. The paper presents the concept and the content of the principle of legality of the administration, the relationship between the principle of legality and discretionary assessment, as well as the relationship between the principle of legality and the principle of proportionality, as one of the more recent principles in European continental public law. The authors outline the typical violations of the principle of legality and sanctions for those violations.*

**Keywords:** administrative law, principle of legality, concept and content, discretionary evaluation, principle of proportionality, violations of the principle of legality, sanctions.



UDK: 341.245:339.5  
UDK: 347.751:339.542

ПРЕГЛЕДНИ  
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 03.01.2024.  
Рад прихваћен: 25.03.2024.

**Др Урош Здравковић,\***  
Ванредни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу  
Република Србија

DOI: 10.5937/zgpfno-48536  
ORCID 0000-0002-2581-0195

## ПРОЦЕДУРАЛНИ УСЛОВИ ЗА РАСКИД УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ\*\*

**Апстракт:** Предмет овог рада су процедурални услови за раскид уговора о међународној продаји робе у режиму Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција). Анализирају се формалне радње које једна уговорна страна треба да предузме уколико жели да ваљано раскине уговор, односно, да њена једнострана изјава о раскиду произведе правно дејство. Предмет расправе су одговарајуће одредбе Конвенције, затим доступна судска и арбитражна пракса, као и одговарајући ставови у домаћој и страном литератури. Конвенција не предвиђа аутоматски раскид уговора. Уговорна страна која жели да раскине уговор мора да обавести другу страну о раскиду: у супротном изјава о раскиду не производи дејство. Уговорна страна није у обавези да покреће било какав правни поступак како би остварила своје право на раскид. Раскид представља једнострану изјаву воље и доводи до престанка уговорног односа. Изјава о раскиду мора бити јасна, безусловна, изричита и недвосмислена. Она може бити дата и на имплицитан начин, путем конклюдентних радњи, али и тада мора бити таква да код разумног лица успостави уверење да је уговор раскинут.

**Кључне речи:** Право међународне продаје робе, Бечка конвенција, раскид уговора, изјава о раскиду.

---

\* uros@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021–2025. године.

\*\* Рад је изложен на међународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“, која је одржана на Правном факултету Универзитета у Нишу, 19. априла 2024. године.

## 1. Увод

Раскид уговора представља најрадикалније правно средство које стоји на располагању уговорној страни код уговора о међународној продаји робе. Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године<sup>1</sup> (Бечка конвенција, даље и: Конвенција) садржи норме које исцрпно уређују материјалне услове за раскид уговора, како од стране купца, тако и од стране продавца. Истовремено, Конвенција садржи само један члан који посредством једне сажете реченице уређује процедуралне услове за раскид уговора. Ради се о члану 26, који се примарно примењује на питање процедуре раскида уговора о међународној продаји робе, уз посредну и аналогну примену неколико осталих одредби Конвенције.

Предмет овог рада су процедурални услови за раскид уговора о међународној продаји робе у режиму поменуте Конвенције. Овде се превасходно мисли на формалне радње које једна уговорна страна треба да предузме уколико жели да ваљано раскине уговор, односно, да њена једнострана изјава о раскиду произведе правно дејство. Аутор се неће упуштати у анализу материјалних услова за раскид, имајући у виду да су то одвојене и комплексне теме које намећу засебну обраду. С обзиром на то да Конвенција не уређује питање процедуре раскида уговора на исцрпан начин, приликом обраде ове теме аутор се морао ослонити и на одговарајућу и доступну судску и арбитражну праксу, као и на ставове доктрине у домаћој и иностраној литератури.

Циљ истраживања је да се домаћој заинтересованој јавности, на један заокружен, систематски и сажет начин, представи проблем процедуре раскида уговора о међународној продаји робе, и да се, с тим у вези, допринесе проучавању права међународне продаје у оквиру домаће литературе.

## 2. Изјава о раскиду уговора

Питање форме и процедуре раскида уговора о међународној продаји робе уређено је чланом 26 Бечке конвенције који гласи: *Изјава о раскиду уговора има дејство једино ако је о њој обавештена друга страна*. Из наведеног се види да Конвенција на крајње једноставан начин уређује процедуралне услове за раскид уговора (Babiak, 1992: 135). Осим ове сажете и опште норме, Конвенција не елаборира даље питање процедуралних

---

<sup>1</sup> Конвенција је донета 11. априла 1980. године у Бечу, а ступила је на снагу 1. јануара 1988. године. Конвенцију су до сада ратификовале 94 државе. Социјалистичка Федеративна Република Југославија ратификовала је Конвенцију 1984. године („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 10-1/84). Република Србија примењује Конвенцију, као један од првих следбеника СФРЈ.

услова за ваљану изјаву о раскиду. Оно што се недвосмислено може уочити је да Конвенција *не предвиђа аутоматски раскид уговора*, без обзира што су се стекли материјалноправни услови за раскид.<sup>2</sup> Члан 26 Конвенције предвиђа да уговорна страна мора изјавити раскид уговора и да о томе мора обавестити другу страну. Сврха обавештења о раскиду се састоји у томе да се друга уговорна страна упозна са статусом уговора. Уколико изостане обавештење о раскиду, изјава о раскиду неће произвести дејство. Конвенција, дакле не предвиђа *ipso facto* раскид уговора, што одговара начелима очувања уговора (*in favorem contractus*) и савесности и поштења. У супротном, постојала би тешкоћа за уговорне стране у виду несигурности одређивања момента од кога се уговор сматра раскинутим (Magnus, 2005: 426).

Раскид уговора представља једнострану изјаву воље једне уговорне стране која, уколико је учињена ваљано, производи дејство на уговор тако што га окончава. Правила Конвенције о изјави о раскиду и њеном дејству примењују се у свим ситуацијама које подразумевају раскид уговора. То се може односити на цео уговор, на део уговора, затим на раскид уговора услед антиципативне повреде, као и на раскид уговора са узастопним испорукама. Конвенција не предвиђа обавезу за страну да пре изјаве о раскиду упутити упозорење које другу страну упознаје са намером да се уговор раскине (Lookofsky, 2000: 79). Довољно је, дакле, само упутити изјаву о раскиду уговора уколико су се претходно стекли материјални услови за раскид.<sup>3</sup>

Страна која се користи правом на раскид уговора није дужна да у вези са тим питањем покреће одговарајући судски или арбитражни поступак.<sup>4</sup> У том погледу, решење Конвенције одудара од оних која су предвиђена у неким континенталним правима, попут француског или белгијског, где се раскид уговора може остварити само уз ангажовање суда, односно, путем судске одлуке (Јовић, 2015: 152). За разлику од тога, Конвенција предвиђа раскид на основу изјаве: да би раскид произвео

2 Видети пресуду Врховног суда Аустрије у предмету *Propane gas*, бр. 10 Ob 518/95, од 6. фебруара 1996. године (CLOUT case No. 176); пресуда Вишег регионалног суда у Бамбергу (Немачка) у предмету бр. 3 U 83/98 од 13. јануара 1999. године (CLOUT case No. 294); одлука Арбитражног суда Међународне трговинске коморе бр. 9887 из августа 1999. године.

3 Више о материјалноправним условима за раскид уговора видети: Здравковић, У. (2023). *Материјалноправни услови за раскид уговора о међународној продаји робе од стране купца*. *Страни правни живот*. 3/2023. 471–489; Здравковић, У. (2022). *Правна средства продавца за случај купчеве повреде уговора о међународној продаји робе*. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 92. 179–199.

4 Пресуда Провинцијског суда Наваре (Шпанија) у предмету бр. 27/12/2007 од 27. децембра 2007. године (CLOUT case No. 1039).

дејство, довољно је да се о томе обавести друга уговорна страна. Као и бројна остала питања, и питање процедуре раскида уговора је Конвенција уредила на аутономан начин: она не познаје судски раскид уговора, али ни раскид уговора по самом праву (Jovičić, 2015: 153). За случај да једна уговорна страна сматра да је дошло до битне повреде уговора, она може потпуно једнострано раскинути уговор (Emre Ay, 2022: 26), уз напомену да такав поступак носи са собом и одређени ризик: уколико друга страна сматра да није постојао разлог за раскид, може у вези са тим питањем потражити заштиту пред надлежним судом или арбитражом, који ће коначно оценити постојање основа за раскид.<sup>5</sup> Изјава о раскиду, без раскидног дејства, и сама представља својеврстан вид повреде уговора (Ђирић, 2018: 203).

Уговорна страна свакако има право и да путем тужбе надлежном суду или арбитражи обавести другу страну о раскиду. Ово ће страна учинити уколико поред одлуке да користи право на раскид има и одговарајућа потраживања према другој страни која намерава да оствари покретањем одговарајућег правног поступка. У том случају надлежни форум не би требало да се упушта у мериторно расправљање о раскиду уговора, већ да једноставно констатује чињеницу да је уговор раскинут изјавом једне од уговорних страна.<sup>6</sup>

Обавештење о раскиду може бити учињено у било којој форми. Члан 26, као ни остале релевантне одредбе Конвенције, не предвиђа нарочиту форму за изјаву о раскиду, нити се помињу обавезни елементи такве изјаве (Flechtner, 1988: 83). На ово обавештење се примењује члан 11 Конвенције који предвиђа слободну форму за закључивање уговора.<sup>7</sup> Оно може бити учињено у писаној или усменој форми, али и путем тужбе суду или арбитражи, телефоном, електронским средствима комуникације итд.<sup>8</sup> Ипак, у пракси преовлађује да се изјава о раскиду упућује у писаној форми (Malkawi, 2020: 37), односно у форми која се уподобљава писаној.

5 Више о последицама тзв. „опортунистичког раскида“ уговора о међународној продаји робе видети у: Ishida, 2020: 95–98.

6 Одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије бр. Т-4/05 од 15. јула 2008. године (CLOUT case No. 1021).

7 Текст члана 11 Конвенције гласи: „Уговор о продаји не мора да се закључи нити потврди у писменој форми нити је подвргнут било којим другим захтевима у погледу форме. Он се може доказивати на било који начин, укључујући сведоке.“

8 Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Propane gas*, бр. 10 Ob 518/95, од 6. фебруара 1996. године (CLOUT case No. 176); пресуда Федералног суда Аустралије у предмету *Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH v. Rosedown Park Pty. Ltd. and Reginald R. Eustace*, бр. SG 3076 of 1993 FED No. 275/95 од 28. априла 1995. године (CLOUT case No. 308); пресуда Апелационог суда у Рену (Француска) у предмету *Société M.C.S. c/ Société H.D.* од 27. маја 2008. године (CLOUT case No. 1029).

Разлог за то лежи у постојању веће сигурности у погледу тумачења да ли је уговор раскинут. Што се тиче начина слања обавештења о раскиду уговора, оно може бити учињено на било који уобичајен начин (Magnus, 2005: 426). Код тумачења овог питања, морамо се надовезати и на члан 27 Конвенције, који указује да се свако обавештење, захтев или друго саопштење мора послати на начин који се сматра одговарајућим у датим околностима.<sup>9</sup> Странама се ипак препоручује да, зарад каснијег бољег доказивања, упуте изјаву о раскиду у писаној форми, или форми која омогућава улажење у траг датој изјави о раскиду. Терет доказивања да је раскид учињен у некој другој форми осим писане лежи на страни која је изјавила раскид.<sup>10</sup> У сваком случају, од стране која раскида уговор се очекује да такву изјаву упути на начин и са садржином који би омогућили разумном лицу да стекне уверење да је уговор раскинут (Jacobs, 2003: 409).

Што се тиче момента од којег изјава о раскиду производи дејство, Конвенција не предвиђа експлицитно који је то моменат. Конвенција предвиђа у члану 26 да *изјава о раскиду уговора има дејство једино ако је о њој обавештена друга страна*, притом не наводећи изричито моменат таквог дејства. Логично би било да изјава о раскиду производи дејство од момента када је друга страна обавештена о таквој изјави. У том смислу, применила би се *теорија пријема*: изјава о раскиду производи дејство у оном моменту када друга страна прими такву изјаву. Са друге стране, у погледу ризика код слања обавештења о раскиду уговора примењује се *теорија одашиљања*. Уговорна страна која је послала обавештење другој страни о раскиду уговора не сноси ризик од задоцњења или грешке у преносу саопштења, нити од чињенице да саопштење није стигло другој уговорној страни. На основу члана 27 Конвенције, ризик од ових догађаја лежи на страни којој је послато обавештење о раскиду, уколико је обавештење послато на начин који се сматра одговарајућим у датим околностима.<sup>11</sup> Остаје, међутим, неразјашњено питање момента дејства изјаве о раскиду која није стигла другој страни, а притом се на такву изјаву

9 „Изузев ако је изричито друкчије предвиђено у овом делу Конвенције, кад је једна страна неко обавештење, захтев или друго саопштење дала или учинила у складу са овим делом и на начин који се сматра одговарајућим у датим околностима, задоцњење или грешка у преносу саопштења или чињеница да саопштење није стигло не лишава ту страну права да се на то саопштење позива.”

10 Пресуда Вишег регионалног суда у Каселу (Немачка) у предмету *Clothes*, бр. 8 О 2391/93 од 22. јуна 1995. године.

11 Члан 27 Конвенције гласи: „Изузев ако је изричито друкчије предвиђено у овом делу Конвенције, кад је једна страна неко обавештење, захтев или друго саопштење дала или учинила у складу са овим делом и на начин који се сматра одговарајућим у датим околностима, задоцњење или грешка у преносу саопштења или чињеница да саопштење није стигло не лишава ту страну права да се на то саопштење позива.“

позива уговорна страна-одашиљаца у складу са чланом 27 Конвенције. У тој ситуацији, дејство изјаве о раскиду би требало везати за протек разумног рока од момента њеног одашиљања. Разумни рок би се морао рачунати у складу са свим релевантним околностима случаја.

Конвенција не предвиђа у члану 26 рок до када уговорна страна може изјавити раскид. Начелно, страна може раскинути уговор у било ком тренутку након што наступе материјалноправни услови за раскид. Притом, страна је везана роковима застарелости у погледу реализације својих потраживања судским путем. У том погледу, у зависности од околности, могу се применити рокови застарелости који су уређени одговарајућом конвенцијом<sup>12</sup>, или меродавним националним правом. Међутим, евентуални протек рока застарелости не утиче на право стране да раскине уговор: она у том случају само неће имати могућност да принудним путем наплати своја потраживања. Са друге стране, постоје посебне ситуације за које Конвенција предвиђа рок за раскид уговора. Те ситуације су повезане са материјалноправним условима за раскид уговора.

Према члану 49 став 2 Конвенције, у случајевима кад је продавац испоручио робу, купац губи право да раскине уговор ако то није учинио: (а) у односу на задоцнелу испоруку, у *разумном року* рачунајући од тренутка кад је сазнао да је испорука извршена; (б) у односу на било коју другу повреду, осим задоцнеле испоруке, у *разумном року*: (i) пошто је сазнао или морао сазнати за повреду; (ii) по истеку сваког додатног рока који је купац одредио у складу са ставом (1) члана 47, или пошто је продавац изјавио да неће извршити своје обавезе у овом додатном року; или (iii) по истеку сваког додатног рока који је одредио продавац у складу са ставом (2) члана 48, или пошто је купац изјавио да неће прихватити извршење. У набројаним ситуацијама купац ће морати да изјави раскид уговора у *разумном року* у односу на одговарајући моменат. У супротном, ако то пропусти, губи право на раскид.

Конвенција предвиђа и за продавца рок за раскид уговора, у одређеним посебним ситуацијама. Наиме, према ставу 2 члана 64 Конвенције, у случају кад је купац платио цену, продавац губи право да раскине уговор уколико то није учинио: (а) у погледу задоцнелог извршења од стране купца пре него што је сазнао за извршење; или (б) у погледу било које друге повреде, осим задоцнелог извршења, у *разумном року*: (i) пошто је продавац сазнао или морао сазнати за повреду; или (ii) по истеку додатног рока који је одредио продавац у складу са ставом (1) члана 63, или пошто је купац изјавио да неће извршити своје обавезе у овом додатном року.

12 Најзначајнији извор *ius conventionis* у области застарелости је Њујоршка конвенција о застарелости потраживања у области међународне продаје робе из 1974. године.



### 3. Садржина изјаве о раскиду уговора

Обавештење о раскиду уговора мора садржати довољан степен јасноће о одлуци стране да не буде више везана уговором и да уговор сматра раскинутим.<sup>13</sup> Иако Конвенција не предвиђа било које правило у вези садржине изјаве о раскиду<sup>14</sup> (попут указивања на битну повреду уговора и сл.) било би практично да изјава о раскиду садржи и разлоге због којих се уговор раскида (Babiak, 1992: 135). Пука употреба термина *раскид* не претпоставља да изјава о раскиду задовољава критеријуме јасноће и одређености (Jacobs, 2003: 410). На пример, посматрано из позиције купца, изјава о раскиду би требало да садржи информацију о одлуци купца да неће да прими или задржи робу (Honpold, 1999: 214), односно обавештење да је роба несаобразна и да је наступила битна повреда уговора (Jacobs, 2003: 409). Из позиције продавца, корисно би било да продавац уз изјаву о раскиду изјави и да неће испоручити робу, или да тражи робу натраг уколико је испоручио (Honpold, 1999: 214-15). Приликом тумачења довољног степена јасноће прибегава се критеријуму разумног лица: сматра се да је страна којој је дата изјава о раскиду стекла уверење да је уговор раскинут уколико би такво уверење стекло разумно лице у тој позицији (Fountoulakis, 2010: 442).

Изјава о раскиду мора бити безусловна, коначна, изричита и недвосмислена. Изјава не може бити двосмислена нити условна (Ћирић, 2018: 202). Обавештење стране да ће уговор раскинути у будућности уколико друга страна не поступи по неком захтеву не конституише изјаву о раскиду.<sup>15</sup> Другим речима, упозорење да ће раскид бити учињен није довољно да се сматра да је раскид аутоматски наступио након истека рока који је дат другој страни да предузме неку радњу. Исто важи и за захтев уговорне стране за надокнаду штете: такав захтев сам по себи не представља обавештење о раскиду уговора.<sup>16</sup> Страна која раскида уговор мора јасно и недвосмислено да обавести другу страну да је уговор раскинут. Када уговорна страна другој страни остави накнадни рок за

13 Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Propane gas*, бр. 10 Об 518/95, од 6. фебруара 1996. године (CLOUT case No. 176); одлука Арбитражног суда Међународне трговинске коморе у предмету *German goods*, бр. 9978 из марта 1999. године (CISG-online No. 708); пресуда Вишег регионалног суда у Грацу у предмету *Construction equipment*, бр. 5 R 93/04T од 29. јула 2004. године (CLOUT case No. 746).

14 То решење је преузето из *common law* система, где није предвиђена обавеза за страну да наводи основ на којем заснива своје право да раскине уговор (Jovičić, 2015: 153).

15 Пресуда Вишег суда у Љубљани бр. I CPG 299/2014 од 26. новембра 2014. године (CLOUT case No. 2083).

16 Пресуда Вишег регионалног суда у Минхену у предмету бр. 7 У 1720/94 од 8. фебруара 1995. године (CLOUT case No. 133).

испуњење обавезе (*nachfrist*), па тај рок протекне без испуњења обавезе, или ако друга страна пре истека рока изјави да неће испунити своју обавезу, то такође не значи да ће аутоматски наступити раскид. Тек након истека додатног рока, или након што друга страна изјави да неће извршити своју обавезу, страна може изјавити раскид уговора путем посебне и одвојене изјаве (Kimbel, 1999: 306). Притом, овде је акценат на редоследу радњи: изјава о раскиду као таква не мора увек бити дата одвојено и самостално, већ у техничком смислу може бити комбинована и са другим обавештењима уговорне стране. На пример, купац може упутити продавцу обавештење о несаобразности у ком је истовремено садржана и изјава о раскиду уговора.<sup>17</sup>

Страна која раскида уговор не мора у својој изјави употребити термин „раскид“, нити је дужна да цитира одређене одредбе Конвенције. Довољно је да се другој страни јасно стави до знања да је уговор престао да важи. У пракси постоји више примера где су судови признавали различите формулације као довољне да успоставе јасан и недвосмислен закључак да је страна одлучила да уговор раскине. У такве примере спада изјава купца да не може да користи несаобразну робу и да је ставља на располагање продавцу;<sup>18</sup> писмо где купац наводи да не жели више да пословно сарађује са продавцем;<sup>19</sup> обавештење купца да одбија да изврши своју обавезу истовремено са захтевом за повраћај цене<sup>20</sup> итд. Употреба овакве терминологије може се уподобити и са имплицитном изјавом о раскиду уговора, о чему ће бити више речи у наредном поднаслову.

#### 4. Имплицитно обавештење о раскиду

С обзиром на то да Конвенција не предвиђа нарочиту форму обавештења о раскиду, остало је нејасно да ли страна која раскида уговор мора такву изјаву упутити другој страни на експлицитан начин, или се то може учинити и имплицитним путем, путем конкулдентних радњи (Lesser, 1998: 188–89). Мора се уважити околност да понекад постоје ситуације када није неопходно посебно обавештавати другу уговорну страну о раскиду. У тим ситуацијама изјава о раскиду се уподобљава одговарајућим конкулдентним радњама уговорне стране (попут недвосмислене и

17 Пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Italian clothes*, бр. VIII ZR 300/96 од 25. јуна 1997. године (CLOUT case No. 235).

18 *Ibidem*.

19 Одлука Пријатељске арбитраже Хамбурга у предмету *Cheese*, од 29. децембра 1998. године (CLOUT case No. 293).

20 Пресуда Вишег регионалног суда у Карлсруеу, бр. 19 U 8/02, од 19. децембра 2002. године (CLOUT case No. 594).

дефинитивне изјаве продавца да неће извршити своје обавезе). Сама изјава о раскиду би у том случају била „пука формалност“, и истрајавање на таквој изјави не би одговарало начелу савесности у међународној трговини.<sup>21</sup>

Према ставовима у литератури, страна може изјавити раскид и путем конклюдентних радњи, уколико се из тих радњи недвосмислено може закључити о постојању намере да се уговор раскине (Kazimierska, 1999–2000: 114–15). Другим речима, у погледу имплицитне изјаве о раскиду примењују се исти критеријуми као и за експлицитну изјаву. Судови су се у неколико случајева бавили тим питањем. У једном случају суд је закључио да се одлука купца да набави робу од другог продавца не може уподобити обавештењу о раскиду.<sup>22</sup> У другом случају, суд је на исти начин оценио поступак купца да врати робу продавцу без икаквог додатног објашњења.<sup>23</sup> Са друге стране, подношење тужбе надлежном суду против уговорне стране која се нашла у стечају је по оцени суда конституисало имплицитну изјаву о раскиду. Претходно је суд оценио да је наступање стечаја над једном уговорном страном околност која је довела до битне повреде уговора.<sup>24</sup> Супститутивна трансакција коју обавља купац уз истовремено подношење тужбе против продавца је такође веома јасан пример ваљане имплицитне изјаве о раскиду.<sup>25</sup> У одређеним ситуацијама је, дакле, нецелисходно и неекономично захтевати од страна да упућују посебне формалне и експлицитне изјаве о раскиду, иако оне као такве не могу штетити. Са друге стране, постоје и ставови да би тумачење према коме је могуће имплицитно (путем конклюдентних радњи) изјавити раскид уговора било у супротности са смислом члана 26 Конвенције (који одражава принцип *in favorem contractus*) и са начелом савесности. Ови ставови су донекле ублажени тврдњом да се радње једне стране ипак могу уподобити изјави о раскиду само уколико је друга страна потом послала тој страни обавештење да ће њене радње третирати као изјаву о раскиду (Jacobs, 2003: 418–19).

21 Пресуда Вишег регионалног суда у Минхену у предмету *Upholstered furniture*, бр. 7 У 2959/04 од 15. септембра 2004. године (CLOUT case No. 595)

22 Пресуда Вишег регионалног суда у Бамбергу (Немачка) у предмету бр. 3 У 83/98 од 13. јануара 1999. године (CLOUT case No. 294).

23 Пресуда Округног суда у Франкфурту на Мајни у предмету *Italian shoes*, бр. 3/11 О 3/91 од 16. септембра 1991. године (CLOUT case No. 6).

24 Пресуда Федералног суда дистрикта Јужна Аустралија бр. 57 FCR 216 од 28. фебруара 1995. године.

25 Пресуда Вишег регионалног суда у Хамбургу у предмету 1 У 167/95 од 28. фебруара 1997. године.

## 5. Опозивост изјаве о раскиду уговора

У литератури постоје различита мишљења у погледу опозивости изјаве о раскиду уговора. Решење овог питања би зависило од тога да ли изјава о раскиду производи дејство у моменту када стигне другој уговорној страни или у моменту њеног одашиљања. Према првом схватању, која полази од теорије пријема, страна која је изјавила раскид господари судбином те изјаве све док она не стигне другој уговорној страни (Neumayer, Ming, 1993: 227). Ако пођемо од тумачења члана 26 Конвенције, који, подсећања ради, гласи: *Изјава о раскиду уговора има дејство једино ако је о њој обавештена друга страна*, оно нас такође наводи на закључак да изјава о раскиду производи дејство када друга страна прими такву изјаву, односно буде о томе обавештена (за овакав став се аутор већ определио у излагањима *supra*). У том случају, одашиљалац обавештења о раскиду може повући своју изјаву до момента до ког је друга уговорна страна не прими. То практично значи да обавештење о повлачењу раскида мора стићи пре обавештења о раскиду које је послато прво. Уколико друга уговорна страна прими обавештење о раскиду пре него што стигне обавештење о повлачењу раскида, онда изјава о раскиду производи дејство и неповратна је (Neumayer, Ming, 1993: 227).

По другом схватању, изјава о раскиду производи дејство од момента одашиљања. У том погледу, страна која је експлицитно или имплицитно изјавила раскид и о томе послала обавештење другој страни не може повући своју изјаву и предупредити њено дејство (Kimbél, 1999: 312–313). Ово схватање се ипак чини превише рестриктивним, с обзиром на то да се може разумно очекивати од стране да се предомисли након што упути изјаву о раскиду, што би било и у духу начела *in favorem contractus*. Поред тога, став који заступа теорију одашиљања не би био ни у духу интерпретације члана 26, о чему је било речи у претходном пасусу.

Поред два наведена схватања, постоји и треће, које полази од тога да моменат дејства изјаве о раскиду не треба поистовећивати са (не) могућношћу њеног опозива. Ово полазиште као основну тачку узима понашање стране којој је упућена изјава о раскиду: важно је установити да ли се та страна разумно ослонила на изјаву о раскиду и установила да постоји нова ситуација која налаже да је уговор раскинут (Jacobs, 2003: 426). Уколико је то случај, изјава о раскиду ће се сматрати неопозивом, без обзира на тренутак њеног дејства. Страна која се разумно ослонила на изјаву о раскиду и која је са тим у вези предузела и одговарајуће радње у складу са новим околностима, треба да ужива заштиту од евентуалног предомишљања стране која је изјавила раскид.

## 6. Закључак

Раскид уговора о међународној продаји робе представља једнострану изјаву воље једне уговорне стране која доводи до престанка уговора. Иако таква изјава изазива значајне последице по сам уговор и по однос између уговорних страна, услови у погледу форме и садржине изјаве о раскиду нису нарочито детаљно уређени Конвенцијом. Једини услов који Конвенција изричито предвиђа је да друга уговорна страна мора бити обавештена о раскиду, како би изјава о раскиду произвела своје дејство. Није могуће да уговор буде раскинут аутоматски или по сили закона.

Конвенција не предвиђа нарочиту форму у којој се изјава о раскиду мора дати, али ни садржину такве изјаве. Ставови у пракси и доктрини су сагласни да таква изјава може бити дата и имплицитно, путем конклюдентних радњи. Важно је, међутим, да таква изјава мора бити јасна, недвосмислена, изричита и безусловна, како би се код разумног лица створило уверење да је уговор раскинут. Није неопходно да уговорна страна покреће судски или арбитражни поступак, или било какав други правни поступак са сврхом реализације свог права на раскид уговора. Раскид уговора је једнострана изјава и у потпуности је подложна вољи уговорне стране. Притом, уговорна страна која изјављује раскид мора водити рачуна да постоје материјални услови за раскид – уколико брзоплето изјави раскид уговора у одсуству материјалних разлога, онда сама чини повреду уговора и може одговорати за штету.

Конвенција не уређује могућност опозива изјаве о раскиду. У том погледу има више мишљења у литератури, али би се требало приклонити оном које полази од тога да је опозив могућ до тренутка када друга уговорна страна прими обавештење о раскиду уговора.

## Литература/References

Babiak, A. (1992). Defining Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Temple International and Comparative Law Journal*. 6(1). 113–144.

Emre Ay, Y. (2022), The fundamental breach of contract of sale under the CISG. *Facta Universitatis Series: Law and Politics*. Vol. 20, No 1. 2022. 25–32.

Flechtner, H. M. (1988). Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C. *Journal of Law and Commerce*. 8/1988. 53–108.

Fountoulakis, C. (2010). Article 26. У Schwenzler, I. (прир.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (3rd edn). Oxford University Press 2010. 442.

Honnold, J. (1999). *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law and Taxation Publishers.

Ishida, Y. (2020). Identifying Fundamental Breach of Articles 25 and 49 of the CISG: The Good Faith Duty of Collaborative Efforts to Cure Defects - Make the Parties Draw a Line in the Sand of Substantiality. *Michigan Journal of International Law*. 41/1. 63–108.

Jacobs, C. M. (2003). Notice of avoidance under the cisg: practical examination of substance and form considerations, the validity of implicit notice, and the question of revocability. *University of Pittsburgh Law Review*. 64(2). 407–430.

Jovičić, K. (2015). Uslovi pod kojima poverilac stiče pravo da raskine ugovor zbog neispunjenja i ograničenja za upotrebu tog prava. *Strani pravni život*. 59(1). 143–156.

Kazimierska, A. (1999–2000). The Remedy of Avoidance Under the Vienna Convention on the International Sale of Goods. *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 1999–2000. 114–115.

Kimbel, E. P. (1999). Nachfrist Notice and Avoidance Under the CISG. *Journal of Law and Commerce*. 18/2. 301–332.

Leser, H. G. (1998). Article 26. У Schlechtriem, P. (прир.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Soods (CISG)*. Oxford University Press. 188–189.

Lookofsky, J. (2000). Article 26; When Avoidance Declaration Effective. У Herbots, J. Blanpain, R. (прир.). *International Encyclopaedia of Laws: Contracts, Suppl 29*. Kluwer Law International. 75–88.

Magnus, U. (2005). The remedy of avoidance of contract under cisg general remarks and special cases. *Journal of Law and Commerce*. 25(1). 423–436.

Malkawi, B. H. (2020). CISG: The Relation among Cure, Fundamental Breach, and Avoidance. *Journal of Law, Policy and Globalization*. Vol. 93. 24–44.

Neumayer, K. Ming, C. (1993). *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (commentaire)*. Lausanne: Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Universite de Lausanne.

Ђирић, А. (2018). *Међународно трговинско право: Посебни део*. Ниш: Правни факултет у Нишу.

**Prof. Uroš Zdravković, LL.D.,**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Niš,  
Republic of Serbia

## **PROCEDURAL CONDITIONS FOR AVOIDANCE OF THE CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS**

### **Summary**

*Avoidance of a contract is a unilateral declaration of will by one of the contracting parties which, if validly made, produces an effect on the contract by terminating it. The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (the Vienna Convention, hereinafter: the Convention) contains only one article which regulates the procedural conditions for terminating the contract in a single yet concise sentence. According to Article 26 of the Convention, the declaration of avoidance of the contract is effective only if the other contracting party is informed about it. The Convention does not provide for automatic termination of the contract, regardless of whether the substantive law conditions for avoidance have been met. Article 26 of the Convention stipulates that the contracting party must declare the termination of the contract and must notify the other party thereof. The purpose of the notice of avoidance is to inform the other contracting party of the status of the contract. In the absence of a notice, the declaration of avoidance shall have no effect.*

*The party exercising the right to avoid the contract is not obliged to initiate appropriate court or arbitration proceedings in relation to that issue, although it certainly has the right to notify the other party of the avoidance through a lawsuit to the competent court or arbitration.*

*The notice of avoidance may be given in any form. However, it must contain a sufficient degree of clarity about the party's decision to no longer be bound by the contract and to consider the contract terminated. The notice of avoidance must be unconditional, final, express and unambiguous. There is a common agreement in practice and legal doctrine that such a statement can be given implicitly, through conclusive actions. However, such a statement must be clear, unambiguous, explicit and unconditional, in order to create the belief in a reasonable person that the contract has been terminated.*

*The Convention does not regulate the possibility of revoking the declaration of avoidance. In this regard, there are several opinions in relevant literature, but one should lean towards the one based on the fact that revocation is possible until the moment when the other contracting party receives the notice of avoidance of the contract.*

**Keywords:** Law on International Sale of Goods, CISG, avoidance of contract, declaration of avoidance.





UDK: 342.5:[340.142:342.565.2(497.6)

UDK: 323:342.22(497.6)

ПРЕГЛЕДНИ  
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 26.01.2024.

Рад прихваћен: 22.03.2024.

**Др Милан Пилиповић,\***

Ванредни професор,

Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци,

Република Српска

DOI: 10.5937/zgrfno-48932

ORCID 0009-0001-4760-8844

## **ДЕЈСТВО ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ НА ПРОМЈЕНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ ВЛАСТИ ЕНТИТЕТА И БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ: да ли је Уставни суд остварио улогу заштитника устава и уставности у Босни и Херцеговини?**

**Апстракт.** Уставни суд БиХ још прије двије деценије почео је са доношењем одлука са крупним посљедицама које су из њих произашле по уставноправни систем Босне и Херцеговине и ентитета у погледу организације државне власти, а такво дјеловање присутно је и данас. Предмет овог рада је приказ и анализа неких од тих одлука Уставног суда БиХ, приликом чијега доношења су постојали дијаметрално супротни ставови судија, а са теоријскоправног аспекта спорна су образложења већинске одлуке суда. У први примјер позитивног судског активизма Уставног суда БиХ убраја се одлука о „конститутивности народа“ на цијелој територији Босне и Херцеговине, јер је њеним доношењем Уставни суд БиХ непосредно утицао на значајне промјене уставне организације власти Републике Српске и Федерације БиХ. Ова одлука Уставног суда је имплементирана доношењем амандмана на уставе ентитета у чему је активно учествовао високи представник који није имао тада, а нема ни данас, правног основа за такво дјеловање. Међутим, високи представник је и у октобру 2022. године „долио“ амандмане и на Устав ФБиХ, што је према одлуци Уставног суда БиХ у складу са Уставом БиХ. Прихватајући надлежност за оцјењивање уставности закона које је доносио високи представник за БиХ још прије двије деценије, а и данас, те притом одлучујући да су исти у складу са Уставом БиХ, Уставни суд БиХ је легализовао дјелатност високог представника и дао легалитет новим институцијама БиХ којих у Уставу нема. Тако је Уставни суд својим одлукама утицао и на промјену организације власти Босне и Херцеговине. Стога се

\* milanpilipovic70@yahoo.com

*намеће основно питање: да ли је Уставни суд БиХ остварио своју улогу заштитника и „чуvara“ устава и уставне организације власти БиХ и њених ентитета? Аутор закључује да није, већ напротив да је Уставни суд БиХ, заједно са високим представником, извршио њихову ревизију.*

**Кључне ријечи:** *уставни суд, одлука, конститутивност, високи представник, устав, ентитети, Босна и Херцеговина.*

## 1. Увод

Уставни суд Босне и Херцеговине (даље: Уставни суд БиХ) је самостално и независно судско тијело специфичне надлежности. У складу са Уставом Босне и Херцеговине<sup>1</sup>, Парламентарна скупштина је њен законодавни орган. Одвојеност Уставног суда и Парламентарне скупштине је један од формалних аспеката начела правне државе (Симовић, Симовић: 2020: 67). Између законодавне и извршне власти које су политичке природе, те судске власти која тежи деполитизацији, уставни суд би требало да „стоји негде на пола пута између политичких власти, извршне и законодавне и неполитичке, судске власти“ (Орловић, 2008: 240). Подручје уставносудске контроле „заузима свој аутентичан уставни простор, који се налази на размеђи права и политике“ (Пејић, 2013: 69). Чланом VI Устава Босне и Херцеговине дефинисан је статус, састав и надлежност Уставног суда Босне и Херцеговине. Уставни суд Босне и Херцеговине је једина државна институција у Европи коју чине страни држављани, односно судије странци.<sup>2</sup> Примарна и искључива надлежност Уставног суда је да штити Устав Босне и Херцеговине, и то на начин да одлучује о споровима који према Уставу Босне и Херцеговине настају међу ентитетима, између Босне и Херцеговине и једног или оба ентитета или међу институцијама Босне и Херцеговине. Уставни суд је први пут преиспитивао уставност одредаба устава ентитета (примјена принципа супремације Устава БиХ) у предмету број У - 5/98, у којем се, између осталог, одлучивало о конститутивности народа у ентитетима

1 Устав Босне и Херцеговине садржан је у Анексу IV Дејтонског мировног споразума. Текст Дејтонског мировног споразума доступан је у В. Поповић, В. Лукић, Документи Дејтон – Париз, Бања Лука 1997. Аутори у предговору наводе да су користили превод оригиналног текста споразума, а који им је уступио Савезни секретаријат за иностране послове СРЈ из Београда. Босна и Херцеговина нема свој оригинални примјерак, а ни Устав БиХ никад није званично преведен на језике конститутивних народа.

2 Иако је истом одредбом Устава Босне и Херцеговине предвиђено да ће се начин избора судија уредити посебним актом којег ће донијети Парламентарна скупштина БиХ, до данас то није урађено, упркос иницијативама из Републике Српске.

(Републици Српској и Федерацији БиХ). Поред ове одлуке, акценат ће бити и на анализи одлуке Уставног суда број У-9/00 и одлуке број У-26/01, које се односе на оцјену уставности закона (Закон о државној граничној служби и Закон о Суду БиХ) које је донио високи представник за БиХ. Ради се о одлукама које су донесене поводом крупних правних питања са политичким импликацијама, због чега су имале значајан утицај не само на организацију власти већ и на креирање правног поретка и политичких односа у држави.

Одлука Уставног суда БиХ о конститутивности народа у ентитетима (у којој је пет од девет судија издвојило своје мишљење) промијенила је унутрашњу структуру и организацију власти ентитета. Почевши од предмета „конститутивности“, с једне стране, Уставни суд све више излази из оквира својих надлежности, тако што преузима улогу уставотворца и, с друге стране, прихвата екстензивно и тенденциозно тумачење одредаба Устава и међународних уговора. Наиме, „више од двадесет година се размотава клупко покренуто на основу 'одлуке о конститутивности' и то са посебним интензитетом у задњих неколико година, што можемо примијетити у захтјевима за оцјену уставности и одлукама Уставног суда у предметима У-2/18, У-8/19, У-4/20, У-14/20, У-4/21.<sup>39</sup> То су, између осталих, предмети 'пољопривредно земљиште', 'стварна права', 'шуме', 'високо образовање' и други. Прије овога смо имали одлуке о 'државној имовини' иако нигдје у Уставу БиХ уопште не постоји термин 'државна имовина', затим, 'грб и химна', 'дан републике' итд.“ (Савић, Васиљевић, 2023: 241). С обзиром на то да је предмет овог рада дејство одлука Уставног суда на промјене организације власти ентитета и БиХ, то ћемо задржати и анализирати неколико одлука Уставног суда која су довеле до тога.

Провођење одлуке Уставног суда у предмету „конститутивности“ захтјевало је промјену ентитетских Устава, у чему је, осим ентитетских парламената, директно учествовао и високи представник. Тако поред институција власти предвиђених Уставом БиХ и ентитетским уставима, као посебна институција дјелује и високи представник, чије постојање је предвиђено Анексом Х Дејтонског мировног споразума. Високи представник, ослањајући се на екстензивно тумачење својих овлаштења из Анекса Х, а након Бонске конференције Савјета за имплементацију мира из 1997. године, наметнуо је не само амандмане на ентитетске уставе већ и велики број системских закона који су утицали на преобликовање државног уређења и организације власти Босне и Херцеговине.<sup>3</sup>

3 Међу њима издвајамо законе који су директно утицали на промјену организације власти утврђене Уставом БиХ: Закон о државној граничној служби, Закон о Суду БиХ, Закон о Високом судском и тужилачком савјету БиХ, Закон о тужилаштву, Закон о Савјету министара итд.

У свакој држави, па тако и у Босни и Херцеговини, о односу општих аката (закона) према уставу одлучује Уставни суд. Уставни суд се најприје упустио у оцјењивање уставности закона које је донио високи представник, односно огласио се надлежним за преиспитивање уставности његових аката, а затим доносио одлуку да су ти закони у складу са Уставом БиХ. Међутим, Уставни суд притом није имао јединствен став, нити досљедну праксу. Поједини ставови и закључци већинских одлука Уставног суда се умногоме разликују и од општеприхваћених схватања у правној теорији, што се, прије свега, односи на појам закона као општег правног акта.

## **2. Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине о конститутивности народа и њен утицај на организацију власти Републике Српске**

У еклатантан примјер позитивног судског активизма убраја се Одлука број У-5/98 (I, II, III, IV) о „конститутивности народа” на цијелој територији Босне и Херцеговине, (Симовић, Симовић, 2020: 68-69), која је довела до промјене Устава ентитета. У овом предмету 2000. године донесене су четири дјелимичне одлуке, од којих је најзначајнија трећа, дјелимична одлука од 1. јула 2000. године.<sup>4</sup> У овом предмету Суд је одлучивао по захтјеву А. Изетбеговића, тадашњег предсједавајућег Предсједништва БиХ, а који се односио на оцјену сагласности већег броја одредаба Устава Републике Српске и Устава Федерације Босне и Херцеговине са Уставом Босне и Херцеговине. Суштина Изетбеговићег захтјева у погледу Устава Републике Српске састојала се у оспоравању одредаба Преамбуле Устава Републике Српске (алинеје 1, 2, 3 и 5), те члана 1 Устава којим је Република Српска одређена као држава српског народа и свих њених грађана, тј. да исте нису у сагласности са последњом алинејом Преамбуле Устава Босне и Херцеговине и члановима II/4, II/6 и III/3б Устава БиХ, будући да према овом Уставу постоје три конститутивна народа - Бошњаци, Хрвати и Срби - који, заједно са осталим грађанима, остварују своја суверена права на цијелој територији Босне и Херцеговине, без дискриминације по било којем основу, као што је, међу осталим, национално поријекло (Савић, 2000: 126). Истим приједлогом затражена је и оцјена уставности одредбе из члана I/1(1) Устава Федерације БиХ, према којој су у том ентитету Бошњаци и Хрвати конститутивни народи. Због великог обима предмета, Уставни

---

4 Трећа дјелимична одлука Уставног суда број У-5/98 III објављена је у *Сл. гласнику БиХ*, 23/00; *Сл. гласнику Републике Српске*, 36/00 (са издвојеним мишљењима судија проф. др Снежане Савић, проф. др Витомира Поповића, доц. др Звонка Миљке, Мирка Зовка и Hansa Daneliusa).

суд је раздвојио расправљање и одлучивање о појединим питањима, тако да је донио четири дјелимичне одлуке, од којих је најзначајнија трећа дјелимична одлука, јер иста садржи одлуку о конститутивности народа у Босни и Херцеговини.<sup>5</sup> Ова одлука је донесена већином гласова, „пет према четири“ (три гласа „за“ судија из реда страних држављана и два гласа „за“ судија из реда бошњачког народа, док су судије из реда српског и хрватског народа гласале „против“), а њена суштина је да су сва три народа, без обзира на постојање ентитета и сложено државно уређење Босне и Херцеговине, конститутивна на цијелој територији Босне и Херцеговине.<sup>6</sup> Основа свих издвојених мишљења састоји се у тврдњи да се овом одлуком мијења Устав Босне и Херцеговине који је јасно утврдио да се Босна и Херцеговина састоји од два ентитета и да у њима, а и на нивоу Босне и Херцеговине, народи Босне и Херцеговине (Бошњаци, Срби и Хрвати) остварују конститутивност тако да изворно Срби своју конститутивност остварују у Републици Српској, а тиме и у Босни и Херцеговини; Хрвати и Бошњаци у Федерацији Босне и Херцеговине (сагласно Вашингтонском споразуму који садржи Устав Федерације Босне и Херцеговине), а тиме и у Босни и Херцеговини. Ово потврђују већ наведени чланови Устава Босне и Херцеговине као и чланови I/ 1, 3; III/ 1, 2 и 3; IV/1a, б; V/1; VI/1a; VII/2 (Савић, 2000: 125-126). Приликом одлучивања у овом предмету, „између осталог, Уставни суд БиХ је требало да одговори на два питања: прво, да ли преамбула која није укључена у 'нормативни' део устава представља 'саставни' део тог устава; и друго, да ли преамбула може имати нормативни карактер будући да се њоме не предвиђају права и обавезе“ (Симовић, 2019: 100). Уставни суд је прво заузео став да су прембуле Устава БиХ и Устава Републике Српске саставни дио устава, као и да имају нормативни карактер, те се упустио у оцјену њихове сагласности и уставности, при чему није било сагласности између судија (Симовић, 2019: 100-107). Дакле, ова одлука Уставног суда БиХ је важна из два разлога. Њоме је, прегласавањем до којег је дошло на претходно описани начин, одлучено

5 Суштина одлучивања у предметној одлуци се сводила на питање да ли је конститутивност народа у Босни и Херцеговини задовољена њиховом конститутивношћу у оквиру ентитета, односно Срба на територији Републике Српске, а Хрвата и Бошњака на територији Федерације БиХ, или конститутивност треба схватити као конститутивност свих на цијелој територији БиХ, односно у оба ентитета.

6 Указујемо на парадокс да ова одлука Уставног суда БиХ има огроман утицај на све конститутивне народе и Босну и Херцеговину у цјелини, а да су против ње гласале судије два од три конститутивна народа, тј. да су „за“ биле судије једног (бошњачког) народа, којем је припадао и покретач поступка, те три иностране судије, при чему је судија Ханс Данелијус (Hans Danelius) издвојио своје мишљење у погледу образложења одлуке.

да је неуставна одредба Устава Републике Српске (из члана 1) према којој је Република Српска одређена као држава српског народа. Други разлог због којег је ова одлука важна је у томе што се поставило питање правне природе преамбуле Устава БиХ, посебно о оном њеном дијелу (последњој реченици) у којој је наведено да „Бошњаци, Хрвати и Срби, као конститутивни народи (заједно са осталима) и грађани БиХ овим одлучују да Устав Босне и Херцеговине гласи...“. Из овог дијела преамбуле хтјело се, пошто о томе нема ни ријечи у нормативном дијелу Устава БиХ, извести закључак о томе да тај устав прописује конститутивност Срба, Бошњака и Хрвата на читавој територији БиХ, а не само на нивоу институција БиХ како, иначе, произлази из нормативног дијела Устава БиХ. Због тога је, дакле, „без правног и научног основа, требало дати нормативни карактер наведеној последњој реченици преамбуле Устава БиХ“ (Благојевић, 2012: 145). Међутим, за такав став, од укупно девет судија, гласало је двоје судија Бошњака и двоје судија странаца, док из издвојеног мишљења судије Ханса Данелијуса сасвим јасно произлази да и он (као и судије из реда српског и хрватског народа) сматра како у преамбули Устава БиХ, с обзиром на њену садржину, нема нормативних исказа који би правно обавезивали. Истина, судија Данелиус у издвојеном мишљењу наводи да одредбу члана 1 Устава Републике Српске сматра супротном чл. II/4 и II/6 Устава БиХ јер, по њему, садржи дискриминаторан елемент који се огледа у томе што је њиме прописано да је Република Српска држава српског народа и свих њених грађана. Остављајући по страни правну (не)утемељеност овог дијела издвојеног мишљења судије Данелиуса, која би се могла оспоравати, овдје је од важности онај дио његовог мишљења у којем је више него јасно истакао да преамбула Устава БиХ не садржи нормативно-правне исказе и да стога није правно обавезујућа. Међутим, то није била препрека за судије Бошњаке (Касим Бегич и Азра Омерагић) и преостале судије странце (Louis Favoreu, Joseph Marko) да свом мишљењу додају и мишљење судије Данелиуса. Наиме, у образложењу већинске одлуке су навели: „Будући да свака одредба устава ентитета мора бити конзистентна са Уставом БиХ, укључујући и Преамбулу овог устава, одредбе Преамбуле пружају правну основу за преиспитивање свих нормативних аката нижег реда у односу на Устав БиХ док год поменута преамбула садржи уставне принципе који, према ријечима канадског Врховног суда, описују сфере надлежности, досег права и обавеза, или улоге политичких институција. Одредбе преамбуле онда нису само описне, већ им је такођер дата моћна нормативна снага, те оне представљају ваљан стандард за судску контролу Уставног суда...“ Суд закључује: „Како год неодређен био језик Преамбуле Устава БиХ због овог недостатка дефиниције статуса Бошњака, Хрвата и Срба као

конститутивних народа, она јасно означава све њих као конститутивне народе, тј. као народе.” „Како се може видјети, четворо судија које су остале у мањини све вријеме говоре на начин да се може закључити како су све судије Уставног суда донијеле овакву одлуку у погледу правне природе преамбуле Устава БиХ. Међутим, то не само да не одговара стварности већ представља њено фалсификовање“ (Благојевић, 2012: 149).

Одлука Уставног суда је имплементирана „доношењем“ Амандмана LXVI–XCII на Устав Републике Српске, које је својом вољом наметнуо високи представник (тада Волфганг Петрич) у БиХ. Народна скупштина Републике Српске 4. априла 2002. године усвојила је амандмане на Устав Републике Српске (LXVI–XCII), који су на захтјев високог представника достављени ОХР-у. Високи представник је донио Одлуку о измјенама и допунама Устава Републике Српске, којом се одобравају достављени амандмани и захтијева њихово објављивање са промјенама на Амандмане LXXI, LXXXII и LXXXV које је он навео, притом и сам доносећи додатни Амандман XCII.<sup>7</sup>

Наведеним амандманима успостављено је Вијеће народа Републике Српске. Дакле, формирана је потпуно нова институција која прије тога није била дефинисана Уставом.<sup>8</sup> Дефинисан је појам виталног националног интереса.<sup>9</sup> Промијењена је надлежност Народне скупштине Републике Српске и дефинисан положај Вијећа народа у државно-правном поретку.<sup>10</sup> Једностраним волунтаризмом високог представника измијењено је

7 Амандмани на Устав Републике Српске као и Одлука Високог представника којом се доносе амандмани на Устав Републике Српске објављени су у *Сл. гласнику Републике Српске*, 1/02. Високи представник је тако дјеловао као уставотворна власт, што и није био једини случај, када су у питању ентитетски уставни, јер је то исто чинио и касније спроводећи реформе, као нпр. правосуђа.

8 Вијеће народа нема карактер другог парламентарног дома, али има децидирано, системом позитивне енумерације, утврђене надлежности којима се штите витални национални интереси свих конститутивних народа у Републици Српској.

9 Амандманом LXXXVII је допуњен чл. 70 Устава, те је утврђено да виталне националне интересе конститутивних народа чине сљедећи садржаји: остваривање права конститутивних народа да буду адекватно заступљени у законодавним, извршним и правосудним органима власти; идентитет једног конститутивног народа; уставни амандмани; организација органа јавне власти; једнака права конститутивних народа у процесу доношења одлука; образовање, вјероисповијест, језик, његовање културе, традиције и културно наслеђе; територијална организација; систем јавног информисања; и друга питања која би се третирали као питања од виталног интереса уколико тако сматрају двије трећине једног од клубова делегата конститутивних народа у Вијећу народа.

10 Закони и други прописи које изгласа Народна скупштина а који се тичу питања виталног националног интереса било којег од конститутивних народа ступају на снагу тек након усвајања у Вијећу народа.

уставно устројство у уставотворном и законодавном контексту и статус Републике Српске у БиХ. Народна скупштина више не може самостално доносити измјене Устава, или пак нови Устав у цјелини, јер је предвиђено да Вијеће народа у уставотворном поступку има равноправан статус. Штетне посљедице оваких измјена могле су се видјети када су у Народној скупштини усвојени Амандмани СХХII-СL на Устав Републике Српске двотрећинском већином. Међутим Клуб Бошњака у Вијећу народа је гласао против усвајања амандмана на Устав што је онемогућило њихово доношење (Савић, 2011: 209). Такође, у законодавној процедури постоје „велики проблеми у погледу трајања самог законодавног поступка, јер најчешће Клуб Бошњака злоупотребљава витални национални интерес у политичке сврхе, на основу чега се у доношење закона мора укључити Вијеће за заштиту виталног интереса при Уставном суду Републике Српске. Све ово значајно временски продужава поступак доношења закона“ (Савић, Васиљевић, 2023: 236). У погледу структуре органа државне власти у Републици Српској, успостављен је нови уставни принцип према којем ће најмање четири члана једног конститутивног народа бити заступљено у Народној скупштини. Састав Вијећа народа биће паритетан, тако да сваки конститутивни народ има исти број посланика.<sup>11</sup> Утврђено је уставно начело по којем се учешће припадника конститутивних народа у вршењу највиших функција у Републици обезбјеђује приликом избора председника Народне скупштине, председника Владе, председavajuћег Вијећа народа, председника Уставног суда, председника Врховног суда, и републичког тужиоца.<sup>12</sup> Провођење одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине о конститутивности народа захтијевало је да се утврди да председник Републике има два потпредседника из различитих конститутивних народа, а промјењена је и структура Владе Републике Српске.<sup>13</sup>

11 Вијеће народа има по осам чланова из сваког конститутивног народа и четири члана из реда осталих. Остали имају право да равноправно учествују у поступку већинског гласања. Чланове Вијећа народа бира одговарајући клуб посланика у Народној скупштини.

12 Амандманом LXXVI утврђено је да се за највише двије од ових функција могу изабрати лица из истог конститутивног народа или из реда осталих народа и грађана.

13 Амандман LXXXIII се односи на председника и потпредседнике Републике, а Амандманом LXXXIV поред осталог, утврђено је да председник и потпредседници Владе не могу бити из истог конститутивног народа. Након потпуног провођења Анекса 7, најмање 15% чланова Владе треба да буде из једног конститутивног народа, најмање 35% чланова Владе мора бити из два конститутивна народа, а један члан из реда осталих народа и грађана. Међутим, у прелазном периоду, до спровођења Анекса 7, Влада Републике Српске (председник Владе и 16 министара) састоји се од осам министара из реда српског, пет из реда бошњачког и три из реда хрватског



Сличне промјене извршене су и у Уставу Федерације БиХ, такође дјеловањем високог представника.<sup>14</sup> Стога можемо закључити да је у складу са одлукама Уставног суда Босне и Херцеговине о конститутивности народа у Босни и Херцеговини значајно промијењен Устав Републике Српске (као и Федерације БиХ), нарочито у дијелу који се односи на организацију државне власти. Важно је рећи да питање конститутивности народа није само утицало на промјену организације државне власти, већ и на облик политичког режима у ентитетима. Наиме, „у Републици Српској политички режим већинске представничке демократије замијењен је режимом консоцијативне демократије, док је у Федерацији Босне и Херцеговине у политички режим консоцијативне демократије укључен још један друштвени сегмент – Срби као конститутивни народ“ (Марковић, 2021: 141).

Као што видимо, поред институција власти предвиђених Уставом БиХ и ентитетским уставима, као посебна институција дјелује и високи представник, чије постојање је предвиђено Анексом Х Дејтонског мировног споразума. Високи представник ослањајући се на екстензивно тумачење својих овлаштења из Анекса Х, а након Бонске конференције Савјета за имплементацију мира из 1997. године, наметнуо је не само амандмане на ентитетске уставе већ и велики број системских закона који су утицали на преобликовање државног уређења и организације власти Босне и Херцеговине. Међу њима издвајамо законе који су предвиђали оснивање нових институција што је директно утицало на промјену организације власти утврђене Уставом БиХ. У такве законе убрајамо Закон о државној граничној служби,<sup>15</sup> Закон о Суду БиХ,<sup>16</sup> Закон о Високом судском и тужилачком савјету БиХ,<sup>17</sup> Закон о тужилаштву БиХ,<sup>18</sup> Закон о Савјету министара<sup>19</sup> итд. Високи представници нису имали никакав (ваљан) правни основ за овакво дјеловање и наметање амандмана на Устав Републике Српске и закона, како на ентитетском, тако и на заједничком

---

народа. Једног министра из реда осталих може именовати предсједник Владе из квоте најбројнијег конститутивног народа.

14 Одлука којом се доносе Амандмани на Устав Федерације БиХ XXXVII-LIV (*Sl. novine FBiH*, 16/02); Амандмани LXVIII – LXXXVII (*Sl. novine FBiH*, 52/02).

15 Закон о државној граничној служби, *Сл. гласник БиХ*, 2/00.

16 Закон о Суду БиХ, *Сл. гласник БиХ*, 20/00.

17 Закон о Високом судском и тужилачком савјету БиХ, *Сл. гласник БиХ*, 15/02.

18 Закон о тужилаштву БиХ, *Сл. гласник БиХ*, 24/02.

19 Закон о Савјету министара, *Сл. гласник БиХ*, 38/02. Овим законом дошло је до значајних промјена у саставу Савјета министара. У односу на ранији састав, Савјет министара је проширен са три нова министарства: Министарство комуникација и транспорта, Министарство правде и Министарство безбједности.

нивоу. У свакој држави, па тако и у Босни и Херцеговини, о односу општих аката (закона) према уставу одлучује Уставни суд БиХ. Уставни суд се најприје упустио у оцјењивање уставности закона које је донио високи представник, односно огласио се надлежним за преиспитивање уставности његових аката, а затим доносио одлуку да су ти закони у складу са Уставом БиХ. Међутим, Уставни суд притом није имао јединствен став, нити досљедну праксу. Поједини ставови и закључци већинских одлука Уставног суда се умногоме разликују и од општеприхваћених схватања у правној теорији, што се, прије свега, односи на појам закона као општег правног акта.

### **3. Уставни суд Босне и Херцеговине и оцјена уставности аката високог представника – да ли је Уставни суд остварио улогу заштитника Устава БиХ?**

#### ***3.1. Правни положај високог представника за БиХ***

Институција високог представника успостављена је Анексом Х (Споразум о цивилном спровођењу мирног рјешења) Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (Дејтонски мировни споразум). Овим анексом високи представник није добио законодавна, извршна и наредбодавна овлашћења, него је утврђено да надгледа спровођење мировног рјешења, одржава тијесне контакте са странама уговорницама, координира активности цивилних организација и агенција, сугерише и савјетује одређена рјешења, те периодично извјештава о напретку и примјени мировног споразума. Он по слову овог споразума олакшава властите напоре страна уговорница, помаже домаћим институцијама, надгледа, савјетује, али не ствара правни поредак. Из овог анекса не произилази никакво доношење амандмана на уставе ентитета, закона и других прописа, умјесто легалних и легитимних органа двају ентитета као и институција Босне и Херцеговине, а што је високи представник чинио. Поред високог представника, успостављено је и Вијеће (Савјет) за имплементацију мира (Peace Implementation Council – PIC), чијим декларацијама је дошло до проширивања овлаштења и надлежности високог представника. Постојање Савјета за имплементацију мира није предвиђено нити утврђено Дејтонским мировним споразумом, односно Анексом IV (Устав БиХ) и Анексом X.<sup>20</sup> Савјет је конституисан у Лондону, 8. и 9. 12. 1995. године, након закључивања Дејтонског мировног споразума. Министри вањских послова држава чланица Вијећа за имплементацију

<sup>20</sup> Вијеће се састоји од 58 чланова. Чланови су оне државе и организације које активно учествују у спровођењу Дејтонског споразума о миру.

мира и представници међународних организација редовно се састају како би се договарали о корацима потребним за провођење циљева утврђених Дејтонским споразумом о миру (Petritsch, 2002: 61). Савјет је успоставио Управни одбор, који под руководством високог представника дјелује као извршни орган Савјета за имплементацију мира. Треба истаћи да је конституисање Савјета за имплементацију мира и његовог Управног одбора, као и проширивање овлашћења високог представника било без сагласности страна уговорница. Високи представник приликом доношења својих одлука којима је мијењао уставе ентитета, доносио законе, смјењивао изабрана и постављена лица са њихових функција, позивао се на Анекс X, односно на члан V овог Анекса, као и на одредбе Декларација Савјета за имплементацију мира, прије свега Бонске декларације (члан XI/2). Одредба члана V Анекса X експлицитно говори да је високи представник у улози тумача одредби Споразума. Међутим, у пракси се високи представник јавио у улози ствараоца права, доносећи и проглашавајући амандмане на уставе ентитета, законе, на нивоу БиХ и у ентитетима. Једно је тумачење права, а нешто сасвим друго је стварање права. Треба истаћи да Бонска декларација није експлицитно утврдила овлашћење високог представника да доноси законе односно да супституише законодавне органе, прије свега Парламентарну скупштину, већ да доноси „привремене мјере“ умјесто Предсједништва и Савјета министара. Али под видом „привремених мјера“, високи представник је доносио законе умјесто легалних и легитимних законодавних органа ентитета и Босне и Херцеговине (Чавошки, 2005: 301). Карлос Вестендорп, тадашњи високи представник који је учествовао на Бонској конференцији, касније је признао: „На Бонској конференцији успјели смо да уведемо начин на који високи представник може да доноси те одлуке, што, правно гледајући, није баш у складу са Дејтоном... Морам признати да то и није било баш легално” (Merdzanovic, 2015: 256). Метју Периш (*Matthew Parish*) пише да је након бонског састанака, „високи представник изненада, од „помоћника и медијатора“, постао издавалац обавезујућих одлука познатих као „бонска овлашћења”. Периш признаје да је бонска изјава РС-а „сасвим супротна духу и тексту Анекса 10. Дејтонског споразума, и правно је потпуно неодбрањива“ (Parish, 2007: 14). У детаљној правној анализи бонских овлашћења у журналу међународног права Тим Бенинг (*Banning*) закључује: „Бонска овлашћења не могу се квалификовати као законом дато овлашћење. Њихово постојање је моћна, али обманујућа правна фикција“ (Banning, 2014: 302). Дакле, овлашћења високог представника јесу проширивана декларацијама Савјета за имплементацију мира, али умјесто да своја овлашћења темељи на одредбама овог анекса као међународног уговора јавноправног карактера као и Устава БиХ, он је

своја овлашћења темељио на разним политичким декларацијама, као актима политичког карактера, једног политичког тијела чије постојање није предвиђено Дејтонским мировним споразумом. Отуда произлази његова арбитрарност, јер ако је Устав Босне и Херцеговине саставни дио споразума, онда тај Устав обавезује и високог представника, нарочито у погледу досљедне примјене чланова I, II и III/5a Устава Босне и Херцеговине (Ибрахимагић, 2003: 73). Високи представник је дјеловао „као уставотворна власт и законодавна власт, доносећи законе којима је успостављао нове надлежности Босне и Херцеговине и њене нове институције и на тај начин извршио ревизију Устава Босне и Херцеговине (Пилиповић, 2023: 269).<sup>21</sup> Међутим, са теоријскоправног аспекта спорна је та његова дјелатност која се у протеклом периоду манифестовала у учествовању или директном мијешању у уставотворну, законодавну, извршну и судску власт, а што није предвиђено нити одредбама Анекса X нити одредбама Анекса IV, тј. одредбама Устава Босне и Херцеговине. При томе, основно питање је: како се могу без пристанка страна уговорница мијењати, тумачити и проводити дејтонски и постдејтонски документи? (Дмичић, 2005: 172-173). У пракси се показало да може, а Савјет за имплементацију мира, и високи представник најбољи су показатељ за то. Високи представник, односно његова Канцеларија, дјелује као посебан апарат који о свему одлучује, а нема одговорности према домаћим властима, односно онима који су се и сагласили да се успостави. Стога се може рећи да „он на овај начин постаје једна посебна, суверена институција у Босни и Херцеговини, а не институција међународне заједнице која је дужна да у Босни и Херцеговини олакша примјену цивилног дијела Општег оквирног споразума за мир“ (Савић, 2004: 60-61). Он је несумњиво „доминантна политичка фигура у систему а то значи да у Босни и Херцеговини нема демократије, па је самим тим и федерализам готово немогућ“ (Станковић, 2017: 350).

Имајући у виду чињеницу да су акти високог представника инкорпорирани у правни поредак Босне и Херцеговине, поставља се питање односа тих аката према Уставу БиХ. У свакој држави, па тако и у Босни и Херцеговини, о односу општих аката (закона) према уставу, одлучује Уставни суд. Уставни суд БиХ је оцјењивао уставност неких од закона које је донио високи представник, при чему није имао јединствен став, нити досљедну праксу, о чему ће бити нешто више ријечи.

21 Тако је својим законима успоставио Државну граничну службу, Суд БиХ, Тужилаштво БиХ, Високи судски тужилачки савјет БиХ, Министарство безбједности, Министарство правде итд., чиме је директно утицао на промјену организације власти Босне и Херцеговине и промјену надлежности Босне и Херцеговине и ентитета (О томе вид. Пилиповић, 2017: 418-442).

### 3.2. Одлуке Уставног суда БиХ у погледу уставности закона високог представника за БиХ

Пред Уставним судом БиХ оправдано се поставило питање уставности, и са формалноправног и са материјалноправног аспекта, закона којег је донио високи представник. Међутим, Уставни суд је стао на становиште да „није надлежан да оцјењује овлашћења Високог представника за Босну и Херцеговину, али да је истовремено ова институција супституирала домаће институције, те да се закон може испитивати са материјалноправног аспекта, тј. аспекта његове садржине односно њене усклађености са Уставом БиХ“ (Савић, 2005: 127), што је с теоријскоправног аспекта проблематично и спорно. Овакав став Уставни суд БиХ је навео у својој одлуци у поступку оцјене уставности Закона о Државној граничној служби Босне и Херцеговине, као једног од првих закона које је донио високи представник. Наиме, високи представник за Босну и Херцеговину, дана 13. 1. 2000. године, донио је Закон о државној граничној служби Босне и Херцеговине,<sup>22</sup> којим је успостављена гранична служба у надлежности Босне и Херцеговине, ради вршења послова заштите границе и безбједности аеродрома што су до тада обављале ентитетске полиције. Једанаест чланова Представничког дома Парламентарне скупштине из реда српског народа пред Уставним судом Босне и Херцеговине покренули су поступак за оцјену уставности овог закона, и са материјалноправног и са формалноправног аспекта. Подносиоци захтјева су истицали да високи представник нема овлашћење за доношење закона, односно наметања истог, у случају да га не изгласа Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине, јер за то нема овлашћења нити према Анексу X, па чак нити према ставу XI/б2 Бонске декларације. Подносиоци захтјева су истицали и да је закон супротан члану III/ 1, 4, 5 као и члану V/3, III/2ц, III/3а Устава Босне и Херцеговине. Дакле, у поднесеном захтјеву за оцјену уставности тражена је оцјена и формалноправног и материјалноправног аспекта уставности наведеног закона.

Одлучујући о овом захтјеву Уставни суд Босне и Херцеговине је донио одлуку У-9/00,<sup>23</sup> да је овај закон, у материјалноправном смислу, у складу са Уставом Босне и Херцеговине. Овакву одлуку Суд је донио већином гласова, при чему су судије из Републике Српске издвојиле своје мишљење, које је било у супротности са већинским мишљењем.

22 Одлука којом се доноси Закон о државној граничној служби Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, 2/00.

23 Одлука Уставног суда У-9/00, са издвојеним мишљењем судија објављена је у *Сл. гласнику БиХ*, 1/01.

Међутим, у већинској одлуци Уставни суд је заузео поједине ставове који су спорни са теоријскоправног аспекта. Одлучујући у овом предмету, Суд је већински заузео став да није надлежан да улази у оцјену овлашћења високог представника да доноси законе, тј. да „овлашћења Високог представника (као ни вршење тих овлашћења) која произилазе из Анекса 10, резолуција Савјета безбједности и Бонске декларације, нису подложне контроли Уставног суда, јер се ради о међународној институцији. Суд истовремено оцјењује да је Високи представник, у својству међународног органа, супституисао домаће власти и интервенисао у правни систем Босне и Херцеговине. Он је, стога, дјеловао као власт (институција) БиХ, а закон који је он донио је природе домаћег закона, те се овај закон мора сматрати законом Босне и Херцеговине и као такав може испитивати са материјално-правног аспекта.“

Уставни суд Босне и Херцеговине, дакле, стао је на становиште да може испитивати наведени закон са материјалноправног аспекта, не улазећи притом у формални аспект - оцјену овлашћења високог представника за доношење закона, сматрајући да се ради о специфичној међународноправној институцији у Босни и Херцеговини. Чињеница да је Закон о државној граничној служби донио високи представник, а не Парламентарна скупштина, према мишљењу већине судија, не мијења његов статус закона, ни у његовој форми, будући да је овај закон објављен као такав у Службеном гласнику БиХ 26. јануара 2000. године. Аналогно томе, Суд је стао на становиште да наведени акт може испитивати са материјалноправног аспекта, те је Закон о Државној граничној служби прогласио сагласним са Уставом Босне и Херцеговине.

Судије које су издвојиле мишљење сматрале су да Уставни суд БиХ није надлежан за испитивање тих аката, јер они са формалне стране и са позиције Устава БиХ нису домаћи закони. У прилог томе иде и чињеница да су домаће власти дужне да их усвоје у истом садржају и у истој форми. Тако судија проф. др С. Савић у издвојеном мишљењу истиче да „овакво схватање суда није у складу са општим појмом закона, нити пак даје довољну аргументацију за одређивање карактера овог акта, па самим тим и његове уставности. Дакле, садржински посматрано, са материјалног аспекта, ови акти јесу законски акти. Међутим, ако се суд не упушта у оцјену овлашћења за доношење овог акта са образложењем ‘да то не треба чинити’, и истовремено прихвата испитивање материјалноправног аспекта овог акта, поставља се питање како се може оцијенити да је у конкретном случају ријеч о закону који уобичајено подразумјева оба аспекта. Оцјена која се заснива на имену акта и његовом објављивању у Службеном гласнику БиХ свакако није довољна. Својство закона, као правног акта, са формалног аспекта одређено је надлежношћу за

његово доношење, поступком доношења и његовом материјализацијом, а не само последњим елементом, што у овом случају служи као основ за одлуку суда.“ Истичемо да поимање и схватање закона као правног акта, његове форме и садржине судије С. Савић има упориште у правној теорији. Тако Радомир Д. Лукић (Лукић, 1970: 234) истиче да под законом као извором права подразумевамо „само оне акте који су истовремено и закони у формалном и закони у материјалном смислу, тј. само оне акте које доноси законодавни орган у законодавној форми и који садрже опште норме. Не обухватамо под тим појмом ни законе у формалном смислу који нису истовремено и закони у материјалном смислу, пошто садрже појединачне норме, ни законе у материјалном смислу који нису истовремено и закони у формалном смислу“. Сваки правни акт има свој облик (форму) који се састоји од три елемента. У том смислу, може се рећи да се „веома често у правној теорији истичу три основна елемента из којих се састоји сваки облик правног акта. Облик или форму правног акта одређују: инстанца надлежна за доношење - орган надлежан за доношење правног акта, поступак доношења акта - процедуре потребне за његово доношење, и материјализација акта - подесност за чулно опажање и изражавање правног акта“ (Вукадиновић, Степанов, 2003: 305). Исто тако, и теоретичар права Фуад Мухић (Мухић, 2002: 250) наводи да правни акт има материјални и формални дио и да се оба дијела налазе у узајамном јединству и условљености. Миодраг Јовичић (Јовичић, 1977: 83) у дефинисању закона такође узима јединство формалног и материјалног аспекта, када каже да би могли као закон „означити правни пропис који под тим називом, по посебном поступку, доноси највише представничко тијело у земљи, којим се регулишу најважнији друштвени односи и који, после устава, имају највећу правну снагу“. Али, као што смо рекли, Суд је већином гласова стао на становиште да се акт високог представника може сматрати законом, те да се исти може испитивати са материјалноправног аспекта, не улазећи у формални аспект – оцјену овлашћења високог представника за доношење закона, сматрајући да се ради о специфичној међународноправној институцији у Босни и Херцеговини.

Међутим, у једном другом, сличном, предмету, Уставни суд је поступио на другачији начин. Наиме, поступајући по захтјеву члана Предсједништва Босне и Херцеговине испред хрватског народа, А. Јелавића, а у погледу оцјене уставности чланова 60б и 1212 Правила и прописа Привремене изборне комисије (ПИК), већинском одлуком Суда<sup>24</sup> одлучено је да се исти одбаци због ненадлежности. За разлику од претходног предмета (У-9/00), када је тражена оцјена и формалноправног

24 Одлука у предмету У-40/00. Одлука са издвојеним мишљењима о неслагању са већинском одлуком објављена је у *Сл. гласнику БиХ*, 13/01.

и материјалноправног аспекта уставности, а суд се огласио надлежним, у овом другом случају, када је тражена само оцјена материјалноправног аспекта уставности, суд се оглашава ненадлежним. Тако се из наведеног сасвим јасно може видјети различит приступ Суда у два случаја. Наиме, институција високог представника је специфична институција међународноправног карактера чији је статус регулисан Анексом X Општег оквирног споразума за мир, ПИК, односно ОСЦЕ, такође, према Анексу III Општег оквирног споразума за мир, као специфичан субјективитет, испред међународне заједнице има специфична овлашћења у БиХ. Уколико је Уставни суд БиХ стао на становиште да је овлаштен да испитује уставност аката високог представника, који су по својој садржини закони, не улазећи дакле у њихов формалноправни аспект, што је у првом случају и био захтјев, то је исто морао учинити и у овом случају, поготово стога што се у овом случају тражила само оцјена материјалноправног аспекта уставности ових правила.

Различитост и супротстављеност мишљења судија Уставног суда по овим питањима нарочито је дошла до изражаја приликом одлучивања о уставности Закона о Суду БиХ<sup>25</sup> којег је такође донио високи представник за Босну и Херцеговину, 12. новембра 2000. године. Уставни суд је донио већинску одлуку да је Закон о Суду БиХ у складу са Уставом БиХ, иако се ни високи представник приликом доношења овог закона није позвао на одредбе Устава. Двадесет пет посланика Народне скупштине Републике Српске поднијели су Уставном суду БиХ захтјев за оцјену уставности овог закона, у којем су тражили да Уставни суд БиХ одлучи да ли постоји уставни основ за доношење овог закона, односно успостављање овог суда, с обзиром на то да оваква институција није предвиђена Уставом БиХ, те да ли доношење овог закона крши члан III/3а Устава БиХ. Одлучујући у овом предмету,<sup>26</sup> Уставни суд је већинским мишљењем (5 : 4) одлучио да је Закон о Суду БиХ у складу са Уставом Босне и Херцеговине. Већинско мишљење Суда се заснива на оцјени да је ово питање размотрено у контексту члана I/2 Устава БиХ, те чланова III/1, I/7, II и III/5а Устава. У образложењу, између осталог, у тачки 24 стоји: „може се очекивати да ће успостављање Суда Босне и Херцеговине бити важан елемент у осигурању да институције Босне и Херцеговине дјелују у сагласности са владавином права и да задовољавају услове Европске конвенције у погледу правичних суђења пред судом и ефективних правних лијекова...“, а у тачки 25 и

25 Одлука којом се доноси Закон о Суду БиХ, *Сл. гласник БиХ*, 29/00.

26 Одлука Уставног суда БиХ са издвојеним мишљењима у предмету број У-26/01 објављена је у *Сл. гласнику БиХ* 4/02, а исправка одлуке (издвојено мишљење судије доц. др Звонка Миљке) објављена је у *Сл. гласнику БиХ*, 6/02. У овом предмету мишљење су издвојиле судије из реда српског и хрватског народа.



26 образложења наведено је да Уставни суд „запажа да док Суд Босне и Херцеговине не почне функционисати, у правном систему Босне и Херцеговине не постоји могућност оспоравања одлука институција Босне и Херцеговине пред органом који испуњава предуслове независног и непристрасног трибунала. У тим околностима Босна и Херцеговина, функционишући као демократска држава, овлаштена је да у областима из њене надлежности, осим Уставом изричито предвиђених, успостави и друге механизме и додатне институције које су јој потребне за извршење њених надлежности, укључујући и успостављање суда за јачање правне заштите њених грађана и осигурање поштовања принципа Европске конвенције о људским правима.<sup>27</sup> Иако није задатак Уставног суда да изражава мишљење о томе да ли неки закон треба бити донесен, Суд ипак запажа да се, успостављањем Суда Босне и Херцеговине, може очекивати већи допринос јачању владавине права, што је један од темељних принципа за функционисање демократске државе.“

Иако је захтјев подносиоца био питање сагласности наведеног закона са чланом III/3а Устава БиХ, из образложења Одлуке може се запазити да Уставни суд нигдје изричито и конкретно није одлучио о сагласности предметног закона са наведеним чланом Устава, што је био обавезан да учини. Овај закон нема за циљ спровођење одлука Предсједништва нити пак осигуравање вршења функција Скупштине, што наводи Суд у већинском образложењу одлуке, већ, напротив, успостављање једне нове судске институције на нивоу БиХ, иако њен Устав познаје само Уставни суд БиХ. Неспорна је чињеница да Устав Босне и Херцеговине осим Уставног суда не предвиђа постојање неког другог суда. Стога судија др Звонко Миљко у издвојеном мишљењу експлицитно наводи да: „не може постојати Суд Босне и Херцеговине, ако га нема у самом Уставу Босне и Херцеговине.“ Он сматра да „овај закон не би могла донијети чак нити Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине, па тако нити Високи представник, који у овом случају супституира Парламентарну скупштину БиХ“, како стоји у самој одлуци Суда. Једини начин за успоставу оваквог суда био би могућ уставном ревизијом, у складу са чланом X/1 Устава Босне и Херцеговине.“

Уставни суд у већинској одлуци, дакле, закључује да Закон о Суду БиХ није противан Уставу Босне и Херцеговине. Међутим, Уставни суд нигдје није изричито дао одговор на питање да ли постоји уставни основ

27 У вези с тим, Уставни суд се позива на члан IV/4а Устава који предвиђа да Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине доноси законе који су јој потребни за спровођење одлука Предсједништва или за вршење функција Скупштине по овом уставу.

за доношење овог закона,<sup>28</sup> те да ли је исти у складу са чланом III/за Устава, што је и био захтјев подносиоца. С друге стране, Суд наводи „да може да се очекује да ће успостављање Суда БиХ бити важан елемент“... „успостављањем Суда БиХ може да се очекује...“ и сл., и на тај начин даје вриједносне оцјене што није задатак Уставног суда, како то већинско мишљење и само констатује, и, упркос томе, то ипак чини. Свакако да је успостављање владавине права један од основних принципа сваке модерне државе. Међутим, задатак сваког уставног суда, па и Уставног суда БиХ, је да кроз заштиту устава и основних принципа правног поретка садржаних у њему, доприноси томе, а не да утврђује које институције држави требају, што је надлежност уставотворца, тј. законодавног органа, а поготово не да оцјењује карактер и улогу тих институција. Уставни суд „суди правним прописима, а не друштвеним или политичким фактима“ (Марковић, 2017: 162). Ово „пренебрегавање Уставног суда је крајње непрофесионално“, (Каран, Алексић, 2016: 112, фн. 27). Тако је, умјесто да у складу са чланом VI/2, 3 Устава БиХ, „подржава (штити) овај Устав“, Уставни суд БиХ штитио и подржавао неправне одлуке високог представника. „Уз издашну помоћ његових судија који нису држављани Босне и Херцеговине, који су имали улогу одлучујућег тега на ваги, Уставни суд је одустајао од уставно сасвим разумног и могућег отпора Савету за примену мира и високом представнику. Уместо да одузму наводно правно дејство таквим поступцима Савета и високог представника, или да, у најмању руку, избегну да својим одлукама екскулпирају од одговорности високог представника и Савет за њихове фактичке радње и грубе узурпације власти заједничких институција и ентитета, Суд је учинио управо супротно“ (Лукић, 2012: 727).

Посљедњи примјер и доказ за наведене тврдње представља доношење амандмана на Устав Федерације БиХ<sup>29</sup> и Закона о измјенама и допунама Изборног закона БиХ<sup>30</sup> од стране високог представника 2. октобра 2022. године,<sup>31</sup> а за које је Уставни суд, у предмету број У-27/22,

28 Специфичност овог предмета јесте чињеница да се ни Високи представник у преамбули своје Одлуке (чији је саставни дио Закон о Суду БиХ) није позвао на Устав Босне и Херцеговине као што је то чинио раније приликом доношења других закона. То значи да је и Високи представник оцијенио да Устав БиХ у чисто правном смислу не садржи основ за доношење овог закона, с обзиром да се на њега не позива.

29 Одлука којом се доносе Амандмани на Устав Федерације БиХ, *Sl. novine FBiH*, 79/22, 80/22.

30 Одлука којом се доноси Закон о измјенама и допунама Изборног закона БиХ, *Сл. гласник БиХ*, 67/22

31 Измјенама Изборног закона БиХ и Устава Федерације мијења се начин именовања и избор председника и два потпредседника Федерације, повећава се број делегата

донио одлуку<sup>32</sup> да су сагласни Уставу БиХ.<sup>33</sup> Уставни суд ни у овом предмету не доводи у питање овлашћење и могућност високог представника да дјелује као уставотворна и законодавна власт, што најбоље илуструје једна реченица у издвојеном мишљењу троје судија, који се нису сложили са већинском одлуком, али само у погледу материјалноправне оцјене уставности. У издвојеном мишљењу судије Мирсада Ђемана, суткиње Angelike Nußberger и судије Ledija Biankua стоји: „Парламент никада не би могао донијети сличне законодавне акте о изборним реформама с таквим ефектом изненађења увечер на дан гласања, као што су одлуке високог представника... Ипак, високи представник може да дјелује у таквом тренутку на основу тзв. бонских овлашћења. Према Уставу Босне и Херцеговине, његове одлуке замјењују редовне законодавне акте“ (курзив је мој). Овакав став судија је апсолутно нетачан, апсурдан, несхватљив, јер Устав БиХ не садржи ниједну одредбу која се уопште односи на високог представника, па самим тим у Уставу не постоји норма која утврђује да одлуке високог представника „замјењују редовне законодавне акте“. Жорж Ведел, некадашњи члан Уставног савјета Француске, говорио је да контролор уставности има право да се користи гумицом али нема право да се користи оловком (наведено према: Florczak-Wator, 2020a: 9).<sup>34</sup>

---

у Дому народа Федералног парламента, уводи се прецизнија контрола и процес поступања по виталном националном интересу, спречава се блокада именовања судија Уставног суда.

32 Одлука Уставног суда БиХ у предмету бр. У-27/22, *Сл. гласник БиХ*, 27/23. Одлука је доступна и на <https://www.bih-pravo.org/odluka-ustavnog-suda-bih-u-27-22-t4628.html>

33 Уставни суд је већинском одлуком (4 : 3) у предмету број У-27/22 утврдио да су амандмани на Устав Федерације Босне и Херцеговине и Закон о измјенама и допунама Изборног закона Босне и Херцеговине у складу са чл. I/2, II/2, III/4 и III/3б) Устава Босне и Херцеговине и чланом 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, чл. 5 и 7 Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације и чланом 25 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

34 Наведено према: М. Florczak-Wator, "Introduction", *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. М. Florczak-Wator), New York 2020a, 9. Стриктно функционално и институционално раздвајање уставног суда и законодавца је доста тешко. Данашњи односи ових двију грана власти карактеристични су по веома интензивној интеракцији, сарадњи и међусобној контроли. Зато енглески појам *check and balance* данас има веома широку палету садржаја. Упркос могућности међусобног утицаја, која је сасвим оправдана, обје гране власти (и уставносудска и законодавна) морају водити рачуна о томе да не уђу у туђе подручје (Симовић, 2020: 65).

#### 4. Закључак

Уставни суд Босне и Херцеговине је једина државна институција у Европи коју чине страни држављани, односно судије странци. Уставни суд је неке од кључних одлука у предметима за оцјењивање уставности усвојио већином гласова судија (5 : 4), при чему је већина судија из Босне и Херцеговине (превасходно судије из реда српског и хрватског народа) била прегласана. У том смислу, морамо кренути од контроверзних дјелимичних одлука Уставног суда у предмету У-5/98, познатог као „одлука о конститутивности“, при чему се не смију занемарити ни издвојена мишљења пет судија у том предмету у којима је истакнуто неслагање са одлуком судског вијећа. Начин на који је имплементирана наведена одлука је супротан одредбама Устава Републике Српске, као и одредбама Устава БиХ, јер је амандмане на Устав Републике Српске својом одлуком наметнуо високи представник без икаквог правног основа. Осим тога, високи представник је дјеловао као уставотворна и законодавна власт, доносећи законе којима је, мимо воље ентитета, успостављао нове надлежности и нове институције Босне и Херцеговине, и на тај начин извршио ревизију Устава Босне и Херцеговине. Високи представник није користио правни, већ политички основ свог дјеловања. Умјесто да своја овлашћења темељи на одредбама Анекса X, као и Устава БиХ, он је своја овлашћења темељио на политичким декларацијама и актима донесеним од стране политичког тијела чије постојање није предвиђено Дејтонским мировним споразумом, односно Уставом БиХ. Уставни суд Босне и Херцеговине огласио се надлежним да оцјењује уставност аката (закона) које је доносио високи представник, а приликом оцјене уставности неких од закона које је донио високи представник Суд није имао јединствен став. Наиме, Уставни суд БиХ, већином гласова судија, формалноправно одлучио је да су ти закони у складу са Уставом БиХ, износећи притом ставове који су са теоријскоправног аспекта спорни, као нпр. схватање појма закона као општег правног акта. Када узмемо у обзир заштиту уставности, садржина захтјева пред Уставним судом, али и образложена одлука суда је, у најмању руку контроверзна (нпр., високи представник има надлежност и могућност „супституирања“ институција Босне и Херцеговине, конкретно Парламентарне скупштине; да према Уставу Босне и Херцеговине његове одлуке замјењују редовне законодавне акте итд.). На тај начин је Уставни суд БиХ умјесто да остварује основну улогу заштите Устава и уставноправног поретка од неуставних промјена, допринио његовој ревизији јер је легализовао дјелатност високог представника стварајући од њега највишу институцију у Босни и Херцеговини. Овакви пропусти у одлучивању Уставног суда са

политичким импликацијама, према нашем мишљењу, битно су утицали на креирање правног поретка и политичких односа у држави. И док се погрешне одлуке политичких институција власти кажњавају политичким средствима – губитком власти на изборима, дотле погрешна процјена правне струке коју оличава и Уставни суд може бити од судбоносног значаја за читаву политичку и правну заједницу. Обавеза је суда да пази да остане у оквиру судске функције, а не да њеним ширењем присвоји надлежност неке натпарламентарне власти, односно постане надуставни орган. Задатак сваког уставног суда, па и Уставног суда БиХ, је да кроз заштиту устава и основних принципа правног поретка садржаних у њему доприноси владавини права, а не да утврђује које институције држави требају, што је надлежност уставотворца, тј. законодавног органа, а поготово не да оцјењује карактер и улогу тих институција. Уставни суд БиХ није испунио наведену обавезу ни задатак.

### Литература/References

Banning, T. (2014). The 'Bonn Powers' of the High Representative in Bosnia Herzegovina: Tracing a Legal Figment, *Goettingen Journal of International Law* 6, 259–302. Преузето: 15. 12. 2023 [https://www.gojil.eu/issues/62/62\\_article\\_banning.pdf](https://www.gojil.eu/issues/62/62_article_banning.pdf)

Благојевић, М. (2012). Како неправо постаје право, *Политеиа*. 3/2012. Факултет политичких наука Бања Лука и Институт за политичке студије Београд. 135-161.

Вукадиновић, Г. Степанов, Р. (2003). Теорија државе и права, Нови Сад: Футура.

Дмичић, М. (2005). Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине - нормативно и стварно. *Зборник радова са научног скупа Република Српска - десет година Дејтонског мировног споразума*. Бања Лука: Академија наука и умјетности Републике Српске. 157-176.

Ibrahimagić, O. (2003). Džavnopravno stanje Bosne i Hercegovine danas. *Ljudska prava, (časopis za sve pravno-političke probleme)* 3-4 (IV). Sarajevo: Institut za ljudska prava Pravnog fakulteta u Sarajevu. 70-75.

Јовичић, М. (1977). *Закон и законитост*. Београд: Радничка штампа.

Karan, S. Aleksić, S. (2016). Ustavni sud Bosne i Hercegovine – od ustavobranitelja do ustavotvorca. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*. 6 (6). Banja Luka: Univerzitet Apeiron. 104-119.

Лукић, Д. Р. (1970), *Увод у право*, Београд: Научна књига.

Лукић, В. Р. (2012). Уставна средства и механизми заштите уставног положаја Републике Српске у Босни и Херцеговини. *Зборник са Научног скупа „Република Српска – двадесет година развоја, достигнућа, изазови,*

перспективе“. Бања Лука: Академија наука и умјетности Републике Српске. 705-732.

Марковић, Г. (2021). *Уставни лавиринт - апорије уставног система Босне и Херцеговине*. Београд: Службени гласник.

Марковић, Р. (2017). *Са уставне осматрачнице*, Београд: Службени гласник.

Merdzanovic, A. (2015). *Democracy by Decree, Prospects and Limits of Imposed Consociational Democracy in Bosnia and Herzegovina*, Stuttgart: Verlag.

Muhić, F. (2002). *Teorija države i prava*, Sarajevo: Magistrat.

Орловић, С. (2008). Уставни суд Републике Србије у праву и политици. *Српска политичка мисао 22/2008*. Београд: Институт за политичке студије. 239-252.

Parish, M. T. (2007). The Demise of the Dayton Protectorate, Inside the Bosnian Crisis: Documents and Analysis, *Journal of Intervention and Statebuilding*, 1, 11-23.

Пејић, И. (2013). Начело подјеле власти и уставно судство. *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права 1963-2013 (округли сто)*, Београд: 55-71.

Petritsch, W. (2002): *Bosnien und Herzegovina: 5 Jahre nach Dayton – Hat der Friede eine Chance?*, Sarajevo: Magistrat.

Пилиповић, М. (2023). Контрверзе стварања права актима високог представника у Босни и Херцеговини, *Зборник радова, „Право између стварања и тумачења“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 253-278.

Пилиповић, М. (2017). Ревизија Устава Босне и Херцеговине кроз одлуке високог представника, *Зборник радова „Двадесет година Дејтонског мировног споразума“*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 418-442.

Савић, С. (2011). *Република Српска у дејтонској Босни и Херцеговини*. Бања Лука: Комесграфика.

Поповић, В. Лукић, В. (1997). *Документи Дејтон – Париз*. Бања Лука: Институт за међународно право и међународну пословну сарадњу.

Савић, С. (2005). Промјене Устава Босне и Херцеговине. *Зборник радова са научног скупа „Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума“*. Бања Лука: Академија наука и умјетности Републике Српске. 117-132.

Савић, С. (2004). Неке специфичности правног поретка Босне и Херцеговине - улога Високог представника за Босну и Херцеговину. *Правна ријеч 1/2004*. Бања Лука: Удружење правника Републике Српске.

Савић, С. (2000). *Конститутивност народа у Босни и Херцеговини*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Савић, М, Васиљевић З, (2023). Подјела надлежности у Босни и Херцеговини између слова и духа Дејтонског мировног споразума – јавноправни и приватноправни аспект. *Зборник радова, „Право између стварања и тумачења“*. Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву. 227-252.

Симовић, Д. (2019). Правни домашај преамбуле устава у уставном систему Босне и Херцеговине, *Зборник радова „Право и вриједности*. Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву. 93–109.

Simović, N. M. Simović, M V. (2020). Ustavni sud Bosne i Hercegovine kao pozitivni zakonodavac, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Godina 10. Br. 10, Banja Luka: Univerzitet Arpeiron. 64-77.

Станковић, М. (2017). Босна и Херцеговина и уставно судство. *Зборник радова „Двадесет година Дејтонског мировног споразума“*. Правни факултет Универзитета Источно Сарајево. 341–354.

Florczak-Wator, M. (2020a). Introduction. *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. M. Florczak-Wator), New York.

Чавошки, К. (2005). Свемогући високи представник. *Зборник радова са научног скупа „Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума“*. Бања Лука: Академија наука и умјетности Републике Српске. 297–318.

#### Прописи

Амандмани на Устав Републике Српске и Одлука којом се доносе Амандмани на Устав Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 21.2002.

Одлука којом се доносе Амандмани на Устав Федерације БиХ. *Службене новине ФБиХ*. Бр. 16. 2002. Бр. 152/02.

Одлука којом се доносе Амандмани на Устав Федерације БиХ. *Службени гласник БиХ*. Бр. 6. 2022. *Службене новине ФБиХ*. Бр. 79.2022 и Бр. 80. 2022.

Одлука којом се доноси Закон о измјенама и допунама Изборног закона БиХ. *Службени гласник БиХ*. Бр. 67. 2022.

Одлука којом се доноси Закон о државној граничној служби. *Службени гласник БиХ*. Бр. 2. 2000.

Одлука којом се доноси Закон о Суду БиХ *Службени гласник БиХ*. Бр. 20. 2000.

Одлука којом се доноси Закон о Високом судском и тужилачком савјету БиХ. *Службени гласник БиХ*. Бр. 15. 2002.

Одлука којом се доноси Закон о тужилаштву БиХ. *Службени гласник БиХ*. Бр. 24. 2002.

Одлука којом се доноси Закон о Савјету министара. *Службени гласник БиХ*. Бр. 38. 2002.

**Судске одлуке**

- Одлука Уставног суда У-5/98 III. *Службени гласник БиХ*. Бр. 23. 2000.  
*Службени гласник Републике Српске*. Бр. 36. 2000.  
Одлука Уставног суда У-9/00. *Службени гласник БиХ*. Бр. 1. 2001.  
Одлука Уставног суда БиХ У- 40/00. *Службени гласник БиХ*. Бр. 13.  
2001.  
Одлука Уставног суда БиХ У-26/01. *Службени гласник БиХ*. Бр. 4.  
2002. *Службени гласник БиХ*. Бр. 6. 2002. (исправка одлуке)  
Одлука Уставног суда БиХ У-27/22. *Службени гласник БиХ*. Бр. 27.  
2023.



**Prof. Milan Pilipović, LL.D.,**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University in Banja Luka,  
Republika Srpska

**THE EFFECT OF THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA ON THE CHANGES IN THE ORGANIZATION OF THE AUTHORITIES OF THE ENTITIES AND BOSNIA AND HERZEGOVINA: Has the Constitutional Court realized the role of protector of the constitution and constitutionality in Bosnia and Herzegovina?**

### **Summary**

The decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina have significantly influenced the changes in the constitutional organization of the authorities and entities of Bosnia and Herzegovina (B&H). In the decision-making processes, the Court judges held diametrically opposed views, and the explanations of the Court's majority decisions were disputed in terms of both theoretical and legal aspects of the matter at issue. By passing the decision on the "constituent power of the people" on the entire territory of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina influenced significant changes in the constitutional organization of the authorities in the two B&H entities: Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina. The manner in which this decision was implemented is contrary to the provisions of the Constitutions of these two entities and the provisions of the Constitution of B&H. In effect, the amendments were imposed by the decision of the High Representative for Bosnia and Herzegovina. The High Representative acted as a constitutional and legislative authority, enacting laws which, against the will of the entities, established new competences and new institutions of Bosnia and Herzegovina and, thus, revised the Constitution of Bosnia and Herzegovina. By accepting the competence to assess the constitutionality of the laws passed by the High Representative for Bosnia and Herzegovina (both two decades ago and today), the Constitutional Court decided that they were in accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina, thus giving legality to the activities of the High Representative and the new institutions of Bosnia and Herzegovina which do not exist in the Constitution of Bosnia and Herzegovina. The decision of the Constitutional Court of B&H influenced the change in the organization of the governing powers in Bosnia and Herzegovina. Therefore, the author concludes that the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina has not fulfilled its role as protector of the Constitution and organization of the authorities of Bosnia and Herzegovina and the two entities.

**Keywords:** Constitutional Court, decision, constitutionality, High Representative, Constitution, entities, Bosnia and Herzegovina.



## II РАДОВИ СТУДЕНАТА

---

---



**Имран Рашљанин,\***

Асистент,

Департаман за правне науке Државног универзитета у Новом Пазару,  
Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfno-40526

ORCID 0000-0003-1193-2746

## ЈЕДНОСТРАНО ОТКАЗИВАЊЕ БРАКА У РИМУ

**Апстракт:** Предмет овог рада је једнострано отказивање брака са аспекта римског права. У римском систему је унилатерално отказивање брака било познато под називом *repudium*. О репудијацији се може говорити и код брака са манусом (*matrimonium cum manu*) и код брака без мануса (*matrimonium sine manu*). У браку са манусом репудијација је била дозвољена само мушкарцу, док у браку без мануса она постаје дозвољена и жени. У раду ћемо приказати какву форму, услове и реперкусије је имала римска репудијација. Током рада ћемо представити улогу *paterfamilias*-а, који до половине доба Републике имао широку власт и без пристанка оца породице брак не би могао да се склопи, односно, био је ништав по правилу *quod nullum est nullum producit effectum*. Постепеном либерализацијом брачних односа улога оца породице се смањује, маргинализује у поступку склапања брака. Репудијација доводи до огромног броја развода, а које је као проблем видео одређени број римских императора, те су својом легислативном функцијом покушали да се томе супроставе.

**Кључне речи:** репудијација, брак са манусом, брак без мануса, унилатерално раскидање брака.

---

\* irasljanin@np.ac.rs

## 1. Увод

Римски правници нису тежили дефинисању ствари и појава бојећи се каснијег редефинисања уколико се установи супротност самој дефиницији. Римљани ипак дефинишу брак, па можемо навести Модестинову дефиницију: „Као везу мушкарца и жене, доживотну заједницу, установу божанског и људског права.“<sup>1</sup> (Дигеста 23. 2. 1). Брак у римском праву није представљао само обједињавање два тела, већ је представљао нешто много више од тога, на првом месту обједињавање две породице (Игњатовић, 2011: 203).

„Римски брак је била фактичка веза између мужа и жене, заснована на *affectio maritalis* (интенција за постајањем мужа и супруге) и кохабитације у улози мужа и супруге уз постојање друштвеног поноса који доноси легитимни римски брак.“ (Verger, 1953: 578). Из ових дефиниција можемо закључити да брак има три елемента и то: а) правну и фактичку везу између супружника; б) упостављање трајне заједнице живота; в) различитост полова.

У зависности од историјског периода у развоју римског друштва разликовале су се форме које су биле предвиђене за склапање римског брака, што нам потврђује широк спектар историјских правних споменика из различитих временских периода. Према одредбама старог римског права, брак се склапао на основу искључиве сагласности *paterfamilias*-а. Без његовог пристанка брак је био ништав, по правилу *quad nullum est nullum producit effectum* (што је ништаво не производи никакво правно дејство). Географским ширењем територије империје је дошло и до модификације права поводом услова за склапање брака, па се поред пристанка шефова породица као услов за склапање законитог брака (*matrimonium iustum*) захтевала се и сагласност будућих брачних другова (*affectio maritalis*). Ово је правна либерализација мушко-женских односа у класичном римском праву. Посткласични период је карактеристичан по доминацији хрушћанства, као званичне религије царства (Меланица, Деретић, 2011: 195). Ово је даље значило да ваљан брак може настати само користећи се хришћанском догмом онако како то тумаче хришћански великодостојници.

<sup>1</sup> *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humani iuris comunicato.* (Модестин) Наведено према: Марија Игњатовић, Тања Китановић, Споразумни развод брака у римском и савременом праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2013. стр. 316.

## 2. Заснивање и облици престанка брака у Риму

Римљани су дозвољавали склапање пуноправног брака само грађанима Рима и то је одлика старог права (Riggsby, 2010: 104). Дакле, брак са свим његовим предностима и побољшањем социјалног статуса је могао склопити само *paterus clausus* људи. Временом одлика ограничености римског права опада те Латини и друге привилеговане групе могу закључивати валидне правне послове (*ius commercii*), за Латине је даље постојала могућност да буду бирани тј. имали су право на активно бирачко право (*ius suffragii*) и пасивно бирачко право (*ius honorum*). Латини нису имали право на пуноправно склапање брака са Римљанкама и тиме нису могли да остваре сва она права која такав један брак доноси, дакле њима је правна способност (*capacitas iuridica*) била ограничена у погледу заснивања брака (*ius conubii*) (Игњатовић, 2018: 220). Како се развијала империја тако се развијала и свест водећих људи, тако да Каракалиним едиктом сви становници империје добијају потпуно грађанство и више матримонијално право није било ограничено на посебан сој људи.

У римском праву постоје три начина престанка брака, а ти начини су споразумно раскидање брака (*divortium*), једнострано отказивање брака (*repudium*) (Станојевић, 1989: 136). Престанак брака на основу смрти једног од брачних другова (*domini mortem coniugi*).

Смрт у римском праву није обухватала само природну појаву одвајања душе од тела, већ римско право познаје и једну другу врсту смрти која се назива грађанском (Mousourakis, 2012: 126). Као пример наводимо губитак грађанског положаја или *capacitas demunitio maxima* (губитак слободе, падање у дужничко ропство), *media* (губитак грађанског статуса) или *minima* (губитак свих повластица које носи име породице којој особа припада. *Minima* се остварује кроз адопцију, удајом жене која ступа у брак са манусом) (Kaser, 1984, 78). Овде треба нагласити да само *maxima* и *media* доводе до раскидања брака.

## 3. Једнострано отказивање брака у Риму

На основу старих римских извора права *repudium* се дефинише као: „Окончавање уговора између супружника или брачног уговора с интенцијом свечаности.“<sup>2</sup> (Дигеста 50. 16. 191). Поред ове дефиниције наилазимо и

2 Уз ову информацију неизбежно је додати да су појам *divortium* односио на супружнике, а појам *repudium* се углавном односио на веренике, мада ни супружницима временом није био стран. Интересантан је овај део који се односи на сегмент свечаности, па стоји да након Октавијана Аугуста није било довољно само вербално раскинути брак, већ је брачни друг морао послати и писмо (*repudium epistula* или *libellus repudii*) којим отказује брачне обавезе, укида права и разрешава се свих дужности брака.

на следећу дефиницију репудијума: „Расплет брака се могао извршити путем споразума брачних другова или једностраним актом једног од супружника.“ (Poste, 1904: 145).

На репудијум треба гледати као на опцију односно одлуку мужа или супруге да раскину брачну заједницу. О једностраном отказивању брака од стране супруге не можемо говорити у периоду брака с манусом, јер жена у таквом браку готово да није имала никаква права. О њеној могућности, о њеној одлуци да раскине брак репудијацијом можемо говорити тек када посматрамо брак без мануса (Меланица, Деретић, 2011: 215). То увећано осамостаљење жене унутар брачне заједнице, последица је начела из класичног периода *libera matrimonia esse debent*, а оно је, другим речима, дало слободу брачним супружницима да сами удређују брачне односе, па и питање развода брака. Са развојем начела слободе брака искристалисали су се начини раскида брака. Ти начини су следећи: а) брак се раскидао одлуком мужа; б) одлуком жене; в) споразумним раскидом брака; г) изузетни раскид брака на захтев патерфамилијаса (Меланица, Деретић, 2011: 215).

Римски правници експлицитно одређују ситуацију када је у питању импотенција мушкараца, па стоји да жена има право на једнострано отказивање брака у ситуацији када њен супруг није у стању да задовољи њене потребе у року од две узастопне године (Mousourakis, 2015: 167). Оно што је овде битно напоменути јесте то да је мушкарац током свих периода Римске републике имао право на једнострано отказивање брака, док је ситуација за женски пол била другачија. Романисти тумачећи правне изворе империје наводе да је жена имала право на репудијацију тек половином периода Републике (Mousourakis, 2012: 126). Жена је дакле имала право на репудијацију свог мужа од 250. године п. н. е.

Након усвајања Миланског едикта о толеранцији из 313. године, којим је допуштено исповедање хришћанства, долази до усвајања и једне конституције 331. године, коју је усвојио Константин. *Stricto sensu* су прописани услови за раскид брака и то: ако је жена блудница тј. ако је извршила прељубу, ако је жена тровачица, ако се бави магијом<sup>3</sup> или ако је подводица. Услови су пак мало другачији када је мушкарац у питању, па стоји да жена има право на раскид брака када је муж убица, када се бави магијом или ако је крадљивац гробова (Теодосијев кодекс, 2. 15. 1)

Савремени романисти тумачећи одредбе о репудијуму истичу да је унилатерални репудијум брака производио правно дејство изговарањем речи „задржи своје ствари за себе“ или „води бригу о својим стварима“

3 Овде није јасно о каквој се магији ради, да ли се ради о магији која раставља мужа од жене или магији која твори илузије или се пак ради о свему ономе што можемо подвести под заједнички именитељ магије.



(Johnston, 1999: 36). Да би се избегла злоупотреба, репудијуму су морала сведочити седморица сведока. Разлог овоме је примарно утврђење легитимности деце, па се онда као секундарна ствар наводи сазнање о томе да ли је неки од брачних другова ступио у неморалне блудне радње (Johnston, 1999: 36). Наводимо још једну интересантну дефиницију у којој стоји да је репудијум: „*једнострана декларација од стране брачног друга коју прати сепарација и то писменим путем, per epistulum – писмо које треба бити потписано од стране седам сведока и које треба бити достављено, директно или индиректно путем гласника (per nuntium)*“ (Berger, 1953: 109).

Поред непосредног начина раскида брака путем репудијума видимо да је постојао и посредни пут који се остваривао путем гласоноше који је имао овлашћење супружника да пренесе другом супружнику глас о раскидању брака. Говори се да је овај посредни начин достављања репудијалног писма био изузетно популаран међу Римљанима (Wenger, Kunkel, 1949: 282). Можемо и разумети зашто је био популаран, јер су се тако избегавале различите неугодности између тада већ бивших супружника и њихових породица.

Овде се поставља питање шта чинити и какав правни ефекат има репудијум који је дат у стању љутње? Одговор на ово питање гласи да уколико је муж послао репудијално писмо у љутњи, а његова супруга се ипак вратила за кратак временски период, брак не би био растављен нити би репудијум производио правне ефекте (Grubbs, 2002: 213).

У Риму се на брак гледало као на приватну правну церемонију и све жеље правника империје да је претворе у јавну церемонију су остале неостварене. Приватност је била одлика римског брака од првог до последњег дана империје. Уз ово можемо навести да су успешни били само покушаји Цркве и њен задатак да регулише матримонијално право. Ово наводимо из разлога што су хришћанске церемоније биле јавне природе, па је и брак требало да буде такав. Међутим, може се наћи податак да те церемоније нису имале императиван карактер, већ су биле искључиво сугестије које даје Црква. (Vikrak, 1907: 308).

#### 4. Форма репудијације

Форму овог римског правног института смо већ у некој мери презентовали кроз спомињање различитих дефиниција, али овде постоји потреба приказивања форме репудијума у целости. Када говоримо о самој поруци тј. писму које садржи репудијум оно би остварило правни ефекат уз формулу „*tuas res tibi habeto*“, што значи: - „узми своју имовину“ или „узми своје ствари“. Поред ове формуле постојала је и још једна која

се примењивала за случај раскида брака: „*mimat illam suam suas res sibi habere jussit, claves ademit exegit*”, што значи: - „наређено јој је да се пакује, одузети су јој кључеви и избачена је из куће.“ (Berger, 1953: 109).

У закону *lex Julia de adulteriis* је такође прописан део форме који се односи на репудијум. Форма има следеће елементе: 1) порука репудијума треба да је достављена од стране слободног човека, дакле роб није могао доставити репудијум ни у којој ситуацији; 2) порука се мора послати у присуству седам сведока који су пунолетни и који су пуноправни грађани Рима; 3) у репудијалној поруци морао је стајати разлог због којег се отказује брак супружнику, па ако и поред овог услова не буде стајао разлог отказивања брака репудијумом то би довело до имовинског кажњавања у погледу одузимања мираза или поклона (Berger, 1953: 109).

У случају непоштовања постављених услова долази до споровођења санкција при чему су санкције имовинскоправне природе најзаступљеније. Тако је, на пример, про хришћанским императором Јустинијаном уведена казна којом се неосновани раскид једностраним отказом брака кажњавао потпуним одузимањем имовине која би се поделила наследницима (Berger, 1953: 110). Ово је поред питања имовине једне особе такође значило и питање дигнитета исте, јер друштво другачије посматра особу која се оправдано раставља од свог партнера у односу на особу која то ради безразложно.

У римском праву наилазимо на две врсте унилатералног раскида брака: *repudium ex iusta causa* и *repudium sine iusta causa*.

Први је означавао оправдану сепарацију између супружника односно један од супружника је с правом отказао брак, док друга врста репудијума означава супротност наведене, па је лице због неоправданог разлога могло бити кажњено инфамијом (*infamy*) (Mousourakis, 2012: 127, фуснота 11). У старом римском праву развод је био дозвољен због специфичних разлога међу које се убраја прељуба, тровање детета, бављење магијом и томе слично. Ово је била пракса све до III века п. н. е. када се све ово модификује на начин да било који од партнера има право да захтева раскидање брака на основу било којег разлога, оправданог или неоправданог. Никакви посебни акти нити формалности нису били потребни за раскид брака једностраним актом отказивања осим у случају брака са манусом, у том случају је била потребна супротна форма односно *diffareatio* или *remancipatio* (Mousourakis, 2015: 110).

Поред претходно наведених услова за ваљаност форме репудијума, постоје романисти који сматрају да услови формалности уопште не постоје и да репудијум остварује своју сврху у сваком могућем смислу (Mousourakis, 2012: 127). Дакле поред ових наведених елемената репудијума романисти сматрају да они нису есенцијалне природе. У том разилажење

међу романистима налазимо да неки чак говоре да репудијално писмо уопште не треба слати, већ је довољно да се брак репудијално оконча у присуству седам сведока који су пунолетни (Grubbs, 2002: 189).

Уколико узмемо у обзир ситуацију умно болесне жене, тј. жену која постала неурачунљива током постојања брака, онда се поставља питање каква форма репудијума је тада могућа? Да ли неурачунљива жена може послати писмо репудијума или ће јој брак бити отказан репудијумом? Стоји да јој се брак може отказати репудијумом јер је она у положају незналице, али она не може отказати брак на исти начин, нити може њен старатељ (*curator*) то учинити, у оваквој ситуацији развод с њене стране може остварити једино отац слањем поруке о разводу (Grubbs, 2002: 190).

Постоје интересантни догађаји током римске историје о употреби репудијума, па ћемо један такав догађај овде навести. Наиме, ради се о оцу који је послао репудијум у име своје ћерке која пак тај репудијум није желела, а њен муж је једва дочекао да захтева мираз приликом тог једностраног отказивања брака. Тадашњи правници су установили да репудијум јесте основан, али оцу није дозвољено да узме своју ћерку и одстрани је од свог мужа противно њеној вољи нити му је дозвољено да поврати сва добра која су дата на име мираза. Такође је установљено да мужу није дозвољено да користи мираз нити да га задржи све док његова жена на то не пристане (Grubbs, 2002: 196–197).

## 5. Реперкусије репудијације

У овом одељку ћемо презентовати ситуацију супружника и њиховог стања након репудијума, те какве ефекте то има на њихову имовину и учињене поклоне, а такође је битно видети како репудијум утиче на потенцијалну имовину деце.

Жена која се раставила од свог мужа путем репудијума, и уз то није доставила ниједан валидан разлог за једнострано отказивање брака трпела би следеће реперкусије: 1) губила би све поклоне које је добила од свог мужа; 2) била би лишена мираза; 3) и била би дата на извршење казне депортације. Уз ову казну протеривања забранили би јој повратак у своје место и могућност склапања брака са другим мушкарцем, али ова санкција немогућности склапања брака је временски ограничена на пет година. Уколико жена трпи ову санкцију и ипак се уда, онда јој следи казна нечасности односно инфамације. Можемо рећи да су ово изузетно ригорозне правне последице које би погађале жену у случају неоснованог слања репудијума и велика цена за плаћање у случају истог. У случају да је њен разлог за репудијум основан, а већ смо писали о томе који су то основани разлози, она би задржала своје поклоне добијене од мужа,

свој мираз и право да борави у кући свога супруга пет година од дана наступања раскида брака (Grubbs, 2002: 196–197).

Реперкусије које би погодиле мужа за неоснован репудијум звуче доста блаже, а оне се огледају у следећем: 1) губио би право на све поклоне добијене од тазбине ткз. предбрачне поклоне; 2) губио би право на мираз (Grubbs, 2002: 204–207).

Овде је изузетно интересантан један детаљ, а то је да уколико репудијум буде послат тамо где постоје син или синови, ћерка или ћерке, а након смрти особе која је примила репудијално писмо, па ако је у питању мајка сав мираз који је отац добио треба презентовати деци и њима га оставити, а случају да је мајка била та која је примила репудијално писмо онда све предбрачне поклоне након њене смрти треба оставити деци из брака који је престао раскидом кроз репудијацију (Grubbs, 2002: 208).

Раскидом брака окончавају се сви социјални, интимни и породични контакти. Утицај репудијума на брачни живот Римљана је био огроман.

Уочавамо да у старом Риму између супружника није постојала опција приближавања ставова, мирења, неке врсте поравнања или медијације. Тога уопште нема или романистима то није познато. Репудијум је у великом мери смањио број постојећих бракова у Риму, заправо до те мере је смањио број бракова да су римски императори водили велику борбу за ограничавање основаних разлога за репудијацију.

## 6. Закључак

Узимајући у обзир све написано можемо рећи да је брак представљао институцију у римском праву која је у почетку захтевала само пристанак оца породице, а касније долази до својеврсне либерализације и да су намера за брачним животом, али и сам пристанак будућих брачних партнера били услови. Унилатерално раскидање брака је играло велику улогу у тим брачним водама јер је, како смо видели, представљало легитимни начин раскидања брака и анулирања свих ефеката које исти твори.

Репудијација је, како смо видели, у почетку била дозвољена само мушкарцима, али половином епохе Републике - ту могућност имају и жене, а с тим у вези жена нема право да у браку са манусом исти својевољно раскине, таква могућност рађа се тек у браку без мануса у којем жена има већи спектар права, па тим и право на једнострано отказивање брака. Оно што представља спецификум репудијације јесте могућност да се репудијално писмо (*libellus repudii*) пошаље у присуству седам сведока, те да писмоноша не може бити роб нити малолетно лице. У том погледу можемо константовати да свечаност репудијације у римском праву у

виду репудијалног писма, постојања седам сведока и гласоноше који исто писмо доставља није позната другим правним системима.

Како репудијација има два своја вида и то безразложну и образложну репудијацију која се односила на прописане разлоге за отказивање брака, можемо рећи да је неоправдана репудијација повлачила за собом одређену врсту стигме коју је актер носио. Даље можемо закључити да постоје последице репудијаце на имовинско-правном плану и то у смислу да постоји очигледна разлика у односу на мушкарца и жену. Имовину и поклоне би одузимали и женама и мушкарцима, међутим треба направити још једну дистинкцију јер би жена била депортована ван града и губила би могућност поновног ступања у брачне воде на период од пет година у ситуацији безразложне, неоправдане репудијације. Установили смо заступљеност овог правног института и да је играо велику улогу, те да су римски императори морали да креирају засебне акте којим би ограничавали могућност коришћења права једностраног отказивања брака.

### Литература/References

Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Transaction of the American Philosophical Society), American Philosophical Society, Volume 43, part 2, City College and French University, New York, 1953.

Andrew Bikrak, *Marriage in Roman law*, Yale Law Journal, Volume XVI, number 5, 1907.

Andrew M. Riggsby, *Roman law and the legal world of the Romans*, Cambridge University Press, University of Texas at Austin, 2010.

David Johnston, *Roman Law in Context*, Cambridge University Press, London, 1999.

Edward Poste, *Institutes of Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, Fourth Edition, London, 1904.

George Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer, Verlag Berlin, Heidelberg, 2012.

George Mousourakis, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Springer International Publishing, London, 2015

Ju Evans Grubbs, *Women and the Law in the Roman Empire, A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, Routledge, London and New York, 2002.

Leopold Wenger, Dr. Wolfgang Kunkel, *Römisches Recht - Römisches Privatrecht, Abriss des Römischen Zivilprozessrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, 1949.

Max Kaser, *Roman private law – a translation*, Fourth edition, University of South Africa, Pretoria, 1984.

Антун Меланица, Наташа Деретић, *Римско право*, десето издање, Правни факултет у Новом саду, Нови Сад, 2011.

Обрад Станојевић, *Римско право*, треће допуњено издање, Београд, 1989.

Научни радови:

Марија Игњатовић, *Saracitas iuridica i status familiae* у римском праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, вол. 57. бр. 78.

Марија Игњатовић, Да ли римски свадбени обичаји живе и данас?, *Годишњак факултета правних наука*, Година 1, Број 1, 2011. Бања Лука.

Марија Игњатовић, Тања Китановић, Споразумни развод брака у римском и савременом праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2013.

**Imran Rašljanin, LL. M.,**

*Teaching Assistant,*

*Department of Legal Sciences, State University in Novi Pazar,  
Republic of Serbia*

## UNILATERAL ANNULMENT OF MARRIAGE IN ANCIENT ROME

### Summary

*The subject matter of this paper is unilateral annulment of marriage from the perspective of Roman law. In the Roman legal system, this institute was known as repudium. Repudiation was present both in matrimonium cum manu and in matrimonium sine manu. In matrimonium cum manu, repudiation was allowed only to men; in matrimonium sine manu, it was allowed to women as well. In this paper, the author examines the form, the requirements and repercussions of repudium in Roman law. The paper also considers the role of the paterfamilias, who had enormous power in the first half of the Roman Republic. Marriage could not take place without the consent of the paterfamilias; thus, it would be null and void ab initio in compliance with the rule quod nullum est nullum producit effectum. The liberalization of marital relations gradually contributed to reducing the role of the paterfamilias. Ultimately, repudiation resulted in a huge number of divorces. Such practices were perceived as a social problem by a number of Roman emperors, who tried to counteract the negative phenomenon by enacting relevant legislation.*

**Keywords:** *repudium, matrimonium cum manu, matrimonium sine manu, unilateral annulment of marriage.*

UDK: 347.634:[340.142:341.645.5(4)]

UDK: 173.5:34

ПРЕГЛЕДНИ  
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 15.11.2023.

Рад прихваћен: 25.12.2023.

**Марина Радовановић,\***

Истраживач приправник,

Институт за међународну политику и привреду

DOI: 10.5937/zgrfno-47743

ORCID 0009-0002-3079-5433

## **ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА У КОНТЕКСТУ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА: ОСВРТ НА НОВИЈУ ПРАКСУ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА\*\***

***Апстракт:** Сурогат материнство сврстава се у ред етички најосетљивијих феномена данашњице. Различита виђења природе, сврхе и последица сурогат материнства – воде до различитих приступа држава у погледу политичког и правног регулисања ове праксе. Као последица тога, парови који се одлучују за овакав вид асистираниог родитељства, неретко су приморани да читав поступак спроведу ван територије матичне државе. Тиме и сам феномен поприма карактеристике транснационалног, стварајући сложено тле за заштиту људских права, превасходно права детета које се рађа у условима сурогат материнства. Последично, национални судови бивају приморани да вагају између забране сурогат материнства и заштите јавне безбедности, са једне стране, и заштите најбољег интереса детета, са друге стране. Круг се, међутим, не затвара у пољу националног правосуђа. Тако се на дневном реду Европског суда за људска права све чешиће налазе деликатне представке у вези са заштитом приватног и породичног живота у светлу сурогат материнства. Два таква скорашња случаја наћи ће се у средишту овог истраживања, пружајући оквир за разумевање својеврсног континуитета у резоновању Европског суда за људска права у овом домену, али и за идентификацију нових жарнишних питања која ће неизбежно пратити модалитете савременог транснационалног сурогатства.*

***Кључне речи:** основна права, Европски суд за људска права, сурогат материнство, поштовање приватног и породичног живота, најбољи интерес детета, људско достојанство, забрана дискриминације.*

\* marina.radovanovic@diplomacy.bg.ac.rs

\*\* Рад је настао у оквиру научноистраживачког пројекта „Србија и изазови у међународним односима 2023. године”, који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије, а реализује Институт за међународну политику и привреду током 2023. године.

## 1. Увод

Пракса сурогат материнства, као (крајњи) вид асистираниог родитељства, дуги низ деценија окупира пажњу истраживача и практичара у разним сферама друштвеног, академског и политичког деловања. Слојевите етичке, правне и јавно-политичке дилеме у пољу сурогат материнства – отварају мноштво спорних питања у вези са регулисањем ове праксе, како на нивоу националних држава, тако и на нивоу међународне заједнице када је у питању транснационално сурогатство.

Сложености расправа у домену сурогат материнства доприноси и сам развој праксе, која је током времена добијала нове карактеристике и појавне облике. Овакав развој препознат је и у крилу Светске здравствене организације, која истиче да *гестацијски сурогат* јесте „жена чија је трудноћа изазвала оплодњу јајних ћелија које, као и сперматозоиди, припадају трећем лицу, и у власништву је треће стране” (Vaena, Rowe, Griffin, 2002: xx).

Даље, наглашава се да „сурогат мајка носи плод уз услов, односно споразум, по којем ће нерођеном детету родитељи бити лица чије се гамети користе за оплодњу” (Vaena et. al, 2001: xx). Сурогат материнство може се дефинисати и као „поступак у којем жена пристаје да изнесе трудноћу, с намером да преда дете пару које је наручило трудноћу” (Eg-gas, 2013: 120). Премда из другачијих перспектива приступају феномену сурогат материнства, обе дефиниције наслањају се на савремену праксу, праћену напредком биомедицинских технологија у служби заснивања родитељства. Међутим, важно је истаћи да осим *потпуног (гестацијског)* сурогат материнства – и даље опстаје тзв. *непотпуно (традиционално)* сурогат материнство, које подразумева оплодњу јајне ћелије саме сурогат мајке, те њену генетску повезаност са дететом које рађа по наруџби (Милинковић, 2020: 93).

На другој страни, према критеријуму новчане накнаде коју може остварити сурогат мајка током процеса, разликују се *комерцијално* и тзв. *алтруистичко* сурогат материнство. Док комерцијално сурогат материнство подразумева облик уговорног односа између намераваних родитеља и сурогат мајке на основу којег потоња остварује право на накнаду за учињену услугу, дотле је алтруистичко сурогат материнство засновано на добровољној одлуци сурогат мајке да роди дете и преда га намераваним родитељима, без тражења новчане накнаде за такав чин (Милинковић, 2020: 93–94).

Усложњавање врста и начина регулисања сурогат материнства – доприноси интензитету академских расправа о овом феномену. Током времена, сурогат материнство окупирало је пажњу истраживача уну-



тар разних научних области – попут биомедицине, филозофије (етике), друштвене и политичке теорије, и правних наука – сврставши се тако у ред „најмултидисциплинарнијих” подручја истраживања. У сваком случају, ни тако широк спектар ангажованих научних подручја још увек не успева да одговори на мноштво теоријских и практичних дилема које произилазе из праксе сурогат материнства.

Одређене слојеве таквих дилема покриће и ово истраживање, које феномену сурогат материнства приступа из перспективе међународног права људских права. У том смислу, истраживање ће покушати да понуди одговор на питање како је Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП/Европски суд), као врховни правосудни ауторитет у области међународноправне заштите људских права, у својој новијој пракси тумачио домашаје појединачних основних права у контексту сурогат материнства. Анализа садржаја двеју скорашњих пресуда ЕСЉП пружиће полазну основу за такву процену. Упоредно сагледавање ових случајева, у чијем је средишту питање заштите приватног и породичног живота, допринеће дубљем разумевању својеврсног континуитета Европског суда када је у питању одлучивање о заштити основних права у светлу сурогат материнства.

Међутим, пре отпочињања анализе новије судске праксе, важно је предочити главне димензије доктринарних расправа о врсти, сврси и садржају основних права у контексту сурогат материнства. Том задатку биће посвећен први део истраживања, који ће теоријска спорења ставити у раван са практично-политичким расправама о легализацији праксе сурогат материнства, које су и дан-данас у пуном јеку.<sup>1</sup>

## 2. Сурогат материнство и заштита основних права

Из претходно изложених дефиниција појма сурогат материнства јасно се уочавају главни актери који иницирају и износе ову праксу. У том смислу, као носиоци сурогације издвајају се сурогат мајка с једне стране, и пар намераваних родитеља са друге стране. Релације ових актера обликоване су њиховим посебним мотивима и интересима за предузимање сурогат материнства, и оне творе својеврсни тржишни процес, заснован на деловању сила понуде и потражње.

<sup>1</sup> Интензитет и слојевитост ових расправа осећају се и на тлу Републике Србије. Питање модела регулације сурогат материнства најконкретније се поставило приликом рада на Преднацрту грађанског законика Републике Србије током 2019. године. Било како било, ово питање је убрзо пребачено на терен експертских расправа, те даља судбина предложених решења остаје неизвесна. Више о појединим аспектима овог процеса видети у: Рајић Ђалић, 2023.

Међутим, са становишта политике и права, пуки тржишни закони нису довољни да ову праксу промовишу у сасвим слободну, нити оправдану. Стога, већина држава својим законодавством у области породичног права изричито одбацује сурогат материнство, док одређене државе ову праксу прихватају тек као крајњи начин за остваривање родитељства.<sup>2</sup> Упркос оваквој статистици, сурогат материнство окупира садашњицу, остављајући са собом бројна нерешена питања. Осим етичких, политичких и друштвених, ова питања сежу и у домен међународног права људских права. Одвијајући се „иза кулиса”, у условима неуједначеног правног регулисања, пракса сурогат материнства производи незанемарљиве последице по заштиту основних права појединаца који у њој директно учествују. Осим актера који иницирају и реализују процес – намераваних родитеља и сурогат мајке – носилац основних права у контексту сурогације јесте и дете које се рађа под окриљем ове праксе.

### **2.1. Сурогат мајка као носилац права: између слободе избора и достојанства**

Посматрање позиције сурогат мајке из перспективе заштите основних права посебно је значајно за разумевање упоришта политичких одлука о забрани ове праксе. Заговорници забране сурогат материнства квалификују ову праксу као исходиште вишеструке дискриминације у односу на сурогат мајку – дискриминације засноване на полу, економске дискриминације, дискриминације засноване на пореклу или на расној припадности. Телесни интегритет, а тиме и људско достојанство сурогат мајке тумаче се као неповратно нарушени. Поборници овакве тезе одбацују аргументе о слободи избора занимања, односно о телесној аутономији сурогат мајке, истичући да сурогатство као такво не може обезбедити основне претпоставке за информисан и слободан избор (Dillaway, 2008; McEwen, 1999; Winddance Twine, 2015).

У прилог тези о економској дискриминацији као позадини комерцијалног сурогат материнства, истиче се да начињен избор занимања најчешће произилази из сиромаштва и из тежње за елементарном економском сигурношћу. Овакво становиште поткрепљује се подацима о распрострањености тзв. репродуктивног туризма у сиромашним државама попут Индије, Украјине и Грузије (Ризнић, 2020: 235–239). Осим тога, избор прибегавања сурогатству као „брзом начину за стицање зараде” тумачи се као „још једна манифестација дубоке и укорене

2 Међу државама које су својим правним порецима допустиле сурогацију јесу Украјина, Русија, Канада, Велика Британија, Грчка, као и поједине федералне јединице САД, попут Тексаса. Више о начинима регулисања сурогат материнства у породичноправним порецима ових држава видети у: Милошевић, 2021: 201–213.

родно засноване дискриминације, чији је један од елемената ограничење друштвених улога жене на улогу у одржавању људске репродукције” (Ekberg, 2014, наведено према: Sifris, 2015: 366–368).

Међу заговорницима забране сурогатства истиче се и Шејла Џефрис (Sheila Jeffreys), која указује на широку мрежу актера који ускраћују право на телесни интегритет сурогат мајки. Поред намераваних родитеља – наручилаца сурогат материнства, као виновници нарушавања телесног интегритета сурогат мајке наводе се и посредничке агенције за сурогатство, медицински радници, и други. Осим на значај телесног интегритета, Џефрис указује и на важност пуног интегритета личности сурогат мајке, наводећи примере тешких психолошких последица које сурогат мајке трпе услед нужне раздвојености од детета које рађају у оквиру процеса сурогације (Jeffreys, 2014, наведено према: Sifris, 2015: 367).

Насупрот тези о нарушавању телесног интегритета, а тиме и људског достојанства сурогат мајке, стоји теза о телесној аутономији као манифестацији слободног избора да се понуде услуге сурогације. Заговорници ове тезе, попут Јасмине Ергас (Yasmine Ergas), наглашавају тржишне законе који стоје иза споразума двеју страна – сурогат мајке и пара намераваних родитеља. Могућност уговорних страна да унапред регулишу услове сурогатства тумачи се као манифестација правне предвидивости и слободе избора сурогат мајке и намераваних родитеља. С тим у вези, право сурогат мајке да одлучује о свом телу и о пружању „телесних услуга” сагледава се као апсолутно право, као право које не би требало да трпи дерогације од стране државних власти (Ergas, 1999: 140).

Међу заговорницима сурогатства посебно се издвајају они који подвлаче значај алтруистичког сурогат материнства. У том смислу, аргументи о економској неједнакости жена као фактору који приморава на сурогат материнство посматрају се као недостатни и неодрживи, посебно имајући у виду експанзију добровољне сурогације. На овом трагу, Шармила Рудрапа (Sharmila Rudrappa) и Кетлин Колинс (Caitlyn Collins) истичу да се на терену показује да пука тежња за зарадом није у сржи сурогат материнства, те да фактор алтруизма ствара “win-win” ситуацију у односу сурогат мајке и намераваних родитеља. У прилог моралном оправдању сурогације, истичу статистичке податке којима се доказује да сурогат материнство не доноси значајне промене у економском статусу сурогат мајки пре и након предузимања овог чина. С тим у вези, закључују да је пуна легализација сурогат материнства ништа више до један од начина да сурогат мајке равноправно приступе тржишту рада, повећавајући притом укупну друштвену корист (Rudrappa and Collins, 2015: 956).

Неку врсту опрезнијег приступа у оправдању комерцијалног сурогат материнства заговара Алексис Вилијамс (Alexus Williams). Премда

не спори легализацију праксе, овај аутор излаже важне опаске у вези са квалитетом споразума о сурогацији. У том духу, Вилијамс на првом месту позива на обазривију регулацију оних одредаба споразума које се односе на вођење трудноће, на начин да се сурогат мајци обезбеди пуно уживање репродуктивних права и телесне аутономије. Такође, Вилијамс истиче улогу судова у *ex post* надзору недостатних споразума о сурогацији, предлажући својеврсни „тест равнотеже” који би интересе намераваних родитеља подредио примарном интересу очувања основних права сурогат мајке, и тиме спречио прекомерно задирање у приватност потоње (Williams, 2018: 228–230).

На сличан начин резонује и Стефан Вилкинсон (Stephen Wilkinson), који не пориче могућност експлоататорских пракси према сурогат мајци, али уместо потпуне забране сурогације као прагматичније решење радије промовише увођење сурогације у легалне токове. У том смислу, Вилкинсон наглашава да мере забране и криминализације сурогације могу изазвати ненамераване последице, уводећи сурогат мајке у још већу опасност од експлоатације на црном тржишту рада. Такође, овај аутор подсећа да срж прибегавања сурогацији лежи у социо-економским условима које карактерише неједнака редистрибуција могућности, добара и моћи појединаца. Стога праведнији друштвени миље наглашава као услов *par excellence* за постепено одустајање сурогат мајки од прибегавања сурогацији (Wilkinson, 2003: 186).

## **2.2. Намеравано родитељство и право на поштовање породичног живота**

На претходно описане дебате о заштити основних права сурогат мајке наслањају се расправе о праву на поштовање породичног живота намераваних родитеља у контексту сурогатства. Међутим, овога пута предмет расправа није сам садржај, односно унутрашња суштина конкретног права, већ домаћаји истог у конкретним околностима. Тако специфичне околности сурогације налажу „самеравање” права на поштовање породичног живота у односу на достојанство сурогат мајке и, посебно, у односу на најбољи интерес детета. Последично, делови доктрине споре се приликом тражења одговора на питање докле сеже право на породични живот, прописано међународним конвенцијама универзалног и регионалног (европског) карактера.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Међу таквим инструментима су Универзална декларација о људским правима (1948), Конвенција Савета Европе о заштити људских права и основних слобода (1950), потом Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1976), усвојен у крилу Уједињених нација, те Повеља Европске уније о основним правима (2000).

Тако један део доктрине сматра да је право на поштовање породичног живота еволуирало до нивоа „најфундаменталнијег”, те да је пуна легализација сурогат материнства један од начина да се омогући или барем олакша уживање овог људског права.<sup>4</sup> С друге стране, део доктрине рестриктивније тумачи домашаје права на поштовање породичног живота. Иза овог уздржанијег приступа неретко стоји и само језичко тумачење водећих инструмената у домену међународног права људских права, при чему се истиче да ни један од ових не прописује право на родитељство као саставни елемент права на поштовање породичног живота (Bromfield and Smith Rotabi, 2014: 129).

### **2.3. Права детета у контексту сурогат материнства**

Носилац основних права у контексту сурогат материнства јесте и дете које се рађа под окриљем ове праксе. У односу на разне слојеве тумачења основних права намераваних родитеља и, посебно, сурогат мајке – заштита најбољег интереса детета у оквиру сурогат материнства не доводи се у питање, барем у теорији. У том смислу, Конвенција УН о правима детета из 1989. године (у даљем тексту: Конвенција УН) садржи опште одредбе, које су важан оквир у условима изостанка међународне конвенције или пакта који би на засебан начин регулисао положај и права деце рођене у условима сурогатства. Поред одредаба Конвенције УН којима се административним телима, социјалним службама, и законодавним и правосудним органима налаже старање о најбољем интересу детета у свим околностима (чл. 3) – у контексту сурогат материнства посебно су релевантне одредбе у вези са поштовањем идентитета детета, тј. правом на лично име, држављанство и родитељско старање (чл. 7 и 8), те одредбе о спречавању отмице, продаје и трговине децом (чл. 35).<sup>5</sup>

Међутим, потешкоће за несметано уживање права настају у пракси, и оне су нераскидиво повезане са транснационалним карактером комерцијалног сурогат материнства. У том смислу, у пракси су веома честе ситуације да се дете роди на територији државе у којој је сурогат

4 О значају и еволуцији репродуктивних права, тј. права на родитељство у контексту заштите породичног живота, видети: Stark, 2011: 377–380. О предлозима за унапређење услова за уживање родитељских права у контексту сурогатства, заснованим на тзв. инцидентој надлежности Суда правде у овој области, у два наврата, видети: Caracciolo di Torella and Foubert, 2015. О аргументима за уважавање сурогат материнства као легитимне методе асистираних репродукције, као и о потреби за законским регулисањем овог питања у оквиру правног поретка Републике Србије, видети у: Милошевић, 2021: 213–216.

5 Више о међународноправним инструментима и стандардима за заштиту права деце у условима сурогатства, видети у: Букановић и Ђуришић, 2021; Wade, 2017.

материнство допуштено, док су родитељи држављани државе која ову праксу изричито забрањује. Овакве околности „репродуктивног туризма” надасве прете да угрозе најфундаменталнија права деце која су предмет „примопредаје”, чинећи их потенцијалним објектима трговине људима (Ђукановић и Ђуришић, 2021).

Осим тога, готово редовно на удару су и права детета повезана са идентитетом, посебно право на држављанство, те право на остваривање правне везе са намераваним родитељима (Blauwhoff and Frohn, 2016: 231; Harland, 2017: 122–124; Ђукановић, 2018: 253). Тако је у условима сурогатства уобичајено да дете има једног или ниједног законски признатог родитеља, због чега је у старту доведено у неповољан положај у односу на децу рођену регуларним путем. Успостављање тзв. крњег родитељства (енг. *limping parentage*) или других модалитета односа са намераваним родитељима, попут старатељства – доводи у питање мноштво аспеката приватног и породичног живота детета које се рађа у условима сурогатства. Поред најфундаменталнијих питања, попут неге детета и приступа здравству и другим јавним услугама, на удару су и право на породичну пензију, али и шири сет наследних права. Напоследку, треба имати у виду да остваривање правне везе са намераваним родитељима утиче на свакодневни живот детета, пружајући претпоставке за бољу интегрисаност у ширу породицу и у друштвени контекст (Harland, 2017: 124).

Због природе права која се јављају као посебно угрожена, неколицина експерата залаже се за усаглашавање норми међународног приватног права, као корпуса који би могао послужити као својеврсни „коректив” у датим околностима (Blauwhoff and Frohn, 2016: 217–219; Дамњановић, 2020; Fenton-Glynn, 2014). Ипак, овакве иницијативе још увек нису материјализоване, што није изненађујући исход уколико се има у виду интензитет расправа о допуштености сурогат материнства, те немогућност постизања елементарног консензуса о питањима основних права која су ове расправе избациле на површину.

### **3. Новија пракса Европског суда за људска права: заштитна брана легализацији сурогат материнства?**

Трагање за својеврсном „равнотежом интереса” између носилаца основних права у контексту сурогат материнства осликава се и у пољу јуриспруденције Европског суда. Два скорашња случаја потврђују да заштита најбољег интереса детета остаје примарна брига ЕСЉП у домену сурогат материнства.<sup>6</sup> Са друге стране, нови случајеви отворили су – посредно или непосредно – друга важна питања која прате савремено

6 Више о укупном развоју овакве праксе ЕСЉП видети у: Ní Shúilleabháin, 2019.

сурогатство, у првом реду питање дискриминације намераване мајке по основу биолошких карактеристика, тј. немогућности зачећа.

### **3.1. *Случај А. М. против Норвешке***

Случај А. М. против Норвешке из 2022. године карактеристичан је по бројности, сложености и слојевитости испреплетених интереса. Осим питања у вези са заштитом најбољег интереса детета, која се показују као неизоставно поље процене у готово свим сличним случајевима, у овом конкретном случају покренула су се и посебна питања у вези са могућом дискриминацијом једног од намераваних родитеља, конкретно – намераване мајке, и то по више могућих основа, и у односу на велик број других актера посредно или непосредно укључених у читав процес сурогације.

Намеравана мајка, подносиатељка представке, и њен тадашњи партнер, као пар намераваних родитеља из Норвешке, закључили су споразум о сурогацији са сурогат мајком са територије Тексаса у САД. Приликом оплодње, искоришћен је репродуктивни материјал намераваног оца и анонимне донаторке јајне ћелије. У тренутку зачећа сурогат мајке, пар намераваних родитеља више није у партнерском односу, али заједнички одлучује да се сам поступак настави до краја. Административни органи Норвешке утврдили су да вршење родитељских права поседује искључиво биолошки отац, али не и намеравана мајка, будући да изостаје њена биолошка повезаност са дететом које је рођено у међувремену, те да није упутила захтев за усвојење детета. Након низа неуспелих покушаја споразума између некадашњих супружника о организовању старанга над новорођеним дететом, биолошки отац преузима дете код себе, прекинувши сваки контакт са некадашњом партнерком. У тренутку ове једностране одлуке о прекиду контакта, дете је имало 17 месеци. Све до тада дете је живело са намераваном мајком, уз готово свакодневно виђање са оцем.

Последично, намеравана мајка започиње борбу за признавање материнства, и, супсидијарно, усвојитељског права, али бива одбијена по основу оба захтева. На одбијене захтеве одговара тврдњом да домаће (норвешко) законодавство пропушта да се повинује обавезама које произилазе из Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП) и Конвенције УН. На крају, истиче да је минимум који јој треба обезбедити у датој ситуацији – гарантовање права на контакт са дететом.<sup>7</sup>

Норвешки правосудни органи најпре су размотрили могућност правног признања родитељства намераване мајке. Том приликом, право на

<sup>7</sup> *A.M. v. Norway*, app. 30254/18, 24/06/2022, § 30.

правно признато родитељство тумачило се искључиво у светлу најбољег интереса детета, а полазећи од тога да Норвешка не допушта сурогат материнство као такво. На овом трагу, надлежни судови заузели су став да је процес усвајања детета једини начин да намеравана мајка стекне законско право на родитељство у конкретном случају, подвлачећи да „нема директног трансфера родитељства” (од биолошке мајке ка намераваној мајци, прим. аут).<sup>8</sup> Такође, констатовано је да је тражење претходног пристанка биолошког родитеља да намеравани родитељ усвоји дете није противно најбољем интересу детета, нити је проблематично у овој конкретној ситуацији, посебно имајући у виду да и сама Конвенција УН предвиђа овакав услов.<sup>9</sup> Осим тога, истакнуто је да ни чињеница заједничког планирања родитељства није од значаја ако се има у виду да су намеравани родитељи прекинули партнерски однос пре рођења детета. Штавише, у аргументацији судова истиче се „примат биолошког материнства, без обзира на све посебне околности”, што је подстакнуто важећим (политичким) становиштем ресорног министарства о увођењу сурогат материнства у легалне токове.<sup>10</sup>

Премда није сасвим одбачена могућност одступања од позитивно-правних прописа у вези са вршењем родитељских права уколико се испостави да најбољи интерес детета налаже предност усвојитеља наспрам биолошког родитеља – закључено је да у овом конкретном случају нису испоштовани услови за такав исход. У том смислу, норвешки судови констатовали су да се чињенице овог случаја знатно разликују у односу на раније случајеве пред Европским судом, попут случаја *Менесон против Француске*, када је у крајњој инстанци утврђивано да „најбољи интерес детета претеже наспрам потпуне забране намераваних родитеља да врше родитељска права”.<sup>11</sup> Последично, утврђено је да у овом конкретном случају није дошло до дискриминације намераване мајке од стране норвешких административних тела. Сет негативних одлука норвешких правосудних органа заокружен је одбијањем захтева за остваривање права на контакт са дететом, који је намеравана мајка поднела независно. Одбијање овог захтева образложено је недостатком правне везе између намераване мајке и детета, те проценом да најбољи интерес детета не би био доведен у питање ако на снази остане забрана контакта.<sup>12</sup>

8 *A.M. v. Norway*, § 38.

9 *A.M. v. Norway*, § 39.

10 *A.M. v. Norway*, §§ 67, 69.

11 Видети случај: *Menneson v. France*, app. 65192/11, 26/06/2014.

12 *A.M. v. Norway*, §§ 86–90.



Када је случај коначно дошао на ред Европског суда, одлучивало се о евентуалном кршењу права на поштовање приватног и породичног живота (ЕКЉП, чл. 8), односно о кршењу начела забране дискриминације (ЕКЉП, чл. 14). Питање остваривања контакта са дететом није разматрано.

Као неку врсту прелиминарног полазишта, ЕСЉП је истакао да је у конкретном случају релевантнији аспект поштовања приватног живота, док је питање поштовања породичног живота „убичајено изван домена процене када се одлучује о правима намераваних родитеља у контексту сурогат материнства, али да то не значи да Европски суд неће придати дужну пажњу чињеници да је намеравана мајка остварила емотивну везу са дететом током периода старања о њему”.<sup>13</sup>

Приликом примене својеврсног „теста пропорционалности” у односу на мере које су предузели норвешки органи, резонување Европског суда заснивало се на одредбама ЕКЉП о критеријумима за одступање од гарантовања права на приватан и породичан живот (чл. 8, ст. 2). Тако је најпре цењен услов „законитости” и „легитимности” предузетих мера. У том смислу, истакнути су аспекти „заштите другог”, односно „забране криминалитета”, као појединачне манифестације примењеног критеријума. Позивајући се на ранију одлуку у случају *Парадизо и Кампанели против Италије*, Европски суд је закључио да је у конкретном случају услов испоштован, имајући у виду да државе имају „слободно поље процене када је у питању правно регулисање сурогат материнства, те друштвених односа који су деривати ове праксе”.<sup>14</sup> На овом трагу, ЕСЉП је установио да – уз све уважавање неповољне позиције у коју је намеравану мајку довео некадашњи партнер – сама држава Норвешка није одговорна за постојеће исходе, посебно имајући у виду „етичке контроверзе” и позитивноправне прописе на снази.<sup>15</sup> С тим у вези, потврђено је да се постојећа ограничења права на приватност могу сматрати „неопходним у демократском друштву”, те да, укупно узев, није дошло до кршења чл. 8 ЕКЉП.<sup>16</sup>

С друге стране, када је у питању процена евентуалне дискриминације намераване мајке у односу на биолошког оца, резонување ЕСЉП у великој мери је наслоњено на претходна образложења норвешког правосуђа. У том смислу, потврђено је да није дошло до повреде чл. 14 ЕКЉП.<sup>17</sup>

Посебан печат на случај дало је издвојено мишљење судије Иване Јелић. Именована је неслагање изразила поводом оба главна сегмента

<sup>13</sup> *A.M. v. Norway*, § 110.

<sup>14</sup> *A.M. v. Norway*, § 124.

<sup>15</sup> *A.M. v. Norway*, §§ 133–134.

<sup>16</sup> *A.M. v. Norway*, § 135.

<sup>17</sup> *A.M. v. Norway*, § 147.

мериторне одлуке. Окарактерисавши резоновање Европског суда у овом случају као „чисто процесно”, госпођа Јелић истакла је другачији суд поводом примењеног теста пропорционалности.<sup>18</sup> Осим тога, указала је на проблематичност отклона од сегмента заштите породичног живота у посматраном случају, посебно имајући у виду остварене *de facto* породичне везе између намераване мајке и детета. Самим тим, закључује да је обема странама у овом односу начињена несумњива штета.<sup>19</sup>

Осим конкретних примедаба на начин и дух резоновања већине судија у овом случају, издвојено мишљење судије Јелић посебно је значајно са становишта будућег обликовања права и политике у контексту сурогат материнства. У том смислу, она је подвукла важне теме у контексту могућих нивоа дискриминације намераване мајке, а водећи се притом чињеницама посматраног случаја.

Сматрајући да је у конкретном случају подносиатељка представке била дискриминисана по више основа – попут здравственог стања (немогућност зачећа) и брачног статуса, при чему је развод од намераваног оца искоришћен као контрааргумент судова у оспоравању „заједничког планирања родитељства” – судија Јелић указала је на значај примене доктрине „живог инструмента”, која ЕКЉП тумачи у светлу развојних кретања савременог друштва, и промена које су нужни део тог процеса.<sup>20</sup> С тим у вези, апострофирала је одлуке Европског суда о остваривању родитељских права хомосексуалаца под окриљем регистрованих партнерстава, оценивши исте као „потребне у савременом друштву”, те „довољно прогресивне” да задовоље захтеве цивилизацијских кретања у последње време.<sup>21</sup>

### 3.2. *Случај К. К. и други против Данске*

Попут претходно описаног случаја, и најскорији случај пред ЕСЉП у вези са сурогат материнством – случај К. К. и други против Данске из марта 2023. године – проблематизује заштиту најбољег интереса детета, уз посебан осврт на питање утврђивања правне везе са намераваном мајком. Услед другачијих околности случаја, овога пута није било директно покренуто питање дискриминације намераване мајке у односу на намераваног оца. Ипак, не може се отети утиску да оно, барем посредно, провејава целокупним случајем. Осим материјалних чињеница, у прилог томе сведочи и сам језик пресуде, будући да се намеравана мајка претежно

18 *A.M. v. Norway*, Dissenting Opinion of Judge Jelić, § 24.

19 *A.M. v. Norway*, Dissenting Opinion of Judge Jelić, § 30.

20 *A.M. v. Norway*, Dissenting Opinion of Judge Jelić, § 44–47, 50.

21 *A.M. v. Norway*, Dissenting Opinion of Judge Jelić, § 49.

ословљава као „супруга биолошког оца”.<sup>22</sup> Такође, у односу на претходни случај, експлицитније се реферише на питање заштите достојанства сурогат мајки, као резултат чврстог интереса државе Данске у погледу забране сурогатства.

Процес сурогације овога пута одвио се на територији Украјине, током 2013. године. Новорођени близанци убрзо су пребачени у Данску, матичну државу намераваних родитеља. Слично као у претходном случају, вршење родитељских права омогућено је искључиво намераваном оцу, чији је генетски материјал био искоришћен у процесу оплодње. С друге стране, намеравана мајка није стекла овакву могућност, будући да се – према данском законодавству – мајчинство може признати искључиво особи која је родила дете. Последично, намераваној мајци омогућено је искључиво вршење заједничког старатељства над децом. У намери да оствари најчвршћу могућу правну везу са децом, подноси захтев за усвајање, који бива одбијен од стране административних органа Данске. Образлажући негативну одлуку, данске институције истичу да се пристанак сурогат мајке на усвајање не може сматрати слободним, имајући у виду новчану надокнаду коју је сурогат мајка примила од стране намераваних родитеља за сврху уступања родитељских права.<sup>23</sup>

Овакву одлуку потврдили су правосудни органи Данске, на челу са врховним судом. Том приликом, врховни суд је спровео својеврсно двоетапно расуђивање – најпре је ценио усклађеност административних одлука са данским законодавством на снази, а потом и у светлу одредба ЕКЉП, односно права на поштовање приватног и породичног живота из чл. 8.

Позивајући се на неке од кључних случајева пред ЕСЉП, као и на Саветодавно мишљење о правном признању родитељске везе између намераване мајке и детета рођеног у иностранству по основу споразума о гестацијском сурогатству<sup>24</sup> – врховни суд Данске нагласио је значај „индивидуалне процене” о томе да ли одбијање захтева за усвајање, као вид настојања да се заштити јавни интерес за забрану комерцијалног сурогат материнства, претеже спрам заштите приватног и породичног живота детета рођеног под окриљем ове праксе.<sup>25</sup> Тесном већином, одлучено је да у овом конкретном случају није дошло до кршења чл. 8 ЕКЉП, имајући у виду да су деца одмах по рођењу стекла данско држављанство, те да је

22 *K.K. and others v. Denmark*, app. 25212/21, 06/03/2023.

23 *K.K. and others v Denmark*, § 11.

24 *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, Request no. P16-2018-001, 10/04/2019.

25 *K.K. and others v Denmark*, § 14.

заједничко старатељство довољан основ да деца у будућности остварују право на наследство имовине намераване мајке.<sup>26</sup> Било како било, део судија није се сложио са оваквим резонам већине, нагласивши да се захтев поштовања најбољег интереса детета треба тумачити као „врховни” (енг. *paramount*), што би значило да су потребни снажни контрааргументи за евентуално одступање, иако су у питању околности сурогат материнства. С тим у вези, подвукли су да је у овом конкретном случају прекршен чл. 8 ЕКЉП, имајући у виду дуг период заједничког живота деце и намераване мајке, због чега би требало и правно осигурати равноправно вршење родитељских права.<sup>27</sup>

На сличан начин резонаовао је и Европски суд, ценећи евентуалне повреде чл. 8 ЕКЉП у односу на подносиоце представке – намеравану мајку и децу која су објекат захтева за усвојење. Притом, важно је напоменути да је ЕСЉП – слично као у претходно размотреном случају – раздвојио аспекте приватног и породичног живота, заштићене предметним чланом ЕКЉП. С тим у вези, проценио је да је у погледу заштите породичног живота подносилаца представке постигнут одговарајућа „равнотежа интереса”, те да се у том сегменту не може говорити о евентуалном кршењу чл. 8 ЕКЉП.<sup>28</sup>

Међутим, у погледу заштите приватног живота – исход није био исти у односу на све подносиоце представке. У том смислу, Европски суд заузео је становиште да је пропуштање државе Данске да својим законодавством обезбеди алтернативне механизме за вршење родитељских права намераване мајке створило „негативне последице” по поштовање приватног живота деце, посебно услед недостатка правне сигурности у вези са њиховим идентитетом унутар друштва.<sup>29</sup> Осим тога, истакнуто је да заједничко старатељство није довољан основ ни у домену наследних права, те да су подносиоци представке у неповољном положају у односу на другу децу у Данској.<sup>30</sup> Последично, Европски суд је закључио да надлежне институције Данске нису обезбедиле одговарајућу равнотежу између „специфичног” интереса подносилаца представке за правно признање родитељства намераване мајке, са једне стране, и „општег и апстрактног” интереса за забрану комерцијалног сурогат материнства, на другој страни, прекршивши тако чл. 8 ЕКЉП у погледу поштовања приватног живота деце у питању.<sup>31</sup> Истовремено, ЕСЉП је закључио да у погледу поштовања

<sup>26</sup> *K.K. and others v Denmark*, § 16.

<sup>27</sup> *K.K. and others v Denmark*, § 18.

<sup>28</sup> *K.K. and others v Denmark*, § 51.

<sup>29</sup> *K.K. and others v Denmark*, § 72.

<sup>30</sup> *K.K. and others v Denmark*, § 73.

<sup>31</sup> *K.K. and others v Denmark*, § 77.

приватног живота намераване мајке захтеви јавне безбедности, садржани у забрани сурогатства, претежу у односу на остваривање личног развоја намераване мајке, оличеног у признању родитељских права и одговорности. Последично, процењено је да у овом сегменту није дошло до кршења чл. 8 ЕКЉП.<sup>32</sup>

Иза оваквих коначних одлука стоје разни слојеви спорења унутар седмочланог судијског већа. То потврђује заједничко издвојено мишљење, којим је троје судија истакло жаљење због „прекомерног задирања” Европског суда у поље слободне процене Данске у контексту сурогат материнства.<sup>33</sup> У том смислу, указали су да је тумачење заштите најбољег интереса детета као „врховног” принципа, недовољно образложено у постојећим околностима, те да је прикладније да се најбољи интерес детета третира као „примаран” (енг. *a primary consideration*).<sup>34</sup> С тим у вези, истакли су неслагање са оценом већине о угрожавању најбољег интереса детета услед одбијања захтева намераване мајке за усвојење. Додатно, закључили су да су данске институције гарантовањем заједничког старатељства обезбедиле „брзо и ефикасно” реаговање у правцу заштите најбољег интереса детета, у складу са поменутиим саветодавним мишљењем ЕСЉП.<sup>35</sup>

#### 4. Закључак

Неслагање судије Јелић „између редова” указује на одређене тенденције Европског суда у правцу посредног и суптилног легитимисања забране праксе сурогат материнства. Иако нема простора експлицитној подршци одређеном моделу регулације сурогатства, слово и дух анализираних пресуда подупиру утисак да ЕСЉП – у оквиру сопственог домена надлежности – прилично упорно поставља „заштитну брану” евентуалном дубљем и „прогресивнијем” тумачењу домашаја основних права лица која директно учествују у процесу сурогатства. У том смислу, константа остаје самеравање националних мера спрам питања заштите најбољег интереса детета. С тим у вези, иако два размотрена случаја доносе различите исходе у погледу процене кршења чл. 8 ЕКЉП – сам начин резоновања Европског суда остаје прилично доследан и предвидив. Такав утисак није пољуљало ни заједничко издвојено мишљење у другом

32 *K.K. and others v Denmark*, § 55.

33 *K.K. and others v Denmark*, § 87.

34 Образлажући овакво становиште, троје судија је посебно указало на формулације садржане у релевантним инструментима међународног права, попут Конвенције УН и Повеље ЕУ о основним правима. Видети: *K.K. and others v Denmark*, § 93.

35 *K.K. and others v Denmark*, § 104.

случају, будући да су у питању само нијансе исте медаље – тумачења околности у светлу заштите права детета.

Међутим, упркос конзистентној и суштински уједначеној пракси ЕСЉП, анализирани случајеви бацили су светло на нова важна питања која се отварају у условима комерцијалног сурогатства. У том смислу, посебно је интригантна питање дискриминације намераване мајке у односу на намераваног оца. Чини се да је Европски суд пропустио прилику да се у новијој пракси дубље позабави овим сегментом анализе, посебно ако се има у виду да је у првом случају такво питање директно покренуто. Било како било, готово је извесно да ће се у блиској будућности ЕСЉП суочавати и са овим, али и са другим важним питањима у вези са потенцијалним жариштима дискриминације у условима савременог сурогатства.

Читање судске праксе између редова посебно је важно ако се вратимо на сам почетак, на теоријске расправе о садржају и домашају основних права у контексту сурогат материнства – расправе које су лице и наличје неуједначених политичких ставова о регулисању ове праксе. Уз сва отворена питања и предстојеће (политичке и међународноправне) правце развоја, једино нема сумње да су последице сурогат материнства по уживање основних права у пракси несагледиво веће и озбиљније него што је било каква теоријска расправа могла да предвиди и да опише. Управо зато, ове последице траже брзо реаговање, како на нивоу националних држава, тако и на нивоу међународне заједнице. До таквог реаговања, засигурно, остаће вапај деце препуштене вртлозима сурогат материнства.

### Литература/References

Blauwhoff, R. & Frohn, L. (2016). International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child and as a Concern of Both Human Rights and Private International Law. In: Christophe Paulussen et. al (Eds.), *Fundamental Rights in International and European Law – Public and Private Law Perspectives* (pp. 211–241).

Bromfield, N. F. and Smith Rotabi, K. (2014). Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations. *Global Social Welfare*. 1. 123–135.

Caracciolo di Torella, E. and Foubert, P. (2015). Surrogacy, pregnancy, and maternity rights: a missed opportunity for a more coherent regime of parental rights in the EU. University of Leicester School of Law Research Paper No 15–20.

Дамјановић, Д. (2020). Сурогатство – нови изазов за међународно приватно право. У Д. Ђеранић (Ур.), *Зборник радова „Право, традиција и промјене“* (стр. 261–286). Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.

Dillaway, H. E. (2008). Mothers for Others: A Race, Class, and Gender Analysis of Surrogacy. *International Journal of Sociology of the Family*. 34(2). 301–326.

Букановић, А. (2018). Питање сурогат материнства у пракси Суда правде Европске уније. *Европско законодавство*. Год. XVII, бр. 64. 251–264.

Букановић, А. и Ђуришић, Ј. (2021). Комерцијално сурогатство, репродуктивни туризам и трговина малолетним лицима ради усвојења. *Studia iuridica montenegrina*. (2). 83–100.

Ekberg, M. E. (2014). Ethical, legal and social issues to consider when designing a surrogacy law. *Journal of Law and Medicine*. 21(3). 728–738.

Ergas, Y. (2013). Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy. *Emory International Law Review*, 27(1). 117–188.

Fenton-Glynn, C. (2014). Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy. *Journal of Private International Law*. 10(1). 157–169.

Harland, A. (2017). Surrogacy, Identity, Parentage and Children's Rights – Through the Eyes of a Child. *Family Court Review*. 59(1). 121–130.

Jeffreys, S. (2014, August 11). Reject Commercial Surrogacy as Another form of Human Trafficking, Retrieved 1, November 2023, from <https://the-conversation.com/reject-commercial-surrogacy-as-another-form-of-human-trafficking-30314>.

McEwen, A. G. (1999). So You're Having Another Women's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 32(1). 271–304.

Милинковић, И. (2020). Комерцијално сурогат материнство и проблем комодификације (етичке дилеме и могућност проналажења правног одговора). *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*. 86. 91–109.

Милошевић, М. С. (2021). *Материјални и процесни услови за заснивање односа родитеља и детета у савременом породичном праву*. Докторска дисертација. Универзитет у Нишу.

Ní Shúilleabháin, M. (2019). Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights. *International Journal of Law, Policy and The Family*. 33(1). 104–122.

Рајић Ђалић, Ј. (2023). Импликације сурогат материнства у радном праву. У М. Орлић (Прир.), *Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа* (стр. 549–562). Београд: Удружење правника Србије.

Ризнић, Ј. (2020). Феминистичка разумевања сурогат материнства. *Антропологија*. 20(2). 233–248.

Rudrappa, C. & Collins, C. (2015). Altruistic Agencies and Compassionate Consumers: Moral Framing of Transnational Surrogacy. *Gender & Society*. 29(6). 937–959.

Sifris, R. (2015). Commercial Surrogacy and Human Right to Autonomy. *Journal of Law and Medicine*. 23(1). 365–377.

Stark, B. (2011). Transnational Surrogacy and International Human Rights Law. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. 18(2). 369–386.

Vayena, E., Rowe, P. J., Griffin, D. P. (2002). Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction. Report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction” held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland (17–21 September, 2001). Available at: <https://www.who.int/publications/i/item/9241590300>.

Wade, K. (2017). The regulation of surrogacy: a children’s rights perspective. *Child Fam Law Q*. 29(2). 113–131.

Wilkinson, S. (2003). The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy. *Bioethics*. 17(2). 169–187.

Williams, A. (2018). State Regulatory Efforts in Protecting a Surrogate’s Bodily Autonomy. *Seton Hall Law Review*. 49. 205–231.

Winddance Twine, F. (2015). *Outsourcing the Womb: Race, Class, and Gestational Surrogacy in a Global Market*. Second Edition. Routledge.

#### Судска пракса:

*Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, Request no. P16-2018-001, 10/04/2019.

*A.M. v. Norway*, app. 30254/18, 24/06/2022.

*K.K. and others v. Denmark*, app. 25212/21, 06/03/2023.

*Menneson v. France*, app. 65192/11, 26/06/2014.

*Paradiso and Campanelli v. Italy*, app. 25358/12, 27/01/2015.



**Marina Radovanović,**  
*Junior Researcher,  
Intitute of International Politics and Economics Belgrade,  
Republic of Serbia*

**PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE  
CONTEXT OF SURROGACY: A review of the recent  
case law of the European Court of Human Rights**

**Summary**

*Surrogate motherhood is one of the most ethically sensitive phenomena today. Different views on the nature, purpose and consequences of surrogate motherhood lead to different approaches regarding political and legal regulation of surrogacy at the state level. As a result, couples who opt for this type of assisted parenting are often forced to carry out the entire procedure outside the territory of their home country. Thus, surrogacy takes on the characteristics of a transnational phenomenon, creating a complex ground for the protection of human rights, primarily the rights of children who are born in the circumstances of surrogate motherhood. Consequently, national courts are forced to weigh between the prohibition of surrogacy and the protection of public safety, on the one hand, and the protection of the best interests of the child, on the other. However, the circle does not close in the field of national jurisdictions. Thus, the agenda of the European Court of Human Rights increasingly includes delicate applications related to the protection of private and family life in light of surrogate motherhood. This research focuses on two recent cases, which provide a framework for understanding a kind of continuity in the reasoning of the European Court of Human Rights in this domain, but also for identifying new focal issues that will inevitably accompany the modalities of contemporary transnational surrogacy.*

**Keywords:** *fundamental rights, European Court of Human Rights, surrogate motherhood, respect for private and family life, best interest of the child, human dignity, non-discrimination.*



UDK: 342.737-054.73(4-672EU:497.11)  
UDK: 342.721:[340.142:341.645.5(4)

ПРЕГЛЕДНИ  
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 28.11.2023.  
Рад прихваћен: 31.03.2024.

**Александра Кастратовић,\***  
докторанд,  
Правни факултет, Универзитет у Београду,  
Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfno-47958  
ORCID 0009-0006-1119-2708

## ОД ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ КРЕТАЊА ДО ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ ОСОБА У ПОТРЕБИ ЗА МЕЂУНАРОДНОМ ЗАШТИТОМ – УСКЛАЂЕНОСТ ДОМАЋЕГ ПРАВА СА СТАНДАРДИМА ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

**Апстракт:** Особе у потреби за међународном заштитом се већ налазе у тешкој ситуацији јер је њихов статус неизвестан. Када поднесу захтев за утврђивање статуса, уобичајено је да им слобода кретања буде ограничена, док се о том статусу не одлучи. Међутим уочава се проблем јер такво обично ограничење њиховог кретања у пракси може да прерасте у лишење слободе. Циљ рада је да се утврди када и под којим околностима ограничење слободе кретања прераста у лишење слободе и да ли се узима у обзир тежак положај лица којима је потребна међународна заштита, те да ли је право Републике Србије усаглашено са стандардима Европског суда за људска права о овим питањима. Анализа указује на закључак да на основу норме домаћег права из Закона о азилу и привременој заштити која се односи на ограничење слободе кретања тражилаца азила у пракси може настати проблем. Наиме, иако наш законодавац задржавање странаца и тражилаца азила у прихватилишту за странце квалификује као обично ограничење слободе кретања, у суштини ситуација у којој се они на основу норми домаћег права могу наћи је својствена лишењу слободе, те су дати предлози потребних промена на законодавном нивоу.

**Кључне речи:** међународна заштита, ограничење слободе кретања, лишење слободе, Европски суд за људска права, правни оквир Републике Србије.

---

\* aleksandra.kastratovic12@gmail.com

## 1. Увод

Замислимо да је лице које не поседује документа, чије се држављанство не може утврдити, дошло на територију Републике Србије и да је приликом граничне контроле пред овлашћеним полицијским службеником изразило намеру да затражи азил у нашој земљи, јер је због постојања оправданог страха од прогона напустило своју земљу порекла. Замислимо и да је гранична полиција донела решење којим овом лицу ограничава кретање тако што му одређује меру боравка у прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором у трајању од 180 дана. И замислимо, најзад, да је то лице, када је стигло у прихватилиште за странце, могло да има само две посете недељно у трајању од сат времена, а прихватилиште није смело самовољно да напусти.

На основу домаћег правног система, оваква ситуација може да се оствари у пракси и не би било спорно што лицу може да се одреди мера ограничења слободе кретања. Спорно у овом случају је то што није јасно да ли би на овај конкретан начин лицу заиста била ограничена слобода кретања како то наш законодавац квалификује, јер се у суштини положај лица у овој ситуацији не би много разликовао од положаја у којем се налазе лица која су лишена слободе.

Ако би лица којима је потребна међународна заштита била лишена слободе, а да о њиховом захтеву за утврђивање статуса није одлучено, заштита им свакако не би била пружена. Осим тога, отворио би се додатно сложенији проблем јер би им била прекршена и друга људска права. Такође, имајући у виду да се особе у потреби за међународном заштитом већ налазе у тешкој ситуацији, оваква околност би могла итекако негативно да утиче на њих и додатно погорша већ рањив положај у којем се налазе.

## 2. Однос између ограничења слободе кретања и лишења слободе појединаца

Лишење слободе свакако у себи обухвата и ограничење слободе кретања. С друге стране, ограничење слободе кретања не подразумева да у конкретној ситуацији долази до лишења слободе. Када се ствари овако поставе јасно је да се ограничење кретања разликује од лишења слободе.

Наведена ограничења постоје самостално јер нису садржана у истој норми. Услови под којима је ограничење слободе кретања дозвољено су предвиђени у члану 2, ставу 4 Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода<sup>1</sup>, а случајеви у којима је дозвољено

<sup>1</sup> Протокол 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе која нису укључена у Конвенцију и први протокол

лишење слободе су наведени у самој Конвенцији<sup>2</sup>, у оквиру члана 5, става 1. Недостатак релевантних норми се огледа у томе што оне не дефинишу ни ограничење слободе кретања ни лишење слободе.

Норма Протокола број 4 садржи факултативно ограничење, што значи да држава може сваком лицу превентивно да ограничи кретање у циљу заштите јавног интереса. То није случај са лишењем слободе које је инхерентно ограничење и дозвољено је само у таксативно набројаним ситуацијама у оквиру члана 5 Конвенције. Имајући то у виду, потребно је строго тумачити члан 5 и не би требало ширити његов домашај јер када би се широко тумачио, те обухватао случајеве у којима је дошло до обичног ограничења слободе кретања, посебна одредба додатног Протокола не би ни имала сврху.

### **2.1. Неодређен и комплексан приступ разграничењу**

Лишење слободе данас може имати различите форме. У пракси може доћи до различитих ситуација и због тога је потребно удаљити се од парадигме да до лишења слободе долази само када је реч о затворском хапшењу (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 8). Проблем се уочава јер лишење слободе подразумева свако затварање у одређеном месту под рестрикцијама које спречавају појединца да оствари социјалне и друге активности (Goodwin - Gill, 1986: 138). У том смислу и ограничење слободе кретања, уколико је довољно озбиљно, чак и ако кратко траје (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 9), може се сматрати лишењем слободе.

Европски суд за људска права (Европски суд, Суд) је у складу са начелом аутономног тумачења концепата из Конвенције о људским правима, у пракси истакао правило да квалификација државне власти да је појединцу ограничена слобода кретања не значи да се у конкретном случају не ради о лишењу слободе, те ће сам темељно испитати околности и чињенице сваке конкретне ситуације у којој се појединац нашао да би утврдио до које је од ове две врсте ограничења дошло (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 8).

Да би се утврдило да ли је појединац коме је ограничено кретање у ствари лишен слободе у контексту члана 5 Конвенције, полазна тачка је конкретна ситуација и у обзир се морају узети различити критеријуми. Оваквим приступом Европски суд је установио да су основни стандарди на основу којих се опредељује да ли је појединцу ограничено кретање

---

уз њу, *European Court of Human Rights Council of Europe*, 16. септембар 1963.

<sup>2</sup> Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *European Court of Human Rights Council of Europe*, 4. новембар 1950.

или је лишен слободе: врста, трајање, ефекти и начин извршења мере у питању (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 8), те је нагласио да се разлика између ограничења кретања и лишења слободе огледа у степену и интензитету, а не у природи мере (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 8).

Европски суд на овај начин није поставио формалне и прецизне критеријуме разграничења ових ограничења. Напротив, разликовање се базира на стандардима који су релативно широко постављени. Иако овакав неодређен приступ не делује као најбоље решење јер је подложен различитом тумачењу што може довести до злоупотреба, то је било једино адекватно решење које Суду оставља простор да флексибилно процени различите ситуације и тако утврди да ли се ограничење кретања у конкретном случају може сматрати лишењем слободе.

## **2.2. Разумевање односа на основу стандарда Европског суда за људска права**

Један од првих случајева у којима је Суд примењивао основне стандарде разликовања ових ограничења је случај *Гуцарди против Италије* који се тичао подносиоца представке који је био смештен у притвор због тога што су његова криминална историја и чланство у мафијашкој организацији упућивали на чињеницу да он представља опасност по јавни интерес. Иако на први поглед делује да се ради о ограничењу слободе кретања, примењујући стандарде о којима је било речи, Суд је утврдио да је у конкретном случају дошло до лишења слободе. Одлучујући фактори који су утицали на доношење овакве одлуке су били следећи: ограничење је трајало седам година, подносиоцу представке је кретање било и просторно и временски ограничено – на изузетно мали простор од свега осамсто метара острва чији је највећи део чинио затвор који није смео да напусти од 10 часова увече до 7 сати ујутру, при чему му је била одређена и мера скоро непрестаног специјалног надзора, те је морао да обавештава власти о свом кретању и није му била остављена могућност да остварује социјалне контакте.<sup>3</sup>

Насупрот томе, у случају *Раимондо против Италије*, у коме је подносиоцу представке био одређен кућни притвор у трајању од пола године због сумње да је припадао мафијашкој организацији<sup>4</sup>, Суд је истакао да изречена забрана напуштања куће од 9 сати увече до 7 часова ујутру, осим када за то има оправдан разлог и о томе благовремено обавести полицију, није могла да прерасте у лишење слободе, па спада у обично ограничење кретања.<sup>5</sup>

3 *Guzzardi v. Italy*, [1980], § 23, 26, 30, 90.

4 *Raimondo v. Italy*, [1994], § 7, 9, 10.

5 *Raimondo v. Italy*, [1994], § 39.

У новијој пракси, Суд је разматрао питање о односу ограничења кретања и лишења слободе у случају *Де Томазо против Италије*. Наиме, подносиоцу представке је била изречена мера специјалног полицијског надзора у трајању од две године при чему му је за то време био одређен принудни боравак јер је због његове раније осуђиваности и повезаности са криминалом представљао претњу. Одређене су му: мера обавезног јављања, забрана напуштања области у којој је живео и промене боравишта, забрана састајања са лицима која имају криминалну историју, забрана напуштања куће од 10 сати увече до 6 сати ујутру, осим када је то неопходно о чему је обавезан да на време обавести полицију, да не држи оружје, не посећује одређена места и не користи телефон.<sup>6</sup> Суд је у овом случају нагласио да обавеза да лице не напушта кућу ноћу представља ограничење кретања. За разлику од ситуације у случају *Гуцарди*, подносиоцу представке кретање није било ограничено на мали простор и није му било онемогућено остваривање социјалних контаката.<sup>7</sup> Пресудом је зато одлучено да му је била ограничена слобода кретања.

Коначно, у случају *Каспаров против Русије*, подносилац представке је био под полицијском контролом у трајању од 5 сати због постојања сумње да је користио фалсификовану авионску карту. Он је одведен у посебну собу, заплењени су му карта и пасош, након тога је био испитан и претресен, при чему је све време испред стајао оружани стражар који га је спречавао да напусти просторију у којој се налазио.<sup>8</sup> Због наведених околности Суд је закључио да је подносилац представке био лишен слободе.

Европски суд је доносио одлуке о односу ограничења кретања и лишења слободе у случајевима чија је заједничка карактеристика да материјалне мере којима се појединцима намећу ограничења држава изриче превентивно, ради сузбијања криминалитета. С обзиром на чињеницу да до лишења слободе не може доћи ради превенције од будућих кривичних дела (Крстић, Маринковић, 2016: 153), требало би да се ради о ограничењу слободе кретања. Међутим, на основу представљених случајева произлази да различите околности, када се узму заједно у обзир, могу утицати на то да иако у први мах може деловати да је реч о ограничењу слободе кретања, у конкретном случају буду испуњени сви елементи лишења слободе.

То значи да ограничења која сама по себи не би прешла праг лишења слободе, кумулативно могу представљати лишење слободе (Међународна комисија правника, 2017: 202). Релевантни стандарди који служе као

6 *De Tommaso v. Italy*, [2017], § 11, 17.

7 *De Tommaso v. Italy*, [2017], § 85.

8 *Kasparov v. Russia*, [2017], § 45, 46.

основ разграничења ограничења слободе кретања и лишења слободе су двојаки. С једне стране објективни, који се односе на услове живота и обухватају место у ком је појединцу наметнуто ограничење, те (не) могућност појединца да то место напусти, (не)могућност остваривања социјалних контаката, степен надзора и величину простора у коме је боравио. С друге стране субјективни који подразумева (не)постојање сагласности појединца са мером ограничења које му је наметнуто.

На основу приказане судске праксе, можемо приметити да је у односу на врсту мере Суд одлучивао у случајевима у којима је појединцима одређен притвор и кућни притвор односно мера принудног боравка и сматрао је, на основу конкретних околности, да је само прва ситуација довољно озбиљна да представља лишење слободе. У том смислу, узимао је у обзир и околност да ли је појединац пристао на ограничење које му је било наметнуто. Трајање није било од пресудног значаја као ни утицај који су мере имале на појединце. Важан фактор приликом доношења одлуке су били ефекти извршења мере у виду немогућности остваривања друштвених контаката, као и начин извршења мере. Можемо стога слободно рећи да Европски суд не издваја јединствен критеријум који би био кључан за разликовање ограничења слободе кретања и лишења слободе, међутим, одлуке Суда су у наведеним случајевима уједначене.

### **3. Особе у потреби за међународном заштитом на међи ограничења слободе кретања и лишења слободе**

Проблем разграничења ограничења кретања и лишења слободе је посебно осетљив и изражен у погледу особа у потреби за међународном заштитом. Међународна заштита може бити потребна странцима уопште или странцима у контексту ирегуларних миграција. За потребе анализе стандарда Европског суда за људска права, у раду ће из потоње категорије бити разматрано поступање према мигрантима који се незаконито налазе на територији одређене државе а нису изразили намеру да затраже азил и према тражиоцима азила о чијем захтеву није одлучено.

Сва ова лица се налазе ван своје земље и у њу не могу да се врате, а заштиту траже у другој земљи у којој очекују да ће је наћи. Мада држава особама којима је потребна међународна заштита треба да пружи заштиту коју они очекују, дозвољено је да им ограничи кретање у циљу контроле своје територије, контроле уласка и боравка странаца, те спречавања ирегуларних миграција.



### **3.1. Ирегуларне миграције и оправданост мера**

Истина, одређена лица се крећу ирегуларно да би избегла да буду регистрована (Köpöpen, 2020: 7) или подносе захтев за азил како би остала на територији земље док процедура не буде окончана<sup>9</sup>, а не из разлога специфичне ситуације у којој су се нашао. Стога, мере којима се особама у потреби за међународном заштитом ограничава слобода кретања у одређеним случајевима јесу оправдане, али је потребно прецизирати на који начин и у којим случајевима те мере могу бити примењиване.

Ограничење слободе кретања је оправдано из административних разлога – да би се утврдио идентитет појединца или основ на коме заснива свој захтев (Goodwin - Gill, 1986: 148) и уобичајено ради унапређења ефикасности процедуре (Hailbronner, 2007: 161). Лицима којима је потребна међународна заштита кретање тако ограничавају административни и полицијски службеници на различите начине. Најчешће форме су: задржавање у транзитним зонама – на међународним границама или аеродромима и смештање у прихватне центре или центре за задржавање и притвор.

Ипак, држава не би смела да злоупотреби своја широка овлашћења јер би на тај начин могла да доведе до ситуације да обично ограничење кретања лица којима је потребна међународна заштита прерасте у лишење слободе које је оправдано једино да би се предузеле мере у циљу изгона или екстрадиције када је утврђено да је улазак странца у земљу или његов боравак у њој неовлашћен.

### **3.2. Примери претварања ограничења слободе кретања у лишење слободе – уважавање специфичног статуса?**

*Амур против Француске* је први случај у којем је Европски суд испитивао однос између ограничења кретања и лишења слободе у контексту задржавања тражилаца азила у транзитној зони на аеродрому. Подносиоци представке су били држављани Сомалије који су након смене режима побегли из државе јер су чланови њихових породица убијени, а њихови животи су били угрожени. Они су из Сирије стигли авионом у Француску користећи фалсификоване пасоше због чега су смештени у транзитну зону на аеродрому, у одвојени део оближњег хотела који је коришћен као центар за задржавање, у трајању од 20 дана и под сталним полицијским надзором<sup>10</sup> пре него што су враћени у Сирију јер је њихов

9 Поједини аутори сматрају да би се у том смислу на ограничење слободе кретања могло гледати као на својеврсну казну за злоупотребу поступка азила (Lalić Novak, 2013: 140).

10 *Amuur v. France*, [1996], § 44.

захтев за азил одбијен.<sup>11</sup> Суд је идентификовао исте стандарде на основу којих утврђује границу између ограничења кретања и лишења слободе особа у потреби за међународном заштитом као што је то учинио у случајевима који се нису односили на лица којима је потребна заштита. Ипак, сада посебан значај даје трајању и наглашава да је ограничење кретања у транзитној зони оправдано ради спречавања ирегуларних миграција и неизбежно у вези са организовањем практичних детаља репатријације странаца или када је појединац затражио азил, док се његов захтев да му се допусти да уђе на територију у ту сврху разматра, али оно не сме да се претерано продужи јер би могло да прерасте у лишење слободе.<sup>12</sup> Суд је заузео став и да је теза француских власти да се у овом случају не може радити о лишењу слободе јер су подносиоци представке све време били слободни да напусте транзитну зону и оду назад у Сирију где им није био угрожен живот теоријска, посебно ако се лицу не нуди заштита која би била упоредива оној у земљи где је поднело захтев за азил.<sup>13</sup> На основу наведених чињеничних околности, Суд је утврдио да су подносиоци представке били лишени слободе. Овакав став је оправдан посебно имајући у виду да кретање које им је *de facto* било потпуно ограничено делује као казна коју је држава одредила тражиоцима азила који су страхујући за свој живот напустили земљу порекла у потрази за заштитом. Тражење азила није незаконита радња, и лица која тако уђу и бораве на територији одређене државе без дозволе треба заштитити од кажњавања – ограничења кретања и лишења слободе (Edwards, 2013: 5,6).

Када је реч о ограничењу у односу на странце којима је потребна међународна заштита, Суд је давао примат различитим стандардима. Тако је у случају *Фока против Турске* Суд истакао да иако трајање ограничења које је било наметнуто подносиоцима представке, држављанки Кипра, није могуће прецизно одредити, оно није могло трајати дуже од неколико сати нити дуже него што је то било неопходно да би се спровеле одговарајуће административне мере. Међутим, због прекомерне употребе силе државних власти Турске које су је приморале да уђе у ауто којим је била превезена до полицијске станице јер је одбила да царински службеници још једном изврше претресање, постоји елемент принуде због чега се може сматрати да је она била лишена слободе.<sup>14</sup> У наведеном случају Суд се определио да одлучујући значај на одлуку има елемент принуде. Принуда има двојаку димензију. С једне стране посматра се као начин

---

11 *Amuur v. France*, [1996], § 27, 11.

12 *Amuur v. France*, [1996], § 43.

13 *Amuur v. France*, [1996], § 48.

14 *Foka v. Turkey*, [2008], § 77, 78.

извршења мере, а с друге кроз непостојање сагласности лица са таквом мером. Имајући у виду да је одсуство сагласности субјективни елемент, постоји опасност да давање одлучујућег значаја овом критеријуму доведе до тога да процена разликовања ограничења кретања и лишења слободе буде релативна.

Насупрот томе, Суд је у случају *Нолан и К. против Русије* примат дао чисто објективним елементима, не разматрајући субјективне. Наиме, радило се о америчком држављанину коме је био забрањен улазак на територију Русије иако је имао визу, те је био закључан у малу просторију на аеродрому у којој није било телефона, вентилације и прозора у трајању од 9 и по сати<sup>15</sup>, а тек наредног јутра му је било дозвољено да оде до тоалета и да телефонира, при чему је све време био под сталним надзором службеника царинске контроле.<sup>16</sup> На основу наведених околности у којима се подносилац представке нашао, Суд је одлучио је он био лишен слободе.

Суд је нашао да је ограничење кретања прерасло у лишење слободе и у случају *Хлаифија и други против Италије* када су италијанске власти пресреле на мору мигранте, држављане Туниса, приликом покушаја илегалног уласка у земљу. Они су ради идентификације одведени у прихватни центар и било им је забрањено да га напусте у трајању од 5 и 6 дана. Потом су били пребачени на брод који се налазио у локалној луци у Италији где су остали наредних 6 и 8 дана. При томе су били под сталним полицијским надзором и нису имали могућност комуникације са спољним светом, а Влада није пружила доказе који указују да су подносиоци представке били слободни да напусте места у којима им је слобода била ограничена.<sup>17</sup> Суд је на основу трајања које није могао сматрати занемарљивим<sup>18</sup> и свих наведених услова којима су били изложени<sup>19</sup> установио да су подносиоци представке били лишени слободе.

У новијем случају *Илијас и Ахмед против Мађарске*, подносиоци представке су напустили Бангладеш: један због поплава у којима је живот изгубила његова породица, а други због тога што су две политичке партије покушале да га регрутују, претњама и nanoшењем телесних повреда. Када су из Србије стигли у Мађарску, било им је наметнуто ограничење у трајању од 23 дана у транзитној зони, на граници између ове две земље. Они су поднели захтев за азил и након тога нису могли да ступе на територију Мађарске ван транзитне зоне. Налазили су се у

15 *Nolan And K. v. Russia*, [2009], § 94.

16 *Nolan And K. v. Russia*, [2009], § 96.

17 *Khlaifia And Others v. Italy*, [2015], § 68, 69.

18 *Khlaifia And Others v. Italy*, [2015], § 70.

19 *Khlaifia And Others v. Italy*, [2015], § 66.

ограниченом простору, коме се није могло приступити споља, који је био ограђен жицом и под надзором полиције што је утицало на њихово ментално здравље.<sup>20</sup> Они нису могли ни да користе телефон, интернет или телевизију. Суд је и у овом случају нагласио да чињеница да су могли да напусте транзитну зону и да се врате у Србију која није узела у обзир њихову реадмисију, не значи да нису били лишени слободе.<sup>21</sup> Случај је сложен, као и случај Амур, јер се ограничење кретања посматра из два угла. С једне стране у смислу немогућности лица да ступи на територију земље и с друге стране његове немогућности да напусти одређено место. Да су подносиоци представке напустили територију Мађарске, њихов захтев за признавање избегличког статуса би био одбачен, што даље значи да би били изложени ризику од протеривања.<sup>22</sup> То би подразумевало да они треба да бирају између поступка азила и права на слободу, те Суд не може да прихвати да могућност напуштања транзитне зоне искључује лишење слободе.<sup>23</sup> На основу наведених околности ограничење које је било наметнуто подносиоцима представке у транзитној зони је прерасло у лишење слободе.

Предмет је био упућен Великом већу које мало другачије поставља стандарде које треба користити приликом разграничења ограничења кретања и лишења слободе у вези са особама у потреби за међународном заштитом. Истакнуто је да су стандарди којима се Европски суд руководи приликом одлучивања да ли је појединцу ограничено кретање или је лишен слободе у контексту затварања странаца на аеродрому у транзитној зони или смештања у прихватне центре, ради идентификације и регистрације миграната: конкретна ситуација појединца и његови избори, важећи правни режим државе и његова сврха, трајање посебно у светлости сврхе и процедуралне заштите појединца и природа и степен ограничења које му је наметнуто.<sup>24</sup> Мада је Суд већ узимао у обзир изборе појединца, сада се издвајањем овог стандарда њему даје већи значај. Изричито се наводи да је релевантан критеријум природа мере у питању, што је уосталом и уобичајено с обзиром на то да би требало да управо она указује на тежину мере, тј. повећан интензитет угрожавања права на слободу кретања, односно права на слободу и безбедност личности. Трајање се ближе одређује и уводи се нов стандард који раније није имао утицаја на разграничење ограничења слободе кретања и лишења слободе – важећи правни режим државе.

20 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2017], § 10, 21.

21 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2017], § 55.

22 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2017], § 55.

23 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2017], § 56.

24 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 217.

Велико веће је кроз призму наведених стандарда на сасвим другачији начин сагледало и тумачило чињенице овог случаја. Тако, околност што су подносиоци представке пристали да оду у прихватни центар не искључује могућност да се ради о лишењу слободе. Међутим, они су и границу Србије и Мађарске прешли самоиницијативно јер им у Србији нису непосредно били угрожени живот или здравље.<sup>25</sup> Велико веће је нагласило и да је сврха националног правног режима Мађарске одређивање смештаја тражиоцима азила док се не одлучи о њиховом захтеву, па мађарске власти нису имале намеру да их лише слободе, посебно имајући у виду да је њихов захтев за азил одбијен и да им је наложено да напусте земљу у року који не прелази време које је разумно оправдано и потребно да се о захтеву одлучи.<sup>26</sup> Они су остали у транзитној зони на граници јер су се жалили на такву одлуку и нису могли да ступе на територију Мађарске, али таква мера је била повезана са процедуром одлучивања о захтеву за азил.<sup>27</sup> Велико веће је истакло да за разлику од случајева затварања у транзитној зони на аеродромима, где је могућност лица да напусти зону теоријска, у случају задржавања у транзитној зони на међународној граници таква могућност реална.<sup>28</sup> На крају, Србија се сматра сигурном трећом земљом, па није постојала опасност да они буду враћени у своју земљу порекла, што значи да су могли да напусте транзитну зону у сваком тренутку и уђу у Србију. Стога је Велико веће одлучило да мера задржавања у конкретном случају није могла да прерасте у лишење слободе, већ представља ограничење слободе кретања.

Чини се да Велико веће у овом случају однос између ограничења кретања и лишења слободе испитује на основу стандарда који се тичу узрока због којих мигранти прелазе државне границе. Међутим, такве околности не би требало ни на који начин да утичу на разграничење ових ограничења, већ се треба држати критеријума који се непосредно тичу услова живота током трајања ограничења и (не)постојања сагласности лица са таквим ограничењем. При томе, уколико се већ проширује опсег стандарда који се примењују приликом доношења одлуке, треба узети у обзир да се тражиоцима азила оваквим ограничењима смањује могућност успешног окончања поступка и заштите њихових гарантованих права.

На основу анализе конкретних случајева, примећује се да коришћење израза који би требало да одреди врсту мере, попут: „задржавање“,

25 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 220, 222, 223.

26 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 224, 229.

27 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 233.

28 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 236.

„смештање“, „затварање“, „притварање“ као ни карактеризација простора нису релевантни, те у сваком случају лице може бити лишено слободе, у зависности од објективних околности и околности везаних за личне прилике (Mole, Крстић, Papadouli, Чучковић, Tidona, Waddell, 2018: 111). То значи да као и у случајевима у вези са лицима којима међународна заштита није потребна, квалификација ограничења које се одређује свим особама у потреби за међународном заштитом треба да садржи и објективне и субјективни елемент (Давинић, Крстић, 2019: 35).

Међутим, када је испитивао стандарде на основу којих се одређује да ли је странцима ограничена слобода кретања или су лишени слободе, Европски суд није узимао у обзир обе врсте елемената и при томе је одлучујући значај придао потпуно супротним факторима. Такав приступ није применио приликом оцене да ли је ограничење кретања странцима у контексту ирегуларних миграција прерасло у лишење слободе, па разматра и објективне и субјективне елементе, међутим, није правио разлику којој категорији лица они припадају.

Уз већ раније утврђене критеријуме, Суд је узимао у обзир и утицај који је ограничење имало на ова лица и сврху важећег правног режима државе која је ограничење наметнула. Може се приметити да посебан значај даје трајању, (не)постојању сталног полицијског надзора и (не)постојању фактичке могућности особе да напусти место у ком се налази тако што ће просто обавестити надлежно лице. У том смислу, трајање ограничења слободе кретања се издваја као важан фактор уколико се очигледно прекорачи време које је потребно да се утврди статус лица, а чини се да би типичне ситуације у којима су ова лица под скоро непрестаним полицијским надзором, те нису слободна да напусте место у ком им је наметнуто ограничење на основу простог обавештења (O’Nions, 2008: 166) требало да представљају лишење слободе. Ипак то не значи да Суд неће у зависности од конкретне ситуације даље процењивати и остале стандарде на основу којих ће се коначно утврдити да ли је ограничење кретања постало лишење слободе.

На крају, намеће се питање зашто се уопште по правилу тражиоцима азила током трајања поступка фактички ограничава слобода кретања на начин који лако може да прерасте у лишење слободе? Мада практично неостварива, идеална ситуација би била када им се никаква ограничења уопште не би ни наметала јер су они сами поднели захтев за утврђивање њиховог статуса, те би требало да могу слободно да се крећу у оквиру те државе у којој су захтев поднели. У противном, могло би се можда сматрати да им држава ни не пружа заштиту. Иако се тражиоци азила, за разлику од миграната, странаца уопште или осталих појединаца налазе у посебно рањивом положају јер обично страхујући за свој живот напуштају

земљу порекла, а при томе су изразили намеру да регулишу свој статус, Суд није спустио границу на основу које ограничење кретања постаје лишење слободе<sup>29</sup>, нити је придао посебан значај њиховој рањивости. Конкретне ситуације је процењивао на основу истих, како објективних тако и субјективних стандарда о којима је претходно било речи и на прилично сличан начин их је примењивао према свим лицима.

С друге стране, занимљиво је да је приликом утврђивања постојања повреде других права тражилаца азила и миграната која су гарантована Европском конвенцијом, попут права на забрану мучења<sup>30</sup>, Суд управо инсистирао на давању значаја чињеници да они припадају рањивој групи лица којима је потребна посебна заштита.<sup>31</sup> С обзиром на то да Европски суд узима рањивост као релевантан фактор када одлучује да ли је прекршено право на забрану мучења, није јасно због чега овај додатни стандард није могао да издвоји и примењује и у случајевима који су се тицали повреде права на слободу и безбедност личности или права на слободу кретања. Остаје отворено питање да ли ће Суд кренути истим стопама, тј. да ли ће рањивост као инхерентна карактеристика особа у потреби за међународном заштитом у будућности имати значај и у ситуацијама које се односе на утврђивање повреде ова два права.

#### **4. Постоји ли усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права?**

Стандарди Европског суда за људска права су обавеза за нашу државу, те би требало да је домаће право усклађено са њима. Како би се утврдило да ли је то случај, релевантна су два прописа на нивоу домаћег права која уређују ограничење слободе кретања лица којима је потребна међународна заштита – Закон о азилу и привременој заштити и Закон о странцима.

##### **4.1. Анализа правног оквира Републике Србије**

Закон о странцима прописује да је задржавање странца у просторијама надлежног органа могуће због утврђивања његовог идентитета

<sup>29</sup> Професорка Костело сматра да тражиоци азила имају поверење у државу у којој подносе захтев за азил да ће надлежне власти њихов захтев испитати, па све док се о захтеву не одлучи, требало би узети да се они законито налазе на територији те државе (Costello, 2015: 147).

<sup>30</sup> Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 3.

<sup>31</sup> *M.S.S. v. Belgium And Greece*, [2011], § 251, *A.S. v. Switzerland*, [2015], § 29, *Khlaifia And Others v. Italy*, [2015], § 135.

или законитости његовог боравака на територији Републике Србије.<sup>32</sup> Надлежни орган би требало да одреди странцу обавезни боравак на одређеној адреси уз меру обавезног јављања када постоји ризик да он неће бити доступан ради принудног удаљења.<sup>33</sup> Међутим, ако је испуњен услов сразмерности, и алтернативно, странац избегава или омета припрему за враћање, може му се одредити мера боравака у прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором.<sup>34</sup> Ова мера треба да траје што је краће могуће и не сме да траје дуже од 180 дана<sup>35</sup>, при чему престаје у моменту када странац затражи азил. Он се у тој ситуацији отпушта из прихватилишта, осим уколико постоје разлози за ограничење његовог кретања у складу са одредбама Закона о азилу и привременој заштити.<sup>36</sup>

Закон о азилу и привременој заштити предвиђа бројне ситуације у којима се тражиоцима азила кретање у оквиру Републике Србије може ограничити и разврстава их у две групе. У прву спадају разлози који се тичу утврђивања идентитета или држављанства тражиоца азила, утврђивања битних чињеница, околности и доказа на којима заснива свој захтев, обезбеђивања његовог присуства у поступку када се основано сумња да је захтев поднео како би избегао депортацију, заштите безбедности и јавног поретка земље и одлучивања о праву да уђе у земљу<sup>37</sup>, док у оквиру друге групе допуштени основи за ограничење кретања постоје ако се тражилац азила не придржава кућног реда који је одређен у центру за азил, тј. другом објекту за смештај и ако не сарађује са овлашћеним службеницима приликом здравственог прегледа.<sup>38</sup>

Мере ограничења кретања које се одређују тражиоцима азила су у обе ситуације исте, а за питање односа ограничења кретања и лишења слободе је спорно што је наш законодавац боравак тражилаца азила у прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором<sup>39</sup> оквалификовао као ограничење слободе кретања. Ова мера се одређује ако се на другачији начин није могла постићи сврха ограничења слободе кретања, односно ако тражилац азила прекрши забрану напуштања центра за азил, одређене адресе, тј. одређеног подручја или обавезу редовног

32 Закон о странцима, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018 и 31/2019, члан 86, став 1.

33 *Ibid.*, члан 93, став 1, 3.

34 *Ibid.*, члан 87, став 2, тачка 2.

35 *Ibid.*, члан 88, став 4.

36 Закон о странцима, члан 89, став 1, тачка 4.

37 Закон о азилу и привременој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018, члан 77, став 1.

38 *Ibid.*, члан 58, став 1, тачка 3, 7.

39 *Ibid.*, члан 78, став 1, тачка 1, 3.



јављања полицијској управи<sup>40</sup>, које са становишта домаћег законодавства неспорно имају карактер ограничења кретања. Имајући то у виду, већ се запажа да боравак у прихватилишту за странце подразумева виши степен ограничења у односу на остале мере.

Томе у прилог иде и дефиниција прихватилишта за странце коју даје Закон о странцима, према којој прихватилиште представља објекат за смештај странаца којима није дозвољен улазак у земљу или за које је донето решење о протеривању, удаљењу из земље или о враћању, али их није могуће одмах удаљити и којима је, у складу са законом, одређен боравак под појачаним полицијским надзором.<sup>41</sup> Проблем нормативног оквира се огледа и у чињеници што Закон о странцима прописује да странац не сме да самовољно напусти прихватилиште без одобрења и мора да поштује кућни ред и правила боравка.<sup>42</sup> С друге стране, у оквиру исте одредбе је прописано да има право да оствари контакт са члановима породице и да одређени временски период проведе на отвореном<sup>43</sup>, али та права су ограничена јер странци имају право на само две, уз одобрење, три посете недељно у трајању од 60 минута, а током боравка на отвореном су све време под полицијским надзором и у тачно одређеном простору.<sup>44</sup> По аналогији, у истом положају су и тражиоци азила који се налазе у прихватилишту за странце и укупно трајање њиховог боравка у прихватилишту може да износи највише 6 месеци.<sup>45</sup>

На основу норми које су садржане у националном законодавству, примећује се да се особама у потреби за међународном заштитом којима је одређен боравак у прихватилишту кретање ограничава на изузетно мали простор, под појачаним надзором и при томе немају могућности да слободно напусте прихватилиште, те им се прилично ограничава обим друштвених контаката. Такође, максимално трајање мере које предвиђају домаћи закони је претерано, посебно ако се узме у обзир да је Европски суд ограничења која су била наметнута лицима у сличној ситуацији, а која су трајала знатно краће, квалификовао као лишење слободе. Према томе, изводи се закључак да је прихватилиште за странце установа затвореног типа. С обзиром на то да су испуњени сви објективни елементи и имајући у виду интензитет и степен мере одређивања боравишта у

40 *Ibid.*, члан 79, 78, став 2.

41 Закон о странцима, члан 3, став 28.

42 *Ibid.*, члан 91, став 1.

43 *Ibid.*, члан 91, став 3, тачка 3, 5.

44 Правилник о кућном реду и правилима боравка у прихватилишту за странце, *Службени гласник РС*, бр. 42/2018, члан 22, став 1, 2, члан 17, став 1, 3.

45 Закон о азилу и привременој заштити, члан 78, став 4.

прихватилишту за странце особама у потреби за међународном заштитом, закључује се да таква мера не може да представља ограничење слободе кретања, као што је квалификована у домаћем праву, јер потпуно одговара мерама за које се Европски суд за људска права определио да представљају лишење слободе.

#### **4.2. Два предлога потребних промена**

На основу анализе устаљених стандарда Европског суда за људска права којима одређује границу када ограничење слободе кретања лица којима је потребна међународна заштита постаје лишење слободе, примећује се да у оквиру домаћег права наш законодавац не препознаје наведену разлику на адекватан начин. Мада домаће право у овој области није у потпуности усклађено са стандардима Европског суда, ипак није ни предалеко од њих будући да отворена питања оставља једино спорна мера задржавања, тј. одређивања боравка овим лицима у прихватилишту за странце. Имајући у виду да домаће право мора да буде усклађено са стандардима Европског суда, потребно је да се неусклађеност која тренутно постоји превазиђе и у том смислу, могућа су два предлога за решавање овог проблема која захтевају измене законских решења.

Први би подразумевао да одговарајући део Закона о азилу и привременој заштити који квалификује меру одређивања боравка у прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором као меру ограничења слободе кретања треба брисати, а у оквиру Закона о странцима треба сузити домаћај одредбе којом се странцима одређује боравак у прихватилишту, како би се ова мера користила у циљу изгона или екстрадиције само када је утврђено да је њихов улазак у земљу или боравак у њој неовлашћен. На тај начин нормативни оквир не би указивао на проблем јер би таква одредба Закона о странцима представљала лишење слободе, али би била у складу са чланом 5 Европске конвенције, па се не би ни постављало питање разграничења ограничења кретања и лишења слободе.

Друго, ако не долази до измена у оквиру Закона о азилу и привременој заштити, могуће решење би значило да измене морају да се односе на норме Закона о странцима. У том смислу, требало би успоставити двоструки режим у оквиру прихватилишта за странце. Један би се тицао лица која немају намеру да регулишу свој статус, односно, у односу на која се може извршити изгон или екстрадиција, па би у тој ситуацији могле да се примењују одредбе којима се тренутно уређују услови боравка и трајање мере у прихватилишту за странце. С друге стране, други режим би се односио на лица којима је потребна међународна заштита и која су изразила намеру да регулишу свој статус, али су прекршила алтернативне мере обичног ограничења кретања. Како би и мера боравка лица

којима је потребна међународна заштита у прихватилишту у оквиру овог режима могла да одговара ограничењу слободе кретања, потребно је унети одговарајуће допуне у текст Закона о странцима, тако да максимално трајање њиховог боравка буде скраћено, и морала би им бити остављена могућност да напуштају прихватилиште, те остварују друштвене контакте, али би надзор могао да остане појачан.

Осим тога што је прво решење једноставније, чини се и да је потпуно адекватно посебно имајући у виду да би особе у потреби за међународном заштитом ипак требало да уживају одговарајуће гаранције и специјалну заштиту док се о њиховом захтеву за утврђивање статуса не одлучи. Стога, у оквиру прописа којима се они штите не би требало ни да постоји могућност ограничења њихове слободе смештањем у прихватилиште за странце које је део комплекса затвора. Ипак, оба решења воде остварењу циља – усклађивању домаћег права са стандардима Европског суда за људска права.

## 5. Закључак

У раду је анализиран однос између концепта ограничења слободе кретања и лишења слободе, прво у контексту појединачца уопште, а потом у контексту особа у потреби за међународном заштитом. Релевантни стандарди, на основу којих се ова два ограничења разграничавају, изведени су на бази анализе праксе Европског суда за људска права. Анализа је показала да Европски суд у свим ситуацијама на сличан начин примењује читав низ објективних и један субјективни стандард када одлучује да ли је ограничење кретања прерасло у лишење слободе. Може се приметити да се међу релевантним стандардима не издваја ни један којем Суд даје одлучујући значај, тј. који би био пресудан за постављање границе између ових ограничења, већ конкретну одлуку доноси сагледајући кумулативно све стандарде.

Закључује се да стандарди Европског суда за људска права неоспорно имају пресудну улогу приликом разграничења ограничења слободе кретања и лишења слободе. Начелно, они су широко постављени. Међутим, на тај начин остављају простор Суду да флексибилно приступи конкретним ситуацијама и адекватно тумачи околности сваког појединачног случаја. Једини аспект који би се могао истаћи у том смислу као споран јесте некоришћење рањивости као релевантног стандарда за утврђивање границе између ограничења слободе кретања и лишења слободе лица којима је потребна међународна заштита, што би могло представљати простор за даље унапређење ових стандарда у будућности.

Осим тога, у раду су испитане норме законодавства Републике Србије које се тичу проблема разграничења ограничења слободе кретања и лишења слободе. Компаративна анализа је показала да постоје извесна одступања законских решења у Закону о азилу и привременој заштити и у Закону о странцима у односу на стандарде који су претходно изведени из праксе Европског суда за људска права. Оваква ситуација указује на постојање потребе усклађивања националног законодавног оквира са поменутиим стандардима, у циљу заштите основних људских права лица која се нађу на територији Републике Србије, а којима је потребна међународна заштита. Имајући у виду да се ова лица већ налазе у рањивом положају, потребно је предузети одговарајуће кораке у смислу измене постојећег нормативног оквира, јер би се тиме умањила неизвесност са којом се они суочавају током поступка за утврђивање њиховог статуса, те би положај особа у потреби за међународном заштитом био унапређен.

### Литература/References

Књиге и чланци у стручним часописима

Goodwin - Gill, G. S. (1986). The Detention of Non-Nationals, with Particular Reference to Refugees and Asylum-Seekers. *Defense of the Alien*. Vol. 9. 138–151.

European Court of Human Rights Council of Europe. (2020). *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights - Right to liberty and security*.

Давинић, М. Крстић, И. (2019). *Водич за примену релевантних прописа у области азила и миграција*. Београд: Група 484.

Edwards, A. (2013) Detention under scrutiny. *Forced Migration Review*. Vol. 44. 4–6.

Könönen, J. (2020). Legal geographies of irregular migration: An outlook on immigration detention. *Population, Space and Place*. Vol. 26. 1–11.

Крстић, И. Маринковић, Т. (2016). *Европско право људских права*, Београд: Савет Европе.

Lalić Novak, G. (2013). Ograničenje slobode kretanja tražitelja azila: zaštitna mjera ili kazna?. *Pravni vjesnik*, Vol. 29. 139–156.

Међународна комисија правника. (2017). *Миграције и међународно право људских права, Водич за практичаре бр. 6*. Београд: Београдски центар за људска права.

Mole, N. Крстић, И. Papadouli, M. Чучковић, Б. Tidona, A. Waddell, O. (2018). *Приручник о међународним и европским стандардима у области азила и миграција – поглед изблиза на нека конкретна питања*. Београд: АИРЕ Центар и Међународна организација за миграције.

O’Nions, H. (2008). No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience. *European Journal of Migration and Law*. Vol. 10. 149–185.

Hailbronner, K. (2007). Detention of asylum seekers. *European Journal of Migration and Law*. Vol. 9. 159–172.

Costello, C. (2015). Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet. *Current Legal Problems*. Vol. 68. 143–177.

Судска пракса и домаћи инструменти

ECtHR, *Guzzardi v. Italy*, Application no. 7367/76, Judgment of 6 November 1980.

ECtHR, *Raimondo v. Italy*, Application no. 12954/87, Judgment of 22 February 1994.

ECtHR, *Amuur v. France*, Application no. 19776/92, Judgment of 25 June 1996.

ECtHR, *Foka v. Turkey*, Application no. 28940/95, Judgment of 26 January 2008.

ECtHR, *Nolan And K. v. Russia*, Application no. 2512/04, Judgment of 6 July 2009.

ECtHR, *M.S.S. v. Belgium And Greece*, Application no. 30696/09, Judgment of 21 January 2011.

ECtHR, *Khlaifia And Others v. Italy*, Application no. 16483/12, Judgment of 1 September 2015.

ECtHR, *A.S. v. Switzerland*, Application no. 39350/13, Judgment of 30 November 2015.

ECtHR, *De Tommaso v. Italy*, Application no. 43395/09, Judgment of 23 February 2017.

ECtHR, *Kasparov v. Russia*, Application no. 53659/07, Judgment of 6 March 2017.

ECtHR, *Ilias And Ahmed v. Hungary*, Application no. 47287/15, Judgment of 14 March 2017.

ECtHR, *Ilias And Ahmed v. Hungary*, Application no. 47287/15, Judgment of 21 November 2019 (Grand Chamber).

Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *European Court of Human Rights Council of Europe*, 4. новембар 1950.

Протокол 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе која нису укључена у Конвенцију и први протокол уз њу, *European Court of Human Rights Council of Europe*, 16. септембар 1963.

Закон о азилу и привременој заштити, „Службени гласник РС“, бр. 24/2018.

Закон о странцима, „Службени гласник РС“, бр. 24/2018 и 31/2019.

Правилник о кућном реду и правилима боравка у прихватилишту за странце, „Службени гласник РС“, бр. 42/2018.

**Aleksandra Kastratović, LL.M.,**  
*PhD Student,*  
*Faculty of Law, University of Belgrade,*  
*Republic of Serbia*

**FROM RESTRICTION OF FREEDOM OF MOVEMENT TO  
DEPRIVATION OF LIBERTY OF PERSONS IN NEED OF  
INTERNATIONAL PROTECTION: Compliance of Serbian  
legislation with the European Court of Human Rights standards**

**Summary**

*Persons in need of international protection are in a difficult situation due to their uncertain legal status. From the moment of filing an application for decision on their legal status until it is actually determined, their freedom of movement is commonly restricted. However, the problem arises because a simple restriction of movement may amount to deprivation of liberty. The paper aims to determine when and under what conditions the restrictions on the freedom of movement may amount to deprivation of liberty, whether the difficult position of persons in need of international protection is taken into account, and whether Serbian legislation implements relevant standards established in the practice of the European Court of Human Rights on this matter. On the basis of the provision envisaged in the Serbian Asylum and Temporary Protection Act concerning restriction of freedom of movement of asylum seekers, the analysis suggests that it may cause problems in practice. Although Serbian legislation qualifies the retention of foreigners and asylum seekers in the shelter for foreigners as a measure of restriction of movement, such a situation may be inherent to the deprivation of their liberty due to the enacted provision of the Asylum Act. In this context, the author proposes necessary changes in the Serbian legislation..*

**Key words:** *international protection, restriction of freedom of movement, deprivation of liberty, European Court of Human Rights, Serbian legislation.*

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (М51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде <b>A4</b> .
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера, односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке.
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman Наслов рада приложити и на енглеском језику.
<b>Аутор(и)</b>	Не уносити име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма.
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фуноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усменом саопштењу рада*</b>	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне напомене на дну прве стране текста (фунота).
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Напомена о анонимности</b>	У тексту се не смеју користити изрази који упућују или откривају идентитет аутора (нпр. „о томе видети у нашем раду...“ или „...мој рад под називом ...“ и слично). Неопходно је избрисати из самог документа било коју персоналну информацију/име које упућује на аутора. Могу се приложити документи у чијем опису као и тексту нема персоналних информација.
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> </ol> </li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику.
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графиконе или слике доставити у формату .jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети <a href="#">овде</a> .
<b>Достављања радова</b>	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, <a href="https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index">https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index</a> ПРИЛИКОМ ПРЕДАЈЕ РУКОПИСА ПОТРЕБНО ЈЕ ДА АУТОРИ ПОПУНЕ СВЕ ПОДАТКЕ О СЕБИ У РУБРИЦИ "МЕТАПОДАЦИ" (АФИЛИЈАЦИЈА, ЗВАЊЕ, СТАТУС, ИНСТИТУЦИЈА, ГРАД, ДРЖАВА), КАО И КЉУЧНЕ РЕЧИ ЗА РУКОПИС.

\* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

## УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

**Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати.** Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Међународно право људских права</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	<b>Фус нота:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	<b>Фус нота:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001) <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>



## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

### UPUTSTVO AUTORIMA

<b>Opšte napomene</b>	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latinićnih navoda), <b>velićina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude <b>A4</b> .
<b>Obim rada</b>	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, ukljućujući razmake.
<b>Jezik i pismo</b>	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
<b>Naslov rada</b>	<b>Naslov rada</b> kucati velićinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman Naslov rada priloži i na engleskom jeziku.
<b>Autor(i)</b>	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
<b>Podaci o projektu ili programu*</b>	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
<b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b>	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
<b>Apstrakt</b>	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
<b>Ključne reći</b>	Ne više od 10 kljućnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
<b>Napomena o anonimnosti</b>	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slićno). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priloži dokumenti u ćijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
<b>Struktura teksta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zakljućak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Literatura (References)</b>	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
<b>Rezime (Summary)</b>	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (ukljućujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
<b>Tabele, grafikoni, slike</b>	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
<b>Autorska prava</b>	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti <a href="#">ovde</a> .
<b>Dostava radova</b>	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, <a href="https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfni/index">https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfni/index</a> PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŹAVA), KAO I KLJUĆNE REĆI ZA RUKOPIS.

\* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



## UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodjenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

**Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati.** Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Medunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Naredno citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	<b>Fusnota:</b> Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	<b>Fusnota:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Navodjenje u tekstu:</b> (Wallace, 2001) <b>Fusnota:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Note on author's identity (anonymity)</b>	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike). The authors of the document must delete their names from the text, with "Author" and year used in the references and footnotes, instead of the authors' name, article title, etc. Also, author identification should also be removed from the properties for the file.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> . format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The articles are to be submitted via online editorial management system АСИСТЕИТ, <a href="http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index">http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index</a>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IY-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IY-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

**Списак рецензената чланака објављених у Зборнику радова  
Правног факултета у Нишу у 2023. години**

Име и презиме	звање	афилијација/позиција
Игор Миљинковић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Бањој Луци
Дарко Радић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Бањој Луци
Дејан Спасић	редовни професор	Економски факултет Универзитета у Нишу
Татјана Јованић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Београду
Марија Караникић Мирић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Београду
Вук Радовић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Београду
Љубинка Ковачевић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Београду
Александра Јовановић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Београду
Нина Планојевић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Драган Вујисић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Драгица Живојиновић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Татјана Бугарски	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Новом Саду
Зоран Радивојевић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Невена Петрушић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Предраг Димитријевић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Драган Јовашевић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Љубица Николић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу

Мирослав Лазић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Миомира Костић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Ирена Пејић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Наташа Стојановић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Саша Кнежевић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Срђан Голубовић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Предраг Цветковић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Горан Обрадовић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Небојша Раичевић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Марија Игњатовић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Дејан Вучетић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Маја Настић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Александар Мојашевић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Дарко Димовски	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Душица Миладиновић Стефановић	редовни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Страхиња Миљковић	ванредни професор	Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици
Славиша Ковачевић	ванредни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Михајло Цветковић	ванредни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Новак Крстић	ванредни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Марко Димитријевић	ванредни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Милош Прица	ванредни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу

Анђелија Тасић	ванредни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Иван Илић	ванредни професор	Правни факултет Универзитета у Нишу
Милијана Буха	доцент	Правни факултет Универзитета у Бањој Луци
Лука Батуран	доцент	Правни факултет Универзитета у Новом Саду
Иван Милић	доцент	Правни факултет Универзитета у Новом Саду
Никола Илић	доцент	Правни факултет Универзитета у Београду
Зоран Вуковић	доцент	Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Ивана Симоновић	доцент	Правни факултет Универзитета у Нишу
Милица Вучковић	доцент	Правни факултет Универзитета у Нишу
Сања Ђорђевић Алексовски	доцент	Правни факултет Универзитета у Нишу
Марија Драгићевић	доцент	Правни факултет Универзитета у Нишу