УНИВЕРЗИТЕТ У ИСТОЧНОМ САРАЈЕВУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

и

ЕВРОПСКА ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА ЈАВНО ПРАВО

МЕЂУНАРОДНИ САВЕЗ ПРАВНИКА

ИНСТИТУТ ЗА УПОРЕДНО ПРАВО

СРПСКО УДРУЖЕЊЕ ЗА КРИВИЧНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

ИНСТИТУТ ЗА КРИМИНОЛОШКА И СОЦИОЛОШКА ИСТРАЖИВАЊА

ЗБОРНИК РАДОВА

„Правне празнине и пуноћа права“

Том I

COLLECTION OF PAPERS

“Legal gaps and the completeness of law“

Vol. I

XII Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп
одржан 28. октобра 2023. год. на Палама

УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-83-9

Источно Сарајево, 2024. год.

UNIVERSITY OF EAST SARAJEVO
FACULTY OF LAW

and

EUROPEAN PUBLIC LAW ORGANIZATION

INTERNATIONAL UNION OF LAWYERS

INSTITUTE FOR COMPARATIVE LAW

SERBIAN ASSOCIATION FOR CRIMINAL LEGAL THEORY AND PRACTICE

INSTITUTE OF CRIMINOLOGICAL & SOCIOLOGICAL RESEARCH

COLLECTION OF PAPERS
"Legal gaps and the completeness of law"
Vol. I

ЗБОРНИК РАДОВА
„Правне празнине и пуноћа права“
Том I

The XII Scientific conference on
The occasion of the Day of the Faculty of Law,
International scientific conference,
held in Pale, 28 October 2023

UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-83-9

East Sarajevo, 2024

ЗБОРНИК РАДОВА
XII Научног скупа поводом Дана Правног факултета,
који је у организацији
Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву,
и суорганизацији
Европске организације за јавно право,
Међународног савеза правника,
Института за упоредно право,
Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, и
Института за криминолошка и социолошка истраживања,
одржан 28. октобра 2023. год. на Палама, на тему:
„ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА“

Издавач
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Алексе Шантића 3, 71420 Пале
тел. 00387 57 226 609 / факс 00387 57 226 892
http://www.pravni.ues.rs.ba / dekanat@pravni.ues.rs.ba

За издавача
Проф. др Горан Марковић, декан

Коуредници
Проф. др Димитрије Ћеранић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Свјетлана Ивановић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Проф. др Самир Аличић

Лектор и коректор за српски језик
Проф. др Нина Ћеклић

Лектор и коректор за енглески језик
Мр Нинослава Радић, наставник страног језика

Техничка припрема
Проф. др Димитрије Ћеранић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Виши асс. Ђорђе Перишић, мр
Виши асс. Ивана Лазаревић, ма
Виши асс. Љубана Сладић, ма
Виши асс. Брано Хаџи Стевић, ма

Штампа
Графомарк, Лакташи

Тираж
70 примјерака

Зборник је реферисан у HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS и Central and Eastern European Online Library (CEEOL)

COLLECTION OF PAPERS
The XII Scientific conference on The occasion of The Day of The Faculty of Law,
on general topic „Legal gaps and the completeness of law“, which is organized
Faculty of Law, University of East Sarajevo,
in cooperation with the
European Public Law Organization,
International Union of Lawyers,
Institute for Comparative Law,
Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice,
and the Institute of Criminological & Sociological Research,
on 28. October 2023, in Pale

Publisher
Faculty of Law, University of East Sarajevo
Alekse Šantića Str. 3, 71420 Pale
phone. 00387 57 226 609 / fax 00387 57 226 892
http://www.pravni.ues.rs.ba / *dekanat@pravni.ues.rs.ba*

For the Publisher
Full Professor Goran Marković, dean

Edited by
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Associate Professor Radislav Lale
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Assistant Professor Đorđe Marilović
Full Professor Samir Aličić

Proofreading for the Serbian language
Associate Professor Nina Ćeklić

Proofreading for the English language
Ninoslava Radić, MA (Linguistics), English language teacher

Technical preparation
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Assistant Professor Đorđe Marilović
Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić
Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević
Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić
Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević

Printing
Grafomark, Laktaši

Circulation
70 copies

COLLECTION OF PAPERS included in base of journals and e-books:
HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS and Central and Eastern European Online Library (CEEOL)

Зборник радова
ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА

Научни одбор
Проф. др Миленко Крећа, бивши судија Међународног суда правде, судија *ad hoc* Европског суда за људска права, ранији члан Венецијанске комисије и Сталног арбитражног суда у Хагу, предсједник Научног одбора
Full Professor Spyridon Flogaitis, University of Athens, Faculty of Law, Director of the European Public Law Organization and President of the Board of Directors of EPLO, Greece
Академик проф. др Станко Бејатовић, члан Предсједништва Међународног савеза правника, Москва, предсједник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, предсједник Управног одбора Института за Криминолошка и социолошка истраживања у Београд, Србија
Проф. др Вид Јакулин, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Словенија
Проф. др Борче Давитковски, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија
Проф. др Елена Геннадиевна Багреева, профессор Департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве Российске Федерацие, член исполкома Международного союза юристов, Российская Федерация
Проф. др Владимир Чоловић, директор Института за упоредно право у Београду, Србија
Проф. др Велимир Ракочевић, Правни факултет Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора
Проф. др Дарко Симовић, Криминалистичко полицијски универзитет, Београд
Проф. др Јурij Топлак, Универзитет у Марибору, Словенија
Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, БиХ, Република Српска
Проф. др Туњица Петрашевић, Правни факултет Свеучилишта „Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку, Хрватска
Проф. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинјиан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија
Prof. dr Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary
Prof. dr Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom
Доц. др Дуња Дуић, Правни факултет Свеучилишта „Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку, Хрватска
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Senior researcher at the Human Rights Center and the Programme Human Rights in Context at Ghent University, Belgium

Организациони одбор
Проф. др Горан Марковић, предсједник; Академик проф. др Станко Бејатовић;
Проф. др Владимир Чоловић; Проф. др Димитрије Ћеранић; Доц. др Сања Голијанин; Проф. др Самир Аличић; Проф. др Свјетлана Ивановић; Доц. др Сања Крешталица; Доц. др Ђорђе Мариловић; Доц. др Драгана Дамјановић; Мр Нинослава Радић; Виши асистент Ђорђе Перишић, мр; Виши асистент Ивана Лазаревић, ма; Виши асистент Љубана Сладић, ма;
Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма.

Коуредници
Проф. др Димитрије Ћеранић; Проф. др Радислав Лале; Проф. др Свјетлана Ивановић;
Доц. др Ђорђе Мариловић; Проф. др Самир Аличић

Conference Proceedings
LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW

Scientific Committee

Prof. Milenko Kreća, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law, former judge of the International Court of Justice, ad hoc judge of the European Court for Human Rights, former member of the Venice Commission and the Permament Court of Arbitration, Serbia, President of the Board;
Prof. Spiridon Flogaitis, Full Professor, University of Athens, Faculty of Law, Director of the European Public Law Organization and President of the Board of Directors of EPLO, Greece;
Academician Stanko Bejatović, Full Professor, member of the Presidency of the International Union of Lawyers, Moscow, President of the Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice, President of the Board of Directors of the Institute for Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia;
Prof. Vid Jakulin, Full Professor, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia;
Prof. Borče Davitkovski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia;
Prof. dr Elena Gennadievna Bagreeva, Full Professor of the Department of legal regulation of economic activity of the Financial University under the Government of the Russian Federation, member of the Executive Committee of the International Union of lawyers, member of the Association of Lawyers of Russia, academician of the Slavic Academy, Russian Federation;
Prof. Vladimir Čolović, Full Professor, Principal of the Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia;
Prof. Velimir Rakočević, Full Professor, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
Prof. Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Serbia;
Prof. Jurij Toplak, Full Professor, University of Maribor, Slovenia;
Prof. Goran Marković, Full Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina;
Prof. Tunjica Petrašević, Full Professor, Faculty of Law, University "Josip Juraj Štrosmajer" in Osijek, Croatia;
Prof. Dragan Gocevski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia;
Prof. Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary;
Prof. Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom;
Prof. Dunja Duić, Associate Professor, Faculty of Law, University "Josip Juraj Štrosmajer" in Osijek, Croatia;
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Senior researcher at the Human Rights Center and the Programme Human Rights in Context at Ghent University, Belgium.

Organizing Committee

Full Professor Goran Marković, President; Academician Full Professor Stanko Bejatović; Full Professor Vladimir Čolović; Associate Professor Dimitrije Ćeranić; Assistant Professor Sanja Golijanin; Full Professor Samir Aličić; Associate Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Assistant Professor Dragana Damjanović; Ninoslava Radić, LL.M; Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić, LL.M; Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević, LL.M; Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić, LL.M; Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.

Co-editors

Associate Professor Dimitrije Ćeranić; Associate Professor Radislav Lale; Associate Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Full Professor Samir Aličić

Финансијску подршку у организацији XII Научног скупа поводом Дана Правног факултета на општу тему „Правне празнине и пуноћа права“, који је одржан 28. октобар 2023. год. на Палама, пружило нам је неколико истакнутих институција и појединаца на чему им искрено захваљујемо.

Посебну захвалност исказујемо:

ПОКРОВИТЕЉУ СКУПА – ОЛИМПИЈСКОМ ЦЕНТРУ ЈАХОРИНА,
директору Олимпијског центра г. Дејану Љевнаићу,

Предсједнику Републике Српске,
г. Милораду Додику,

Предсједнику Владе Републике Српске,
г. Радовану Вишковићу,

Министарству за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске, министру доц. др Жељку Будимиру,

Нотарској комори Републике Српске,
предсједнику др Бориславу Радићу

Адвокатској комори Републике Српске,
предсједнику г. Далибору Мрши

Републичкој управи за геодетске и имовинско-правне послове Републике Српске, директору мр Драгану Станковићу

Д.о.о. Милкус, Пале, г. Миомиру Кусмуку

Адвокату из Бијељине, г. Горану Василићу

Начелнику Општине Источно Ново Сарајево, г. Јовану Катићу

Начелнику Општине Источна Илица, г. Маринку Божовићу

Начелнику Општине Трново, г. Драгомиру Гаговићу

Начелнику Општине Калиновик, г. Радомиру Сладоју

Компанији Параграф лекс из Београда

Уз спремност за наставком сарадње на обострану корист и задовољство, а прије свега на ползу свим правним посленицима, уз жељу за унапређењем правног поретка Републике Српске, још једном захваљујемо свим институцијама и појединцма који су нам помогли у припреми и одржавању **XII Научног скупа поводом Дана Правног факултета, који је по броју референата, држава из којих долазе и броју саопштених реферата, у 2023. години био највећи научни скуп у области права у југо-источној Европи и можда чак и највећи у Европи**.

С поштовањем,

ДЕКАН
Проф. др Горан Марковић

Several prominent institutions and individuals provided to us the financial support for the organization of the XII Scientific Conference on the Occassion of the Day of the Faculty of Law on the general topic „LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW“, which was held in Pale on 28 October 2023. We are sincerely grateful to them.

We particularly thank to:

The Sponsor of the Conference Olympic center Jahorina,
Director of the Olympic center Mr. Dejan Ljevnaić,

President of the Republika Srpska,
Mr. Milorad Dodik,

President of the Government of the Republika Srpska,
Mr. Radovan Višković,

The Ministry of Scientific and Technological Development and Higher Education,
Minister Assistant Professor Željko Budimir,

Notary Chamber of the Republika Srpska,
President dr. Borislav Radić

Bar Association of the Republika Srpska, President Mr. Dalibor Mrša

Republic administration for geodetic and property affairs, Republic of Srpska,
Director Dragan Stanković, LL.M.

D.o.o. Milkus, Pale, Mr Miomir Kusmuk

Attorney from Bijeljina, Mr. Goran Vasilić

Mayor of the Municipality of Istočno Novo Sarajevo, Mr. Jovan Katić

Mayor of the Municipality of Istočna Ilidža, Mr. Marinko Božović

Mayor of the Municipality of Trnovo, Mr. Dragomir Gagović

Mayor of the Municipality of Kalinovik, Mr. Radomir Sladoje

Company Paragraf Lex, Belgrade

With the readiness to continue cooperation for mutual benefit and satisfaction, and above all for the benefit of all legal professionals, with the desire to improve the legal order of the Republic of Srpska, we once again thank all the institutions and individuals who helped us in the preparation and holding of the XII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, which in 2023 was the largest scientific conference in the field of the legal sciences in Southeast Europe and maybe the largest in Europe in terms of the number of referees, the countries from which they come and the number of published papers.

Sincerely yours,

DEAN
Professor Goran Marković

Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, том I,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2024, стр. 1–585.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-83-9

САДРЖАЈ

ПРЕДГОВОР XV

ПЛЕНАРНА ИЗЛАГАЊА

Проф. др Миленко Креća
АПСОЛУТНО ОБАВЕЗУЈУЋА ПРАВИЛА (*IUS COGENS*) КАО МЈЕРИЛО ЛЕГАЛНОСТИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА 1

Проф. др Јанис Каркалис
НА ТАНКОМ ЛЕДУ: УСПОСТАВЉАЊЕ РАВНОТЕЖЕ ИЗМЕЂУ СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА И СЛОБОДЕ ВЈЕРОИСПОВИЈЕСТИ У ЕВРОПИ.....23

УСТАВНО ПРАВО

Академик проф. др Алексиос Панагополус
ДРЖАВНО-ЦРКВЕНО-ПРАВНИ ОДНОСИ У ГРЧКОМ УСТАВУ.....37

Проф. др Оксана Владиславова Черкасова
Доц. др Галина Алексејевна Баних
ЈАВНА КОНТРОЛА КАО УСТАВНО-ПРАВНА ИНСТИТУЦИЈА: ПРОБЛЕМАТИЧНИ АСПЕКТИ СПРОВОЂЕЊА ЗАКОНА.....52

Проф. др Дарко Симовић
ИСТОРИЈСКО ПОРЕКЛО И САДРЖИНА ПРЕАМБУЛА САВРЕМЕНИХ УСТАВА.....66

Проф. др Слободан Орловић
О УСТАВНОЈ ЖАЛБИ И ПОУСТАВЉЕЊУ УСТАВНОСУДСКЕ КОНТРОЛЕ СУДСКИХ ПРЕСУДА У СРБИЈИ..... 87

Проф. др Горан Марковић
СЛОБОДА УДРУЖИВАЊА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА.....115

Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, том I,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2024, стр. 1–585.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-83-9

Проф. др Милан Пилиповић
ИЗВРШНА ВЛАСТ У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 150

Доц. др научни сарадник Мијодраг Радојевић
РЕФЕРЕНДУМ У ПОДЕЉЕНИМ ДРУШТВИМА 178

Проф. др Мустафа Сефо
О МЕДИЈСКОЈ КОМУНИКАЦИЈИ: ИЗМЕЂУ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ И СЛОБОДЕ 207

Доц. др Цвија Јурковић
Виши асистент Иван Томић, маг. иур.
ЗАШТИТА ВИТАЛНОГ НАЦИОНАЛНОГ ИНТЕРЕСА – (НЕ)ПОСТОЈЕЋА ПРАВНА ПРАЗНИНА У УСТАВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ 222

Асистент др Марија Аријана Дочиу
КОНТРОВЕРЗНИ ПРАВНИ АСПЕКТИ У ВЕЗИ СА ГРАДОНАЧЕЛНИКОМ У РУМУНИЈИ 244

Докторанд Ли Јуанјун
ИДЕЈА ЉУДСКИХ ПРАВА У КИНЕСКОМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ 252

МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО

Академик проф. др Борис Кривокапић
ЗНАЧАЈ XIX ВЕКА ЗА РАЗВОЈ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА 288

Проф. др Алан Ф. Татам
РАЗВОЈ ПРАВА НА ЕФИКАСАН ПРАВНИ ЛИЈЕК У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: ПОПУЊАВАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА ОД СТРАНЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ 335

Проф. др Кемал Макили-Алијев
ИСПИТИВАЊЕ ПОЛИТИЧКИХ ПРИЗНАЊА ЗЛОЧИНА ГЕНОЦИДА: ПРАВНА АНАЛИЗА СЛУЧАЈА ПЕРИНЧЕК ПРОТИВ ШВАЈЦАРСКЕ 354

Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, том I,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2024, стр. 1–585.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-83-9

Проф. др Матеј Савић
САВРЕМЕНИ МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ПОРЕДАК – ДРЖАВА, ПРАВО И ПОЛИТИКА 369

Доц. др Цинција Валенте
ПРЕМОШЋАВАЊЕ РЕГУЛАТОРНИХ ПРАЗНИНА, ПРЕИСПИТИВАЊЕ ПОЛИТИКА ИНТЕГРАЦИЈЕ И УРЕЂЕЊЕ ДОБРИХ ПРАКСИ ЗА ДЈЕЦУ БЕЗ ПРАТЊЕ У ЕВРОПСКОМ ОКВИРУ 401

Доц. др Борис Тучић
Докторанд мр Радмила Драгишић
ПРАКСА СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ФУНКЦИЈИ ОСТВАРИВАЊА ЈАСНОЋЕ ОДРЕДАБА РЕГУЛАТИВЕ БРИСЕЛ II БИС 424

ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА

Проф. др Ксаба Варга
ЛОГИЧКЕ И СИСТЕМАТСКЕ ТЕОРИЈСКЕ ПРЕТПОСТАВКЕ О ПОТПУНОСТИ ПРАВА: ПРАВО КАО ПРАВИЛО И ПРАВО КАО НОРМА 447

Проф. др Мирјана Надаждин Дефтердаревић
ПРАВО, ПРАВНИ СИСТЕМ И ПРАВНА ПРАЗНИНА 459

Проф. др Горан Дајовић
АНАТОМИЈА И ПАТОЛОГИЈА ЗАКОНОДАВСТВА У СРБИЈИ ПОЧЕТКОМ ДВАДЕСЕТ ПРВОГ ВЕКА 480

Проф. др Ранка Перић Ромић
ПОКУШАЈ РАЗГРАДЊЕ НАЦИОНАЛНОГ ИДЕНТИТЕТА СРПСКОГ НАРОДА ПОД УТИЦАЈЕМ „СТРАНОГ ФАКТОРА“ 505

Доц. др Милош Здравковић
ФУЛЕРОВА ТЕОРИЈА НА ДЕЛУ – АНАЛИЗА ЗАКОНОДАВСТВА НЕЗАВИСНЕ ДРЖАВЕ ХРВАТСКЕ 521

Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма
ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА – УСТАВНИ СУД ЕВРОПЕ? 540

ЛИСТА РЕЦЕНЗЕНАТА 570

Collection of Papers „Legal gaps and the completeness of law“, Vol. I,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2024, pp. 1–585.
UDC 34:082 ISBN 978-99938-57-83-9

CONTENTS

FOREWORD XVI

KEYNOTE OPENINGS

Full Professor Milenko Kreća, LL.D.
ABSOLUTELY BINDING RULES (IUS COGENS) AS CRITERIA OF LEGALITY IN INTERNATIONAL LAW 1

Professor Ioannis Karkalis, LL.D.
ON THIN ICE: STRIKING A BALANCE BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND FREEDOM OF RELIGION IN EUROPE 23

CONSTITUTIONAL LAW

Academic Prof. Dr. Alexios Panagopoulos.
LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN THE STATE AND CHURCH IN THE GREEK CONSTITUTION 37

Senior Lecturer Oksana Vladislavovna Cherkasova, LL.D.
Assistant Professor Galina Alekseevna Bannykh, LL:D.
PUBLIC CONTROL AS A CONSTITUTIONAL AND LEGAL INSTITUTION: PROBLEMATIC ASPECTS OF LAW ENFORCEMENT 52

Full Profesor Darko Simović, LL.D.
HISTORICAL ORIGINS AND CONTENT OF THE PREAMBLES OF THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONS 66

Full Professor Slobodan Orlović, LL.D.
ON THE CONSTITUTIONAL APPEAL AND THE CONSTITUTIONAL REGULATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT CONTROL OF COURT DECISIONS IN SERBIA 87

Full Professor Goran Marković, LL.D.
FREEDOM OF ASSOCIATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS 115

Collection of Papers „Legal gaps and the completeness of law“, Vol. I,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2024, pp. 1–585.
UDC 34:082 ISBN 978-99938-57-83-9

Associate Professor Milan Pilipović, LL.D.
EXECUTIVE AUTHORITY IN LOCAL SELF-GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SRPSKA 150

Research Associate Mijodrag Radojević, LL.D..
REFERENDUMS IN DIVIDED SOCIETIES 178

Associate Professor Mustafa Sefo, LL.D.
ON MEDIA COMMUNICATION: BETWEEN PRIVATIZATION AND FREEDOM 207

Assistant Professor Cvija Jurković, LL:D.
Senior Assistant Ivan Tomić, PhD student
PROTECTION OF VITAL NATIONAL INTEREST – THE (NON) EXISTING LEGAL GAP IN THE CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 222

University Assistant Maria-Ariana Dociu, LL.D.
CONTROVERSIAL LEGAL ASPECTS REGARDING THE POSITION OF MAYOR IN ROMANIA 244

LI Yuanjum, PhD student
THE IDEA OF HUMAN RIGHTS IN THE CHINESE LEGAL SYSTEM 252

PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Academician, Full Professor Boris Krivokapić, LL.D.
SIGNIFICANCE OF THE 19TH CENTURY FOR THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW 288

Full Professor Alan F. Tatam, LL.D.
THE DEVELOPMENT OF THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY UNDER EU LAW: THE FILLING OF LEGAL GAPS BY THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE 335

Associate Professor Kamal Makili-Aliyev, LL.D.
CHALLENGING POLITICAL RECOGNITIONS OF A CRIME OF GENOCIDE: A LEGAL PERSPECTIVE ON *PERINCEK V. SWITZERLAND* CASE..... 354

Collection of Papers „Legal gaps and the completeness of law“, Vol. I,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2024, pp. 1–585.
UDC 34:082 ISBN 978-99938-57-83-9

Associate Professor Matej Savić, LL.D.
CONTEMPORARY INTERNATIONAL LEGAL ORDER–STATE, LAW AND POLITICS 369

Senior Assistant Professor Cinzia Valente, LL.D.
BRIDGING REGULATORY GAPS, RETHINKING INTEGRATION POLICIES, AND ARRANGING GOOD PRACTICES FOR UNACCOMPANIED CHILDREN IN THE EUROPEAN FRAMEWORK 401

Assistant Professor Boris Tučić, LL.D.
Radmila Dragišić, LL.M., PhD Student
CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AS A MEANS OF CLARIFYING PROVISIONS OF THE BRUSSELS II BIS REGULATION 424

THEORY OF STATE AND LAW

Full Professor Csaba Varga, LL.D.
THE LOGICAL AND SYSTEMS THEORETICAL PRESUPPOSITIONS OF THE LAW'S COMPLETENESS: LAW AS RULE AND LAW AS NORM 447

Full Professor Mirjana Nadaždin Defterdarević, LL.D.
LAW, LEGAL SYSTEM AND LEGAL GAP 459

Full Professor Goran Dajović, LL.D.
ANATOMY AND PATHOLOGY OF THE LEGISLATIION IN SERBIA AT THE BEGINNING OF THE TWENTY-FIRST CENTURY 480

Associate Professor Ranka Perić Romić, LL.D.
AN ATTEMPT OF DISSOLUTION OF ETHNIC IDENTITY OF SERBIAN PEOPLE UNDER THE INFLUENCE OF 'FOREIGN FACTOR' 505

Assistant Professor Miloš Zdravković, LL.M.
FULLER'S THEORY IN USE – THE INDEPENDENT STATE OF CROATIA LEGISLATION ANALYSIS 521

Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – A CONSTITUTIONAL COURT OF EUROPE? 540

LIST OF REVIEWERS 578

П Р Е Д Г О В О Р

Суду научне јавности предајемо Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, који је резултат научног скупа који је по дванаести пут одржан поводом Дана Правног факултета. На скупу који је одржан октобра 2023. године, **206 аутора и коаутора, са три континента, из 23 државе** (Русија, Грчка, Кина, Италија, Мађарска, Шпанија, Куба, Мексико, Турска, Бугарска, Румунија, Грузија, Молдавија, Кипар, Холандија, Данска, Шведска, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и БиХ са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ), саопштили су 162 реферата на српском, руском, енглеском, италијанском, шпанском односно матерњим језицима учесника.

Овај скуп био је **највећи одржани скуп у области права на простору југоисточне Европе, као и један од највећих на тлу цијеле Европе у 2023. години, а можда чак и највећи**.

Саорганизатори научног скупа били су Међународни савез правника (*International Union of Lawyers*), Европска организација за јавно право (*European Public Law Organization*), Институт за упоредно право, Институт за криминолошка и социолошка истраживања и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

У зборнику је на преко **2400 страница у пет томова објављено 111 радова од 146 аутора и коаутора из 19 држава** (Русија, Грчка, Италија, Мађарска, Шпанија, Куба, Мексико, Турска, Бугарска, Румунија, Грузија, Молдавија, Кипар, Шведска, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Црна Гора и БиХ са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ). Трећина радова објављена је на свјетским језицима (енглески, руски и италијански).

Научни скуп који се одржава поводом Дана Правног факултета категорисан је и класификован од стране Министарства за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске као **међународни научни скуп од посебног значаја прве категорије**, и један је од три најбоље класификована и категорисана научна скупа из свих научних области у држави.

Аутори су се бавили разноврсним питањима правне теорије и праксе, из свих правних научних дисциплина. Њихов циљ био је да самостално и критички анализирају правна начела и институте, да подвргну критици правне теорије и позитивно право и да дају научни допринос развоју правне теорије и усавршавању правних система. Мултиметодолошки приступ, који краси не само зборник у цјелини, него и појединачне радове, омогућио је да научна анализа буде свестрана и богата, а постигнути научни резултати значајни за унапређење правних наука.

Вјерујемо да ће посленици правних наука наћи довољно добрих научних анализа, интригантних ставова и полазишта за нове научне анализе. Надамо се и да ће носиоци јавних функција и правници практичари наћи одговоре на бројна питања која су им се јављала у политичкој и правној пракси, те да ће ови одговори постати основ за промишљање и усвајање нових позитивноправних рјешења.

На тај начин, овај зборник ће испунити своју сврху. Он ће представљати допринос развоју правних наука, и то у тешким друштвеним и политичким приликама, у којима се пред посленицима правних наука јављају бројни изазови и тешко рјешива теоријска и практична питања.

У Источном Сарајеву, Пале, октобра 2024. год.

Уредници Зборника радова
Проф. др Димитрије Ћеранић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Свјетлана Ивановић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Проф. др Самир Аличић

F O R E W O R D

We present to the scientific public the Proceedings "Legal gaps and the completeness of law", which is the result of the scientific conference held for the twelfth time on the occasion of the Day of the Faculty of Law. At the conference held in October 2023, **206 authors and co-authors, from three continents and 23 countries** (Russia, Greece, China, Italy, Hungary, Spain, Cuba, Mexico, Turkey, Bulgaria, Romania, Georgia, Moldova, Cyprus, the Netherlands, Denmark, Sweden, Serbia, North Macedonia, Croatia, Slovenia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina with authors from the Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina), presented 162 reports in Serbian, Russian, English, Italian, Spanish that is, in their native languages. This was the **largest conference held in the field of law in Southeast Europe, as well as one of the largest, perhaps the largest one, in Europe in 2023**.

The co-organizers of the scientific conference were the International Union of Lawyers, the European Public Law Organization, the Institute for Comparative Law, the Institute for Criminological and Sociological Research and the Serbian Association for Criminal Law Theory and Practice. The Proceedings contain over **2,400 pages in five volumes with 111 works by 146 authors and co-authors from 19 countries** (Russia, Greece, Italy, Hungary, Spain, Cuba, Mexico, Turkey, Bulgaria, Romania, Georgia, Moldova, Cyprus, Sweden, Serbia, North Macedonia, Croatia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina with authors from Republika Srpska and the Federation of BiH). A third of the papers were published in world languages (English, Russian and Italian). The scientific conference held on the occasion of the Day of the Faculty of Law is categorized and classified by the Ministry of Scientific and Technological Development and Higher Education of the Republika Srpska as an **international scientific conference of the special importance of the first category** and is one of the three best classified and categorized scientific meetings from all scientific areas in the state.

The authors dealt with various issues of legal theory and practice, in all legal disciplines. Their goal was to independently and critically analyze legal principles and institutes, to subject legal theory and positive law to criticism, and to make a scientific contribution to the development of legal theory and the improvement of legal systems. The multimethodological approach, which adorns not only the collection as a whole, but also individual papers, made it possible for the scientific analysis to be versatile and rich, and the achieved scientific results significant for the improvement of legal sciences. We believe that students of legal sciences will find enough good scientific analyses, intriguing positions and starting points for new scientific analyses. We also hope that public office holders and legal practitioners will find answers to numerous questions that have arisen in their political and legal practice, and that these answers will become the basis for reflection and adoption of new positive legal solutions. In this way, this collection will fulfill its purpose. It will represent a contribution to the development of legal sciences, especially in difficult social and political circumstances, in which numerous challenges and difficult-to-solve theoretical and practical questions arise before the practitioners of legal sciences.

In East Sarajevo, Pale, October 2024

Editors-in-Chief
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Associate Professor Radislav Lale
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Assistant Professor Đorđe Marilović
Full Professor Samir Aličić

UDC/УДК 341.01
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Full Professor Milenko Kreća, LL.D.

Former Judge *ad hoc* of the ICJ and ECHR,
Former Member of Venice Commission and Permanent Court of Arbitration,
President of National Branch of World Association of International Law (ILA),
President of International Criminal Law Association in Serbia

ABSOLUTELY BINDING RULES (*IUS COGENS*) AS CRITERIA OF LEGALITY IN INTERNATIONAL LAW

In this paper, the author analyzes the nature of the ius cogens rules in the international legal order. The international ius cogens reflects the authentic needs of the international community. It has emerged on a wave of profound metamorphosis which transformed the international community, in addition to antagonisms in the sphere of material interests and ideologies, into a single entity. The analysis focuses on both formal characteristic of ius cogens, being objectiveness, peremptoriness, universality and dynamic nature as well as on the legal effects of corpus iuris cogentis. In that regard, the article provides for a detailed analysis of the relevant norms consisted in the Pact of League of Nations and the UN Charter, seen as acts of constitutional im-portance of organized international community and the relevant jurisprudence of the International Court of Justice. The author concludes that the concept of legality in international law in its strict sense could not be established until the moment when absolute and unavoidable limits of freedom of behavior of states were set by general international law.

Keywords: Ius cogens; International legal order; legality; universality.

1. GENERAL CONSIDERATIONS

1. The idea of *ius cogens* as an autonomous notion[1] of international public law concides with birth of international law.

Milenko Kreća, *milenkokreca@gmail.com.*

It should be emphasized, since there exists opinion that the international *ius cogens* is borrowing from international law where it exists in the form of *ordre public*.

More acceptable to understanding that the concept of *ius cogens* cannot be identified with that concept in the Institutions and in by Justinian, through the Middle Ages or in modern civil codes adopted after the French revolution.[2]

The idea of *ius cogens*, not speaking its name, is consumed in the early doctrines of international public policy (*ordre public international*) as one of its constitutive elements in a broad arc from the natural law teaching on *ius necessarium*[3] via neonaturalist teaching on fundamental rights of States as absolute, primordial and permanent[4] and general principles of law as constitutional principles at the top of pyramid of international law[5] to understanding of UN Charter as "higher law" in the system of international law, international public order (*ordre public*) within the framework of universal international law[6] or, in the essential sense, of the constitution of the international community.[7]

The fact that *ius cogens* understood as the limitation of freedom of conduct of subjects of law is indispensable component of any legal system

[1] For example, Schwelb stated: "The concept of *ius cogens* is taken from municipal legal systems and its reception shares the possible pitfalls inherent in municipal law analogies". E. Schwelb, "Some aspects of international *ius cogens* as formulated by International Law Comission", 61 The *American Journal of International Law* 4/1967, 948. In that sence, see also Gutteridge (G. Britain), General Assembly VI Cttee, 18th session, 786 meeting par. 4; Miras (Turkey); *Ibid*., 22nd session, 980 meeting, paras. 18–20.

[2] M. Bartoš, „Rad Komisije UN za međunarodno pravo u 1963", *Međunarodni problemi* 3/1963, 135.

[3] E. de Vattel, *Le droit des gens on principes de la loi naturelle appliquée à la conduite ex aux affaues de Nations et des Souwerains*, Londers 1758, par. 9; C. Wolf, *Ius gentium methodo scientifica pertractatum*, Classics of International Law (trans. by J. H. Drake), Oxford-London 1934, paras. 2, 3, 9; G. F. De Martens, *Précis du Droit des gens moderne de l'Europe*, Paris 1864, 44.

[4] H. Bonfils, *Manuel de droit*, International public, Paris 1914, 235; L. Le Fur, "Le théorie du droit naturel depuis le XVIIe siécle et la doctrine modern", *RDC* 18/1927, 349–350.

[5] F. A. fon der Heydte, "Die Erscheinungs former des zvischenstaatlichen Recht: *ius cogens* and *ius dispositivum* on Völerrecht", *Zeitschrift fur Völerrecht* 16/1932, 464: Also, A. Verdrons, "Forbidden Treaties in International Law", *AJIL* 4/1937, 572; B. H. Reimann, *Ius Cogens in Volkerrecht: eine quellenkritische Unterschung*, Zürich 1971, 53, 73–75.

[6] M. Bartoš, "Legal force of United Nations Chamber", *JRMP* 1/1958, 4.

[7] R. Bernhard, "Article 103", *The Charter of UN – A commentary* (eds. B. Simma *et al*.), OUP, 2002, 1297; B. Fassbender, "The UN Charter as Constitution of International Community", *Colombia Journal of Transnational Law* 36/1998, 590; L. McNair, *Law of Treaties*, Oxford 1961, 217.

stricto sensu[8] does not imply the identity of its manifestations in various legal system.

Within positive international law *ius cogens* began to evolve with a considerable delay in construct to its correlatives in international law. In the process of its evolvement, the experiences gained in internal law being more developed and more comprehensive, were used. These experiences served as a model or inspiration. In view of the fact that *ius cogens*, in the sense of an inherent component of the very concept of legal order, actual and potential influences of internal legal solutions remain within a technical sphere, i.e. a domain of legal-technical realization. The method of analogy used therein is based on the legal logic and on the principles "common to all law".[9] Generally speaking, the essential institutional differences existing between internal and international law which, in the final analysis, determine the existence of an independent international legal order, prevent the transfer of ready-made solutions from one order to the other.

The international *ius cogens* reflects the authentic needs of the international community. It has emerged on a wave of profound metamorphosis which transformed the international community, in addition to antagonisms in the sphere of material interests and ideologies, into a single entity. The surmounting of individualism in international relations has imposed a different perception of the international community, a qualitatively new model of international relations, based on common interests and values.

2. In the formal sense, the characteristic features of *ius cogens* are: objective character; peremptoriness; universality and dynamic nature.

2.1. The objective character of *ius cogens* is reflected in its non-consensuality. That is to say, that these rights by exceeding the disposition of the parties cannot be founded exclusively on the will of states, that they, therefore, constitute a component of something which is above the states autonomy since the rights reflect an objective order. Thus understood rules of *ius cogens* give rise to unpleasant association with hegemony or with a supremacy of one group over the other, or with a concentration of power in

[8] As McNair states, when discussing incompatibility or conflict with the rules of International Law or Treaty obligations: "It is difficult to imagine any society, whether of individuals or of States, whose law sets no limit whatever to freedom of contract. *In every civilized society* there are some rules of law... which individuals are not permitted by law to ignore or to modify by their agreement." L. McNair, 213–214 (italics added). Concepts "legal order *stricto sensu*" and "civilized or organized community" are dialectically linked. As there is no organized community without a certain number of mandatory rules, in the same way these rules cannot emerge without certain degree of social organization.

[9] H. Lautepacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London 1927, 84.

the hands of some super-state authority. As a matter of fact, such a characteristic of *ius cogens* does not only imply the establishment of hegemony, but represents a symptom of the democratization of international law. The fact that a certain norm of international law is beyond and above the will of individual states means, in the conditions of a decentralized community in which elements of political power have a predominant significance, a guarantee of the equality of states.[10] The objective character of the legal rule reflects the primacy of law over force, demonstrates the primacy of international law over the state.[11] Under conditions of substantial interdependence among states, *ius cogens* only symbolizes the relativity of the state against the absoluteness of the idea of community.[12] At the same time, the legal order based on co-ordination has received through *ius cogens* a material criterion for differentiating lawful from unlawful acts. The legal order thereby ceases to be a simple conglomerate of rules united in a common objective of regulating and has become a system. In that system *ius cogens*, due to its objective character, possesses a function of a linking fiber, a lever of a relatively harmonized normative structure of international law.[13] The consent of states[14] as one of the fundamental principles of

[10] For this reason, the special interest of small and developing countries in the concept of *ius cogens* is understandable. It is wrong, however, to tie the introduction of this concept to facilitate the access of new states to the rules of international customary law. This is loyally observed by J. Sztucki, who, otherwise, is critically disposed towards the very concept of *ius cogens* as formulated in the Vienna convention. J. Sztucki, *Ius cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*. *A critical appraisal*, Wien – New York 1974, 159. The support of these countries for concept of *ius cogens* is a reflection of their conviction that an effective international order, legally arranged community, constitutes a guarantee of independence and equality of states.

[11] J. M. Ruda, "The concept of *Ius cogens* in Public International Law", *Conference on International Law, Lagonissi, 3–8, April 1966, Papers and Proceedings*, Geneva 1967, 74. (hereinafter – *Lagonissi*).

[12] Stressing the importance of *ius cogens*, Bartoš points out that these norms: "a) create the basis for a general change of relationship of state sovereignty towards the legal order in international public law... c) provide grounds for a possible interference of the international community into the legality of a contractual activity of states if the concluded treaties are in conflict with international public order". M. Bartoš, (1963), 135–152.

[13] In his explanatory note Brierly stated that it is possible to abandon any effort to "reach... a body of rules which would be binding obligatorily upon the various states" and merely to "put at the disposal of states rules in the form of *ius dispositivum*..." but, as the special rapporteur pointed out, "Such an approach involves the production of a book of precedents or series of model clauses rather than of rules of general application which are or may be binding rules of law". Doc. A/CN.4/23, Report by J. L. Brierly, *YILC* 1950, II, 224, par. 4.

[14] This is clearly stated in art. 53. Norm of *ius cogens* is defined as a "norm accepted and recognized by the international community of states..." This formulation points to a link between the principle of consent and concept of *ius cogens*. Otherwise, *ius cogens* would not represent a category of positive law, but a metaphysical construction.

international law lies at the root of the concept of *ius cogens*. This consent however, has assumed certain new features in modern international law. The analysis of changes that consent has undergone in terms of classical international law exceeds the framework and the purpose of this paper. Therefore, we shall restrict ourselves to observe that consent, at least in relation to *ius cogens*, has lost its individualistic features. As an expression of the free will of states, consent can neither be viewed in the sense of certain unlimited autonomy, indeterminism, nor, as a formal manifestation of a total determinism of will, since this would lead to the negation of the sovereignty of states. As a category linked with the achieved level of the organization of the international community, the consent should reflect, on the one hand, the undeniable role of states, as original subjects, in the creation of international legal rules and, on the other hand, the importance of the general framework, of general norms of the international community which cannot be left to individual, egoistic evaluation. The very idea of the legal order is based on certain limitations, which are actually a guarantee of the existence and manifestation of the will of states. As was stated a long time ago by Cicero: "*Legibus idcirco servimus, ut liberi esse possimus*".

Constituting *ius cogens* states participate *in corpore* as component parts of a single whole.

"The will of the international community is not a dictate of a ruler. It is an expression of the paramount and – in wider sense coercive reality... The fact that a rule is sanctioned by, or brought into, operation through consent, is not inconsistent with its essential quality as evidencing the general will of the international community of which consenting states are members."[15]

The will of the international community is not, therefore, a mechanical cluster of the wills of states, but a result of the co-ordination of various, not infrequently, opposing interests following the objective laws of social development which emerge not as external coercion, but as internal force of social processes.

2.2. The second characteristic of *ius cogens* is its peremptory character. The peremptoriness of *ius cogens* is closely associated with the objective character. In a material sense, peremptoriness is legal-technical ensuring the objective character of the rules of corpus *iuris cogentis*. In a formal sense, it is a feature of the legal force of the norm of *ius cogens*. As distinct from dispositive norms, the norms of *ius cogens* do not tolerate derogation. Any concurrent regime, whether it be established by way of a bilateral or

[15] H. Lauterpacht, *International Law. Collected papers. 1. General Works*, Cambridge 1970, 93–94.

unilateral act, cannot acquire legal force due to the peremptoriness of *ius cogens*, more specifically, this act remains in the sphere of simple facts.

Peremptoriness could, therefore, be more broadly defined as an ultimate and irreversible action of the norm of *ius cogens* which becomes operational in nullifying legal acts contrary to the norm of *ius cogens*. The only exception constitutes a legal act by which a new cogent norm is established.

In literature peremptoriness of *ius cogens* is identified with the imperativeness, and norms of *ius cogens* are also described as being imperative. This is a certain imprecision which is carried over from internal law, in which sometimes distinction is made between *ius cogens* and *ius imperativum*. However, not this lack of concurrence in the meaning of these rules is at issue,[16] but the fact that the very qualification of rules of *ius cogens* as imperative is not correct. From a theoretical standpoint, the imperativity is a feature of a legal norm, a component part of the very concept of the legal norm as distinct from other social norms. Each legal norm contains in itself a command, an imperative, either in the form of approval or negation. *Lex est recta ratio in iubendo et vetando*. A contrary position would seem to attribute a non-binding character to dispositive norms in international law. However, all norms in principle are binding, hence, violation of any one of them constitutes a forbidden act.[17] According to this point of view, dispositive norms are imperative in the same sense as norms of *ius cogens*. The difference between these two groups of norms is not that one contains an imperative and the other not, but that imperatives contained in the norm *ius cogens* are of a specific nature, that they possess an element of unconditionality.[18] The imperatives inherent in the dispositive norms are conditional in nature, that is, they are applied in circumstances when the parties have failed to regulate, on the basis of a treaty, questions to which dispositive norms apply and/or have not excluded the application of a dispositive norm.

For this reason, it is said that the norms *ius cogens* possess a "special binding force",[19] that such rules were more binding than others,[20] that they constitute absolutely binding rules of international law.[21]

[16] See, Bystricki, *Lagonissi*, n. 9, 91.

[17] M. Virally, "Réflexions sur le jus cogens", *Annuaire Français de Droit International* 12/1966, 8–9.

[18] A. Verdross, 1937, 571.

[19] G. Tunkin, *Theory of International Law* (trans. by W. Butler), Cambridge 1974, 158.

[20] M. Yasseen, *Official records of UNCLT 1968*, 196.

[21] J. Andrassy, *Međunarodno pravo*, Zagreb 1976, 20.

As imperatives which do not admit conditions or alternatives, with the exception of those eventually provided by the norm itself, rules of *ius cogens* are of an irremovable.[22]

The irremovability of *ius cogens*, as a positive institution, is not in itself an absolute rule. If we were to consider it as absolute, we would be taking a step towards a metaphysical, or natural-law concept of *ius cogens*.

Irremovability of *ius cogens* has its limitations both in the dynamic character of the norms of *ius cogens* and the specificity of the law-creating process in international law. Consequently, the quality of the indelibility is determined by the angle of observation.

In terms of the will of individual states or a smaller conglomerate of states the norm *ius cogens* is absolutely irremovable.

The obligation imposed by the norm of *ius cogens* is inherent and independent of the will of the individual state or group of states. More specifically, the prohibitive character of the norm of *ius cogens* must be reduced to the fact that it prohibits a deviation from the rule of behaviour inherent in it. On the other hand, a norm of *ius cogens* does not necessarily contain a prohibition of certain behaviour, but can also reflect a categorically authorized form of behaviour. For example, article 51 of the Charter of the United Nations stipulates the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs.

Regarding the will of the international community as a whole, norm of *ius cogens* is relatively irremovable. The Vienna Convention stipulates that norm of *ius cogens* "can be modified... by a subsequent norm of general international law having the same character". This means, that the cogent norm can be changed only by the will of the entity that has created it, i.e. the international community as a whole.

2.3. The universality of *ius cogens* is composed of two elements: first, that the norm of *ius cogens* belongs to the *corpus* of general international law, and, second, that the norm of *ius cogens* should be universally accepted and recognized as peremptory.

The qualification of *ius cogens* as a norm of general international law implies the question if so-called bilateral,[23] particular or regional *ius co-*

[22] I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 1972, 501.

[23] Proceeding from the principle of consent "as means of realizing any object that parties to consensual understandings wish to attain", G. Schwarzenberger finds that "If the parties to such treaties express their intention to this affect with sufficient clarity, they may, in this way, create international *ius cogens*". G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, New York 1971, 43. E. Suy also thinks that "even a regular treaty could create *ius cogens* rules for its parties". *Lagonissi*, 106.

gens exists,[24] furthermore how possible functions and substance of such norms can be defined.

The construction of the bilateral *ius cogens* appears in essence to be a *contradictio in adiecto*, and unacceptable both for theoretical and practical reasons.

From the theoretical standpoint, the term "bilateral *ius cogens*" implies a substance which, by definition, is irreconcilable with the nature of the norm of *ius cogens* and, which in the final analysis, constitutes a tautology. Each bilateral treaty conforming to the fundamental principles of international law is binding for the contracting parties under the rule of *pacta sunt servanda*. The provisions of a bilateral treaty cannot, on the other hand, constitute cogent rules since its material basis represents individual interests of the contracting parties, and not general, universal interests. The prohibition of derogation of the provisions of a bilateral or multilateral treaty is not sufficient to render a rule *ius cogens*.[25]

From the practical standpoint, the institutionalization of bilateral *ius cogens* would lead to the relativization of *ius cogens ad absurdum.* With the simple introduction of the provision on the prohibition of derogation in

[24] Regional or particular *ius cogens*, it seems, is understood as an assumed complex of superior rules which reflect special interests and values of a certain number of states. Elements of such concept we find already in Project No. 8 of the American Institute for International Law. Art. 1. of the Project stimulated that "The following principles are declared to constitute American public law and shall be applied and respected in America by all nations". These principles cannot be restricted "even with the consent of the interested American Republics". 20 *AJIL* 1926, Special numbers, 313.

In modern doctrine regional or particular *ius cogens* is defined either as the only possible form of *ius cogens* in contemporary international law or as a parallel concept to universal *ius cogens*. The first conception is favoured by Schwarzenberger since "the pluralist structure of unorganized international society discourages any type of international *de iure* order which appears to be a precondition of any *ius cogens* in the meaning of international law". This structure, however, at the same time "encourages international *de facto* orders or quasi-orders..." on consensual basis, G. Schwarzenberger, n. 29, 31, 40. According to another concept, regional or particular *ius cogens* can be constituted in addition to universal *ius cogens*. Thus, Tunkin stresses that the "problem of *ius cogens* is closely linked with... existence of regional legal norms... Principles of *ius cogens* also cannot prohibit the establishment of local norms which are different from them in their social content". G. Tunkin, "Ius cogens in contemporary International Law", *The University of Toledo Law Review* 1-2/1971, 117–118. Similar by E. Suy to whom "regional multilateral treaties... could create rules of *ius cogens* for their member states". *Lagonissi*, n. 9, 106.

[25] In this sense indicative is the position of the ILC that it is not correct to "say that a provision in a treaty possesses the character of *ius cogens* merely because the parties have stipulated that no derogation is permitted, so that another treaty which conflicted with that provision would be void. *Such a stipulation may be inserted in any treaty with respect to any subject matter for any reasons which seem good to parties*". See "Draft articles on the Law of Treaties with commentaries", *Yearbook of the International Law Commission* 2/1966, 248, par. 2 (italics added).

a given treaty opposite effects to those intended under concept *ius cogens* would be achieved.

The theory of the particular or regional *ius cogens* is, in our opinion, an expression of a lawyer's imagination which is not based on the reality of international relations. The very terms "particular" and "regional" are more or less vague. Do these terms signify states belonging to a specific geographic entity or states united by ideological-political values? It seems that the latter prevails in the approaches to the regional *ius cogens*.[26] This, however, constitutes the basic reason for the unacceptability of the regional or particular *ius cogens*.

Furthermore, the function of the regional or particular *ius cogens* is unclear. It is rightly observed[27] that the assumed regional *ius cogens* is not a normative complex, the impact of which is equal to the impact of universal *ius cogens*, since there always exists a possibility that one contracting party acts beyond the rules of the regional *ius cogens* by concluding a treaty, where its substance can not be derived from the framework of the universal *ius cogens*. We therefore see the possible meaning of the existence of the regional or particular *ius cogens* exclusively in the elaboration of norms of a universal *ius cogens* as for example, in the extension of the prohibition of the threat or use of force in international relations in economic, social and other spheres of relations among states. In other words, the particular or regional *ius cogens* could perhaps appear as a catalyst of the quantitative dimension of the dynamics of *ius cogens*.

A single and unique *ius cogens* meets the requirements of universality. The plurality of cogent regimes in the sense of parallel validity of rules of *ius cogens* with different content is a synonym for nihilism instead of legality and the rule of law in international relations.

The other element of the universality of *ius cogens* can be found in the statement that "the test whether the object of the treaty is illegal and whether the treaty is void for that reason is not inconsistency with customary international law pure and simple, but inconsistency with such overrid-

[26] Tunkin sees the rationale of the existence of regional *ius cogens* in different social contents of states which are not building same socio-economic system. G. Tunkin, (1971), n. 30, 118. See, also V. I. Lenin, I printsipy otnoshenii mezhdu sotcialisticheskim gosudarstvami, SEMP 1969, 28 ff. It is on this basis that there has emerged an idea on the so-called socialistic international law according to which the relations between socialistic states must be based on proletarian internationalism as a local peremptory norm of that particular order. Along the lines of that reasoning is also the position according to which multilateral treaties, on which are founded European communities, are capable of creating rules of *ius cogens*. E. Suy, *Lagonissi*, n. 9, 106.

[27] A. Fahmi, "Peremptory norms as general rules of International Law", *ÖZÖR* 22/1971, 393.

ing principles of international public law which may be regarded as constituting principles of international public policy (*ordre public international*)".[28]

The recognition of the peremptory character of a certain norm logically derives from the notion of *ius cogens* as a concept of positive international law and the circumstance that such a character of a rule of general international law cannot be based on a formal criterion.

The central question in this context is who recognizes a cogent character of a certain norm? Since the norm of *ius cogens* reflects universal interests, this can only be the international community or, in the terms of the Vienna Convention, the "international community as a whole".

To establish a legal substance of a concept "international community" within a framework of a pluralistic and etatistic structure is an exceptionally difficult task. It is, therefore, indispensable, that we try to establish the scope of the category of the 'will of the international community'. Under existing conditions, the scope has both objective and subjective limits. It is, therefore, exaggerated, to insist on the ecumenical togetherness. Consequently, the will of the international community cannot be interpreted as to necessitate the consent of all states.[29]

The demand that a very large majority of states has to recognize *ius cogens* character of the norm appears to be a principal option and is far from solving possible problems in practice. This is so because the criterion of representation contains within itself both a quantitative and qualitative dimension.

What is the meaning of the "very large majority" or of a similar concept?[30] *A priori*, it is not possible to define a mathematical formula in ad-

[28] Doc. A/CN./63: Report by Mr. H. Lauterpacht, *YILC* 1953, II, 155, par. 4.

[29] In that sense, Yasseen, Chairman of the Drafting Committee, explained on the 18th meeting of the Committee of the Whole that "by inserting the words 'as a whole'... the Drafting Committee had wished to stress that there was no question of requiring a rule to be accepted and recognized as peremptory by all states. It would be enough if a very large majority did so; that would mean if one State in isolation refused to accept the peremptory character of a rule, or if that State was supported by a very small number of States, the acceptance and recognition of the peremptory character of the rule by the international community as a whole would not be affected". That interpretation was approved by 57 votes Jo 3, with 27 abstentions. Official records, of *UNCLT* 1968, 472, paras. 12, 15; Draft conclusion on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law, 2002, conclusion 7.

[30] For instance, Dadzie (Ghana) speaks that "*ius cogens* represented the preponderant will of the community of states". *Ibid*., 472. On the other hand, the I.C.J. operates with term "vast majority" in advisory opinion concerning *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations. I.C.J. Reports* 1949, 185.

vance. At issue is a typical standard the substance of which is established in each concrete case.

The position of the International Court of Justice when it rendered its advisory opinion on Reparation for Injuries in the Service of the United Nations (1949)[31] may, in principle, be seen as an indicator of what constitutes this majority.

It is however clear, that the numerical moment – as defined more broadly above – cannot be relevant only. Or stated differently, the term "very large majority" is not determined numerically but materially as well. For this purpose, it is also necessary to stress the relevance of both the political and social moment.[32]

Without a substantive link with the basic legal systems and fundamental political premise of the contemporary international community, a concept of *ius cogens* loses to a great extent the possibility to constitute a common legal denominator of interests of the international community. It would remain an empty form deprived of any substance of effectiveness.

2.4. The need to bear in mind the autonomous character of international *ius cogens* is evident also when examining the dynamics as a characteristic feature of those rules. Obviously, changes do not bypass norms of *ius cogens* as an integral part of universal international law. This is only a reflex of the position of the phenomenon of law in a complex social superstructure. The analogy with internal law in respect to the dynamics is crystallized in a form according to which norms of *ius dispositivum* could be transformed into norms of *ius cogens* and *vice versa.*

The first part of the above-mentioned formula is no doubt correct. We find this confirmed in the fact that all the existing norms of *ius cogens* have emerged out of dispositive rules, since classical international law in its entirety was of a dispositive nature.

The second part of the formula is not free from certain theoretical controversies. In what way could the cogent norm be transformed into a norm that would give to the subjects of international law the freedom to have a choice in relation to conduct contained in that norm? If we proceed from

[31] In that case it was stated that "fifty States, representing the vast majority of the members of the international community, had the power, in conformity with international law, to bring into being an entity possessing objective international personality, and not merely personality recognized by them alone..." *I.C.J. Reports* 1949, 185. In the year when I. C. J. delivered the advisory opinion Organization of UN had 59 member states.

[32] 39. R. Ago rightly points out that "the conviction or the imperative character of the norm should be shared by all the essential components of the international community, and not only, for example, by the Western or the Eastern States, by the developed or by developing countries, or by those from one continent or another". Official records of *UNCLT* 1968, 323.

the standpoint that cogent norm *ex definitione* does not admit the establishment of legal rules of a contrary substance, then it is clear that such a transformation could be realized through the emergence of a rule of the same legal force, that is, a new norm of *ius cogens*. The adoption of such a norm, however, would make sense only if it related to a norm of different content. Such, newly created norm of *ius cogens*, does not allow the existence of a dispositive norm of opposite substance, because the essence of *corpus iuris cogentis* lies precisely in the elimination of a possibility for different understandings.

It is possible, however, to conceive an instance of where a new norm of *ius cogens* is adopted, the sole purpose of it being the abrogation of the existing norm of *ius cogens*. We, however, favour the presumption whereby such a case would be more of a theoretical nature, and that it is more probable that a certain cogent norm, owing to the changes in material conditions, would be transformed into a moral or some other social norm.

Actually, the dynamics of international *ius cogens*, as the fundamental postulate, suffer certain limitations in comparison with their correlative in internal law.[33]

In an internal order, the greater dynamics of such rules are a result not only of a higher degree of organization, but of the hierarchy of sources and authorizations of competent organs to determine cogent or dispositive character of a norm. This is not the case in international law. International *ius cogens* is the fruit of a long historical evolution, an arduous extraction from the practice of international relations and the recognition of the necessity of certain rules of conduct.

A change in the cogent quality of a norm consequently is not produced by a simple action of a legislative technique, but through of a substantive change in social relations from which such a norm emerged. It would be a matter of mere academic discussion to go into the dynamics of *ius cogens*

[33] Hence, *ius cogens* is sometimes characterized as rules of 'resilience' to enhance. See M. Payandeh, "Modifications of Peremptory Norms of General International Law", *Peremptory Norms of General International Law (Jus cogens)* (ed. D. Tladi), Leiden 2021, 92.

Objections to relative permanence of *jus cogens* rules are based on particular interests in political terms. So, *exempli causa*, the USA is engaged in a reinterpretation of the definition of torture as a rule of *jus cogens* "aimed to raise the bar for what is considered torture, on the one hand, and to add a 'specific intent' element, on the other, which allows the United States to argue that torture to save human lives never constitutes torture in legal terms)". T. Kleinleim, "Change of peremptory Norus of General International Law (Jus cogens)", *ESIL* 5/2023, 2. Or, attempts to limit the scope of the prohibition of force by extending the scope of self-defence to acts against non-state actors, by introducing humanitarian intervention as an additional exception, or by invoking the legality of forcible countermeasures in response to the use of weapons of mass destruction – *Ibid*., 3.

any further. Nothing calls for a more detailed analysis. More specifically, the practice on *ius cogens* is modest and does not furnish arguments for taking a clear position. In addition to this, a decisive position in this respect presupposes the existence of general agreement on the content of *corpus iuris cogentis* which, regrettably, is not the case.[34]

Nevertheless, certain thoughts may be advanced on the possible dynamics of *ius cogens*. Firstly, having in mind the rapid development of international law and the rarity of cogent norms, it is most probable that the dynamics will be demonstrated in the first place through the accumulation of new norms of *ius cogens* to the existing body of rules. Secondly, the abrogation of some of the existing norms of *ius cogens* is not excluded a priori, however the possibilities for this are minimal. Thirdly, milder forms of the dynamics such as an expansion of the *ratione materiae* or modifications in a sense will substitute the abrogation. Besides extending the range of *ratione materiae* we understand this to encompass an enrichment of the existing norms of *ius cogens* by making them applicable to a larger number of social manifestations or relations. As an example, one can cite the norm on the prohibition of slavery which in the beginning related to trade with black slaves, and which was later extended both in terms of the category of persons as well as forms of slavery.[35] Prospects of such an extension can be seen in the principle on the prohibition of the use or threat of force contriving to the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

As a matter of principle, every norm of *ius cogens* could indeed, be replaced by a new norm of the same legal force. A restriction of the dynamics of *ius cogens* to the accumulation of new norms would be tantamount to inaugurating a polyvalent approach, the basic element of which would be a natural law conceived as embryo or nucleus of the basic cogent norms around which there would be concentrated norms of *ius cogens superveniens*. Such a position is not acceptable. In practice, however, the dynamics will probably manifest themselves in a restricted manner for two reasons. On the one hand, fundamental interests of states are objective historical reflection of the state of affairs which could experience only with difficulty radical changes in the near future. On the other hand, cogent norms as a legal expression of those interests are rare and exceptional. Consequently,

[34] 40. I.L.C. considered "the right course to be to provide in general terms that a treaty is void if it conflicts with a rule of *ius cogens* and to leave the full content of this rule to be worked in State practice and in the jurisprudence of international tribunals". *YILC* 1966, II, 248, par. 3.

[35] See, I. Diaconu, "Contribution à une etude sur le normes impérativs en Droit International – *ius cogens"*, Bucarest 1971, 45–149.

the element of conservatism is more tangible than in case of other norms of general international law and, above all, norms of internal law.

This conservatism cannot be qualified in a negative way in view of the fact that it is not a projection of subjective options but that it acts to provide of stability and inherent relations within the existing material basis of the international community. As such it cannot serve as defence against the oncoming life rhythms but as a measure of their correctness.

2. LEGAL EFFECTS OF *CORPUS IURIS COGENTIS*

3. Rules of *us cogens*, in contrast to *ius dispositivum*, are absolety binding rules of international law.

The are universal in scope *relative materiae et ratione personae*.

For this action of States subject to rules *ius cogens* can be of any type, consisting in the exercise of legislative, administrative or judicial competence of a State, where and when they are intended to produce effects on the national or the international plane.[36]

Per analogiam, all actions of international organizations, including international courts, are subject to rules of *ius cogens*.

These rules are basis and criteria of legality, a normative vertical line around which all rules of international law group up.

Without the *ius cogens* norms as an objective and unavoidable limitation of the autonomy of the will of the state, legality in the substantive sense of the term used to be unknown in classical international law. As a subjective and avoidable legality, it was in the shadow of the autonomy of the will of the state, which essentially expressed the factual position of state rather than the relevant legal criteria. The legality in such circumstances was reduced to its formal and procedural aspects non affecting object and content of treaty.

There was simply no general concept of legality in classical international law, but the legality of treaties was determined on an individual basis, on a case-by-case basis, as a result of a combined effect of the two following factors: the first one was dispositivity of rules of international law, because it was clear that if general international law consisted of dispositive norms exclusively states were always free to agree on any treaty provisions that deviate from international law, thereby without violating the law,[37] and the second one was the legitimacy of use of force in rela-

[36] A. Orachelashvili, *Peremptory Norms in International law*, Oxford 2006, 216.

[37] A. von Verdross, "Forbidden Treaties in International Law", *AJIL* 4/1937, 571.

tions between states, which made war a central legislative factor in international politics.[38]

The cornerstones of law in such a system were the rule of *pacta sunt servanda*, as the only absolute supraconsensual rule, and the principle of sovereignty, which included the legally unrestricted use of force so that, as being based on this principle, any contents that through the rule of *pacta sunt servanda*, acquired the property of obligation were realized. Thus, every international injustice, through formal, often forced, consent, turned out to be a law.

The rules of *ius cogens* have a revolutionary significance in the international order, because they present "the creation of a basis for a general change of the attitude of state sovereignty to the rule of law and international public law... and the establishment of conditions for the rule of law over free will of states in making treaties and execution of the activities agreed".[39]

The concept of legality in international law in its strict sense could not be established until the moment when absolute and unavoidable limits of freedom of behaviour of states were set by general international law. The absence of these restrictions led to a condition described by La Fontain as "Reasons of the stronger ones are always the best".

Crucial steps in that regard were taken by adoption of the Pact of League of Nations and the UN Charter as acts of constitutional importance of organized international community.

Article 20 of the Pact and article 103 of the UN Charter established a hierarchy of norms in international law, giving to their relevant parts status of higher law.[40]

As regards the UN Charter, its historical merit lies in creating a legal platform for the formal conceptualization of rules of *ius cogens*.

The conceptualization, understood primarily in legal technical sense, is done by Article 53 of the Convention on the Law of Treaties that provides:

"A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a

[38] *International Law* (eds. R. Falk, S. Mendlowitz), New York 1966, 179.

[39] M. Bartoš, (1963), 135–152.

[40] H. Lauterpacht, "Covenant as a higher law", *BYIL* 17/1936, 55; S. Avramov, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 1978, 118; M. Kreća, "Quelques observations sur le probleme de la hierarchie des regles du droit international positif", *Yugoslav review of International Law* 1/1980, 76 ff.

whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character".

The Article, as stated in the commentary, did not include any examples of rules of *ius cogens* for two reasons. First, the mention of some rules might lead to misunderstanding as to the position concerning other cases not mentioned. Secondly, an attempt to draw up, even on a selective basis, it might find itself in a prolonged study of matters which fall outside the scope of articles in the Convention.[41]

By passage of time, international practise and, especially, the jurisprudence of the International Court of Justice have crystallized to a great extent rules of *ius cogens*.

So, the first one in a series of decisions of the Court was Advisory Opinion concerning reservations to the Genocide Convention.[42] In that Opinion the Court stated *inter alia*: "...the principles underlying the Convention *are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation*. A second consequence *is the universal character* both of the condemnation of genocide and of the cooperation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble of the Convention). The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely in scope" (emphasis added).

And further, "In such convention the contracting States do not have any interests of their own; *they merely have, one and all, a common interest*, namely the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions" (emphasis added).

In Armed Activities on the Territory of Congo case the Court stated in explicit term that "The mere fact that rights and obligations *erga omnes* or peremptory norms of general international law are at stake...".[43]

In the Preliminary Objection phase in the dispute between Bosnia and Herzegovina versus FR of Yugoslavia, the Court emphasized that "the

[41] UNCLT, First and second session, Vienna, 26 March – 24 May 1968 and 9 April – 22 May 1969, Official Records, 68.

[42] ICJ Reports, 1951, 23.

[43] Armed Activities on the territory of Congo (New Application 2002), Judgment, ICJ Reports 2006, para. 125.

rights and obligations under the Genocide Convention are *erga omnes* rights and obligations".[44]

The right of Palestinian people to self-determination as a right *erga omnes* was characterized by the Court in the Wall case, linking it with the expression obligations *erga omnes*.[45]

The Court given a substantially identical characterization of the right to self-determination in its judgment in East Timor case[46] and in Advisory Opinion concerning the Chagos Islands.[47]

The International Law Commission of the UN in the Annex of "Draft Conclusions on identification and Legal Consequences of peremptory norms of general international law (*ius cogens*)" made a non-exhaustive list of norms of *ius cogens* that includes:

(a) The prohibition of aggression;

(b) the prohibition of genocide;

(c) the prohibition of crimes against humanity;

(d) the basic rules of international humanitarian law;

(e) the prohibition of racial discrimination and apartheid;

(f) the prohibition of slavery;

(g) the prohibition of torture;

(h) the right of self-determination.[48]

The effectiveness of norms of *ius cogens* in international practise will be significantly strengthened by promotion of obligations *erga omnes*.

In its famous *dictum* in Barcelona case the International Court of Justice implicitly relied on some earlier precedents,[49] stated that:

"... an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the

[44] Case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objection, ICJ Reports, 1966, para. 31.

[45] Construction of the Wall in the Occupied Palestine Territories, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, paras. 155, 159.

[46] East Timor case, Judgment, ICJ Reports 1995, para. 29.

[47] Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ICJ Reports 2019, para. 180.

[48] Draft conclusions were adopted by the International Law Commission at its seventy-third session, in 2022, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/77/10, para. 43).

[49] See, M. Kreća, "Obligations *erga omnes – tertium quid* or procedural element of peremtory rules *in statu nascendi*", *American Yearbook of International Law* 2023.

rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1951, 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character."[50]

In two recent genocide cases, Gambia v. Mianmar and South Africa v. Israel, the Court, faced with some conceptual difficulties, surrounding obligations and rights *erga omnes*,[51] applied both in the Judgment on preliminary objections in Gambia v. Mianmar case[52] as well as in Orders on provisional measures in both cases[53], its modest form of obligations and right *erga omnes partes*.

Obligations *erga omnes partes* entitle any State other than injured State to invoke responsibility for breach of the obligation owed to a group sharing collective interest of the group.[54]

As such, obligations and rights *erga omnes partes* extend the jurisdiction of the International Court of Justice, as well as other competent international courts, *ratione personae* based on the subject matter of the dispute without deviating from the principle of consent as a fundamental principle on which International Court rests.

So, multilateral convention like Genocide Convention are understood as integral one "where the force of obligation is self-existent, absolute and inherent for each party".[55]

Obligations *erga omnes partes*, as well as its strict form of obligations *erga omnes*, in contrast to understanding these obligations as distinct secondary rules, symbolises the unity of primary and secondary rules of inter-

[50] Barcelona Traction Light and Power Company, Limited Second Phase, I.C.J. Reports, 1970, para. 33.

[51] M. Kreća.

[52] Case concerning Application of the Convention on Preventiona and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia v. Mianmar), Judgment, Preliminary Objection, ICJ Reports, 2022, para 108.

[53] *Ibid*. Order of January 23, 2024, paras. 39–42 in Gambia v. Mianmar case. Order of January 26, 2004, paras. 33–34. in South Africa v. Israel case.

[54] The ILC's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentary, Introduction by J. Craford, Art. 48.

[55] Third Report on the Law of Treties by G. Fitzmaurice, UN DOC. A/CN.4/115, 17.

national law in which obligations *erga omnes* represent the processual element of *ius cogens in statu nascendi*.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Andrassy, Juraj, *Međunarodno pravo*, Zagreb 1976;
2. Avramov, Smilja, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 1978;
3. Bartoš, Milan, "Legal force of United Nations Chamber", *JRMP* 1/1958;
4. Bartoš, Milan, „Rad Komisije UN za međunarodno pravo u 1963", *Međunarodni problemi* 3/1963;
5. Bernhard, Rudolf, "Article 103", *The Charter of UN – A commentary* (eds. B. Simma *et al*.), OUP, 2002;
6. Bonfils, Henry, *Manuel de droit*, International public, Paris 1914, 235; L. Le Fur, "Le théorie du droit naturel depuis le XVIIe siécle et la doctrine modern", *RDC* 18/1927 ;
7. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford 1972;
8. De Martens, Geord Friedrich, *Précis du Droit des gens moderne de l'Europe*, Paris 1864;
9. De Vattel, Emer, *Le droit des gens on principes de la loi naturelle appliquée à la conduite ex aux affaues de Nations et des Souwerains*, Londers 1758;
10. Diaconu, Ion, "Contribution à une etude sur le normes impérativs en Droit International – *ius cogens"*, Bucarest 1971;
11. "Draft articles on the Law of Treaties with commentaries", *Yearbook of the International Law Commission* 2/1966;
12. Fahmi, Aziza, "Peremptory norms as general rules of International Law", *ÖZÖR* 22/1971;
13. Fassbender, Bardo, "The UN Charter as Constitution of International Community", *Colombia Journal of Transnational Law* 36/1998;
14. Fon der Heydte, Friedrich August, "Die Erscheinungs former des zvischenstaatlichen Recht: *ius cogens* and *ius dispositivum* on Völerrecht", *Zeitschrift fur Völerrecht* 16/1932;
15. *International Law* (eds. R. Falk, S. Mendlowitz), New York 1966;
16. J. Sztucki, *Ius cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties. A critical appraisal*, Wien – New York 1974;
17. Kleinleim, Thomas, "Change of peremptory Norus of General International Law (Jus cogens)", *ESIL* 5/2023;
18. Kreća, Milenko, "Obligations *erga omnes – tertium quid* or procedural element of peremtory rules *in statu nascendi*", *American Yearbook of International Law* 2023;

19. Kreća, Milenko, "Quelques observations sur le probleme de la hierarchie des regles du droit international positif", *Yugoslav review of International Law* 1/1980;
20. Lautepacht, Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London 1927;
21. Lauterpacht, Hersch, "Covenant as a higher law", *BYIL* 17/1936;
22. Lauterpacht, Hersch, *International Law. Collected papers. 1. General Works*, Cambridge 1970;
23. Lenin, Vladimir I. *I printsipy otnoshenii mezhdu sotcialisticheskim gosudarstvami*, SEMP 1969;
24. McNair, Lord, *Law of Treaties*, Oxford 1961;
25. Orachelashvili, Alexander, *Peremptory Norms in International law*, Oxford 2006;
26. Payandeh, Mehrdad, "Modifications of Peremptory Norms of General International Law", *Peremptory Norms of General International Law (Jus cogens)* (ed. D. Tladi), Leiden 2021;
27. Reimann, Bernard Heinrich, *Ius Cogens in Volkerrecht: eine quellenkritische Unterschung*, Zürich 1971;
28. Ruda, José María, "The concept of *Ius cogens* in Public International Law", *Conference on International Law, Lagonissi, 3–8 April 1966, Papers and Proceedings*, Geneva 1967;
29. Schwarzenberger, Georg, *International Law and Order*, New York 1971;
30. Schwelb, Egon, "Some aspects of international *ius cogens* as formulated by International Law Comission", 61 The *American Journal of International Law* 4/1967;
31. Tunkin, Grigory, "Ius cogens in contemporary International Law", *The University of Toledo Law Review* 1-2/1971;
32. Tunkin, Grigory, *Theory of International Law* (trans. by W. Butler), Cambridge 1974;
33. Verdrons, Alfred, "Forbidden Treaties in International Law", *AJIL* 4/1937;
34. Virally, Michel, "Réflexions sur le jus cogens", *Annuaire Français de Droit International* 12/1966;
35. Von Verdross, Alfred, "Forbidden Treaties in International Law", *AJIL* 4/1937;
36. Wolf, Christian, *Ius gentium methodo scientifica pertractatum*, Classics of International Law (trans. by J. H. Drake), Oxford – London 1934;
37. Yasseen, Mustafa K. *Official records of UNCLT* 1968.

Legal documents

1. Armed Activities on the territory of Congo (New Application 2002), Judgment, ICJ Reports 2006;
2. Barcelona Traction Light and Power Company, Limited Second Phase, I.C.J. Reports, 1970;

3. Case concerning Application of the Convention on Preventiona and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia v. Mianmar), Judgment, Preliminary Objection, ICJ Reports, 2022;
4. Case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objection, ICJ Reports, 1966;
5. Construction of the Wall in the Occupied Palestine Territories, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004;
6. Doc. A/CN.4/23, Report by J. L. Brierly, *YILC* 1950, II;
7. Doc. A/CN./63: Report by Mr. H. Lauterpacht, *YILC* 1953, II;
8. Draft conclusions were adopted by the International Law Commission at its seventy-third session, in 2022, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session, A/77/10;
9. East Timor case, Judgment, ICJ Reports 1995;
10. Gambia v. Mianmar case. Order of January 26, 2004;
11. ICJ *Reports* 1949;
12. ICJ Reports, 1951;
13. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ICJ Reports 2019;
14. Official records of *UNCLT* 1968;
15. *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations. I.C.J. Reports* 1949;
16. Third Report on the Law of Treties by G. Fitzmaurice, UN DOC. A/CN.4/115;
17. UNCLT, First and second session, Vienna, 26 March – 24 May 1968 and 9 April – 22 May 1969, Official Records.

Проф. др Миленко Крећа, редовни професор

Бивши судија *ad hoc* Међународног суда правде и Европског суда за људска права,

Бивши члан Венецијанске комисије и Сталног арбитражног суда,

Председник Националног огранка Светског удружења за међународно право,

Председник Међународног удружења за кривично право у Србији

АПСОЛУТНО ОБАВЕЗУЈУЋА ПРАВИЛА (*IUS COGENS*) КАО МЈЕРИЛО ЛЕГАЛНОСТИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Сажетак

У овом раду аутор анализира природу правила *ius cogens* у међународном правном поретку. Међународни *ius cogens* одражава аутентичне потребе међународне заједнице. Настао је на таласу дубоке метаморфозе која је међународну заједницу, поред антагонизама у сфери материјалних интереса и идеологија, трансформисала у јединствену целину. Анализа се фокусира како на формалне карактеристике *ius cogens*, а то су објективност, перемпторност, универзалност и динамичност, тако и на правне ефекте *corpus iuris cogentis*. С тим у вези, у чланку је дата детаљна анализа релевантних норми садржаних у Пакту Друштва народа и Повељи УН, који се виде као акти од уставног значаја организоване међународне заједнице, и релевантне јуриспруденције Међународног суда правде. Аутор закључује да се појам законитости у међународном праву у његовом строгом смислу није могао успоставити све до тренутка када су општим међународним правом постављене апсолутне и неизбежне границе слободе понашања држава.

Кључне ријечи: *Ius cogens; Међународни правни поредак; легалност; универзалност.*

UDC/УДК 342.727:341.645
342.731:341.645
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Professor Ioannis Karkalis, LL.D., JSD

Supreme Court Judge, Hellenic Republic

ON THIN ICE: STRIKING A BALANCE BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND FREEDOM OF RELIGION IN EUROPE

The Strasbourg Court in dire straits confronted with the dilemma of choosing between two equally protected freedoms in Europe: freedom of expression and freedom of religion. They're both values of major importance for the European – and not only – civilization that cohabit and at the same time collide within the periphery of a difficult coexistence. More often than not, expressing oneself freely hurts religious conscience; the latter, if protected in an absolute manner, by definition neutralizes – or even annihilates – free expression of thoughts and ideas. The contours of both freedoms are obscure. No surprise there; time and again, the ECtHR has been trying to settle the boundaries capitalizing on a baby step, case-by-case approach.

In the European mosaic of civilizations, religions and cultures, such a work is not only demanding and arduous; it is also complex and multifactorial. At the end of the day, it as well integrates policy concerns, tightly attached to a European unity-in-diversity safety net promoting cohesion. This presentation argues that the Strasbourg Court's case-law on free expression and protection of religion, in his attempt to dodge a bullet and fill existent legal gaps, interestingly incorporates in the interpretation of the ECHR extra-legal factors that lie outside the realm of legal reasoning and that such an approach can be traced in its pivotal case-law.

Keywords: freedom of expression; freedom of religion.

1. REGARDING FREEDOM OF RELIGION

1. Freedom of religion is protected under Article 9 of the European Convention on Human Rights (ECHR).[1] It is the legal principle according

Ioannis Karkalis, *ikarkalis@eplo.int.*

[1] N. Bratza, "The 'Precious Asset': Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights", *Ecclesiastical Law Journal* 2/2012, 256–271. M. Evans, "The freedom

to which all individuals are free, either alone or in community with others, in public or in private, to hold religious beliefs of any kind and to manifest them. In such a context, freedom of religion is perceived to be protected in both areas of observance and practice. The case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) regarding freedom of religion appears to have a lack of consistency in its caselaw. However, reading between the lines, this is a rather perceived than a theoretical or a pragmatic problem; it is more often than not the unavoidable consequence of the interpretation of Article 9 within a margin of appreciation used by the State – parties of the ECHR as a result of the application of the principle of subsidiarity. Such an appreciation can be narrow, where the ECtHR has standardized its jurisprudence having formulated certain international criteria, or wide, where the ECtHR has no consistent and continuous criteria in its caselaw regarding the issue at hand.[2] At the end of the day, the protected core of Article 9 regarding religion derives from the interaction between the prescriptive text of the Convention providing for the extent of the right's limitations, and their interpretation by the Court.[3] This is a never-ending, dynamic procedure that allows room for maneuver and flexibility, thus supporting the institutional mission of the ECHR as a "living instrument".[4]

2. Religion is not defined in the text of Article 9 of the Convention which provides that "[e]veryone has the right to freedom of thought, conscience and religion" without defining these concepts, or clarifying their differences that self-evidently exist to the extent that they are referred to in the text under separate wording. This is not a solely European legal pattern. In the US, for example, the First Amendment of the US Constitution guarantees that the "[c]ongress shall make no law respecting an establish-

---

of religion or belief in the ECHR since Kokkinakis. or 'Quoting Kokkinakis'", *Religion & Human Rights* 2-3/2017, 83–98. J. Murdoch, *Freedom of thought, conscience and religion: a guide to implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights*, 2007.

[2] K. Alexopoulou, "The Margin of Appreciation in Freedom of Thought, Conscience, and Religion under Article 9 of ECHR", *Oxford Journal of Law and Religion* 2-3/2022, 220–245.

[3] M. Hill, "The Qualified Right to Freedom of Religion: An examination of the limitations contained in Article 9 of the European Convention on Human Rights", *Studia z Prawa Wyznaniowego* 23/2020, 73–99.

[4] G. Letsas, "The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy", *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (eds. A. Føllesdal, B. Peters, G. Ulfstein), Cambridge 2013, 106; F. Yuwen, "Revisiting ECtHR Interpretation of the ECHR: Living Up to a Living Instrument", *FICHL Policy Brief Series* 65/2016; R. Ita, D. Hicks, "Beyond Expansion or Restriction? Models of Interaction between the Living Instrument and Margin of Appreciation Doctrines and the Scope of the ECHR", *International Human Rights Law Review* 1/2021, 40–74. E. Bjorge, "The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future", *Human Rights Law Journal* 7-12/2017, 243–255.

ment of religion, or prohibiting the free exercise thereof". Yet, the American Courts have focused on determining what constitutes a "law respecting the establishment" or what is involved in "prohibiting the free exercise", instead of trying to consider the concept of religion.[5] If defining religion within the discipline of legal studies and jurisprudence is difficult, defining it outside a scientific field of expertise is much more than an arduous task; it becomes almost impossible.[6]

3. In well-known and established religions, such as Christianity and Islam, a dogmatic structure regarding a proposed explanation of human origin and destination is in principle traced. Yet, such a characteristic cannot *eo ipso* satisfy the need of a secure criterion that has to be met in order to characterize a set of beliefs as religion. In numerous non-religious movements of philosophical[7] or political[8] nature (or, of a combination of both), as well as in science,[9] the same purpose exists. A difference, based on the fact that religion is characterized by the existence of an initial dogma that cannot be doubted nor proved, could not be used as a criterion for categorizing a set of beliefs as religion, simply because every probing discussion eventually reaches a point where there is no indisputable answer to the next question unless an agreement is reached on a theoretical point of departure of no iffefutable evidence; it is only then that the parties are allowed to continue building their arguments. Thus, the concept of religion has to be understood and explained in terms outside religion altogether, and this is a paradox, to begin with.[10]

4. It has been observed that "the reader is simply asked to accept as 'religious' any phenomena which the author happens to select for treat-

[5] E. Peñalver, "The concept of religion", *Yale Law Journal* 3/1997, 107, 791.

[6] F. Ferré, "The definition of religion", *Journal of the American Academy of Religion* 1/1970, 3–16. J. M. Donovan, "Defining religion", *Selected Readings in the Anthropology of Religion: Theoretical and Methodological Essays* (eds. S. D. Glazier, C. A. Flowerday), Westport 2003, 61–98. P. Byrne, "The definition of religion", *The pragmatics of defining religion. Contexts, concepts, and contests* (eds. J. Platvoet, A. Molendijk), Leiden-Boston-Koln 1999, 379.

[7] P. B. Clarke, P. Byrne, "Philosophical Theories of Religion", *Religion Defined and Explained* (eds. P. B. Clarke, P. Byrne), London 1993a.

[8] P. B. Clarke, P. Byrne, "Socio-economic Theories of Religion", *Religion Defined and Explained* (eds. P. B. Clarke, P. Byrne), London 1993.

[9] P. B. Clarke, P. Byrne, (1993a). P. J. Richerson, S. Gavrilets, F. B. de Waal, "Modern theories of human evolution foreshadowed by Darwin's Descent of Man", *Science* 372/2021. A. G. Thorne, M. H. Wolpoff, "The multiregional evolution of humans", *Scientific American* 4/1992, 76–83.

[10] P. B. Clarke, P. Byrne, "The Dynamics of Explanation", *Religion Defined and Explained* (eds. P. B. Clarke, P. Byrne), London 1993.

ment under this heading".[11] However, such an approach, which can be convenient in politics, or even in disciplines where is there no need for predictability, cannot in principle be valid and accepted where the law provides for consequences as the result of the subscription of a condition such as the characterization of a set of beliefs as religion. Where this is the case, definition is much more that a necessity for reasons of scientific accuracy and trustworthiness; it is a *conditio sine qua non* for reaching a verdict in a court of law.

5. The ECtHR has characterized religion as not only one of the most vital elements for believers, but as well as a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned.[12] The Court's caselaw has gradually framed the concept of religion through its caselaw regarding mostly the limitations of the exercise of free manifestation of religious beliefs.[13] Over time, the organs of the Convention have included within the protectional scope of Article 9[14] under the concept of religion: a) well-known world religions that have existed for millennia or for several centuries (Alevism,[15] Buddhism,[16] Christianity,[17] Hinduism,[18] Islam,[19] Judaism,[20] Sikhism,[21] Taoism[22]), b) new religions or spiritual practices, such as the Reverend Sun Myung Moon's Unification Church,[23] the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints,[24] and Neo-Paganism.[25]

[11] R. Horton, "A definition of religion, and its uses", *The journal of the royal anthropological institute of Great Britain and Ireland* 2/1960, 201–226.

[12] N. Bratza, 256–271.

[13] M. Hill, "The Qualified Right to Freedom of Religion: An examination of the limitations contained in Article 9 of the European Convention on Human Rights", *Studia z Prawa Wyznaniowego* 23/2020, 73–99.

[14] Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights. Freedom of Thought, Conscience and Religion, Council of Europe, European Court of Human Rights, 2024, 9 et seq.

[15] ECtHR, *Cumhuriyietçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfi v. Turkey* (2014); *Izzetin Doğan and others v. Turkey* (2016).

[16] ECtHR, *Jakóbski v. Poland* (2010).

[17] ECtHR, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine* (2007); *Savez crkava "Riječ života" and Others v. Croatia* (2010).

[18] ECtHR, *Kovaļkovs v. Latvia* (2012); *Genov v. Bulgaria* (2017).

[19] ECtHR, *Hassan and Tchaouch v. Bulgaria* [GC] (2000); *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], (2005); including *Ahmadism, Metodiev and Others v. Bulgaria*, 2017).

[20] ECtHR, *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC] (2000); *Francesco Sessa v. Italy* (2012).

[21] ECtHR, *Phull v. France* (2005); *Jasvir Singh v. France* (2009).

[22] *X. v. the United Kingdom*, Commission decision of 18 May 1976.

[23] ECtHR, *Nolan and K. v. Russia* (2009); *Boychev and Others v. Bulgaria* (2011).

[24] ECtHR, *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom* (2014).

[25] ECtHR, *Ásatrúarfélagið v. Iceland* (2012).

2. ON THE LIBERTY OF EXPRESSION

1. Regarding freedom of expression, it has been observed that "two fundamental, interrelated questions [arise] that any theory or hypothesis about liberty of expression must resolve; first, why should expression have greater immunity from government regulation than most other forms of human conduct; second, how does one, for this purpose, identify expression".[26] Interestingly, coming up with an answer is more often than not less important than understanding the message that lies between the lines of the question: freedom of expression is undoubtedly a *condition sine qua non* of democratic government.[27]

2. Freedom of expression is protected under Article 10 of the Convention. By definition, expression is an act externalizing inner sentiments, thoughts, and ideas through means of communication. It includes the externalization of religious beliefs as well, individually or in community, although these concepts often collide with each other.[28] Still, even if there was not a separate and autonomous provision of the Convention protecting freedom of religion, free expression of religious beliefs would be guaranteed under Article 10.

3. Freedom of expression is one of the cornerstones of democratic development. It enables minorities to succeed majorities in governance via unhindered dialogue, exchange of ideas and arguments. Without free expression, no social change can be achieved. However, unlimited expression in a liberal, parliamentary democracy could end up harming the very core of democratic government. This is, for example, the case of unlimited expression of hate groups that challenge the essence of the liberal concept via the use of protection of their right to freely communicate ideas that undermine democratic values and incite to disobedience.[29]

---

[26] H. H. Wellington, "On freedom of expression", *The Yale Law Journal* 6/1979, 1105–1142.

[27] K. W. Saunders, *Free Expression and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 2017; W. Marshall, "Free Speech and the 'Problem' of Democracy", *Northwestern University Law Review* 1/1994.

[28] J. Martínez-Torrón, "Freedom of expression versus freedom of religion in the European Court of Human Rights", *Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in a Fundamentalist World* (ed. A. Sajó), The Hague 2007; P. Kapai, A. S. Cheung, "Hanging in a balance: freedom of expression and religion", *Buffalo Human Rights Law Review* 15/2009, 41.

[29] C. Brettschneider, "When the state speaks, what should it say? The dilemmas of freedom of expression and democratic persuasion", *Perspectives on Politics* 4/2010, 1005–1019. T. M. Massaro, "Equality and freedom of expression: The hate speech dilemma", *William & Mary Law Review* 32/1990, 211. O. Bakircioglu, "Freedom of expression and hate speech", *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 16/2008, 1.

4. Unlimited free expression can interfere with many rights; even with the right of free expression itself. Where things get really difficult is when free expression meets with religion. On the one hand, extreme art, blasphemous for example, conveys strong revolutionary messages.[30] Art that offends directly counters autocratic authority and dogma and disables hidden ideological control.[31] On the other hand, religion constitutes a core area of inner conscience and thus, religious individuals and communities are extremely sensitive to criticism, let alone ridicule. Trying to find common grounds and achieve a compromise has always been for the Strasbourg Court more often than not a walking-on-thin- ice attempt.

3. WHEN RELIGION COLLIDES WITH EXPRESSION

1. May be the most famous – or infamous, depending on the angle of the view of the beholder – case of the Strasbourg Court, is the Kokkinakis v. Greece case:[32] a turning point that paved the way for a different from the past caselaw future.[33] Until then, religious issues were of no major importance in the Court's caselaw and they – almost – never appeared as news on the front page of newspapers[34]. It was the first case of the Court regarding freedom of religion. The applicant was a Jehova's witness. He was convicted by the Greek criminal courts for proselytism[35] after engaging in a religious conversation with the wife of a cantor of a Greek Orthodox church. The ECtHR found that there had been a violation of his freedom of religion under the justification that the Greek criminal courts failed to prove that there had been a pressing social need.[36] The Strasbourg Court

[30] E. B. Coleman, "The offenses of blasphemy: messages in and through art", *The Journal of Value Inquiry* 45/2011, 67–84.

[31] D. Filippova, *Blasphemy as Tool for Institutional Critique – doctoral dissertation*, Central European University, Budapest 2015.

[32] ECtHR, *Kokkinakis v. Greece* (1993). S. S. Juss, "Kokkinakis and Freedom of Conscience Rights in Europe", *Journal of Civil Liberties* 1/1996, 246.

[33] M. Evans, "The Freedom of Religion or Belief in the European Court of Human Rights since the Kokkinakis case, or 'Quoting Kokkinakis'", *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief* (eds. J. Temperman, J. Gunn, M. Evans), Brill Nijhoff, Leiden 2019, 33–54.

[34] C. Evans, "Pre-Kokkinakis Case Law of the European Court of Human Rights: Foreshadowing the Future", *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief* (eds. J. Temperman, J. Gunn, M. Evans), Brill Nijhoff, Leiden 2019, 11–32.

[35] B. G. Scharffs, "Kokkinakis and the narratives of proper and improper proselytizing", *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief* (eds. J. Temperman, J. Gunn, M. Evans), Brill Nijhoff, Leiden 2019, 153–177.

[36] K. Trykhlib, "The principle of proportionality in the jurisprudence of the European Court of Human Rights", *EU and comparative law issues and challenges series - ECLIC* 4/2020, 128–154. Y. Arai-Takahashi, Y. Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine*

noted that the judgment of the conviction merely reproduced the wording of the law that had provided that proselytism is illegal. The Kokkinakis judgment was the first step of the Court towards the acceptance of the non-legal criterion of endangerment of social cohesion[37] understood as a pressing social need. This line of thought was reaffirmed in the Larissis and Others v. Greece case[38] where the also Jehova's witness applicants were military officers who were convicted for proselytizing their subordinates.

2. In both judgments, a non-legal-criterion appears when reading between the lines. In the first case, no real threat for the concerned social group (namely, the general population of Greece) existed; thus, the Court ruled that there had been a violation of religious freedom of the applicant. In the second case, the cohesion of the Greek military was threatened; consequently, the Court ruled that there had been no violation of religious freedom of the applicants. Both applicants had done the same act: proselytism. This underlying approach becomes more obvious in other cases where both freedoms (of religion and of expression) directly emerge as such.

3. In the Otto Preminger Institute v. Austria case,[39] the applicant was a private association under Austrian law, promoting creativity, communication and entertainment through the mass media. It owned and operated a cinema in the city of Innsbruck. It announced a series of six showings of the film "Das Liebeskonzil" ("The Council in Heaven") which were to be screened in the said cinema to the general public. The film portrayed God as well as Virgin Mary in aggressively offensive for the Christian religion scenes. It was seized by the Austrian authorities as blasphemous. The ECtHR, considering that the Roman Catholic religion was that of the majority of the Austrian population, ruled that in seizing the film the Austrian authorities acted in the interest of peacekeeping and cohesion of the Austrian society as a whole. It upheld that the applicant's freedom of expression was not interfered with.

4. Clearly, cohesion of the concerned society is not a legal assessment, at least no less than it is a political evaluation. In principle, it comes down to the discretion of an elected political institution. It does not contain interpretation of legal rules as such. Rather, the underlying political assessment takes the guise of a legal one. Interestingly, it has been suggested by the

and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerp 2002.

[37] A. M. Chiesi, "Social cohesion and related concepts", *Advances in Sociological Knowledge: Over Half a Century* (ed. N. Genov), VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2004, 205–219.

[38] ECtHR, *Larissis and Others v. Greece* (1995).

[39] ECtHR, *Otto Preminger Institute v. Austria* (1995). K. Van Rooyen, "Case of Otto-Preminger Institut v Austria (11/1993/406/485)", *De Jure* 28/1995, 229.

majority of the Strasbourg judges that blasphemy could have been banned without stifling the religion debate.[40] This standalone interpretational concept could have allowed for the exclusion of Article 9 from their methodological judicial reasoning[41] that should satisfy a basic rationality of legal arguments; still, this didn't happen.

5. In another famous case, Wingrove v. United Kingdom,[42] the applicant was a film director who directed a film under the title "Visions of Ecstasy". In eighteen minutes, through a no-dialogues-only-music pattern, Santa Teresa of Avila, a sixteenth century Carmelite nun, was featured in extremely offensive for the Christian religion scenes. The ECtHR upheld the view of the British Board of Film Classification according to which the film offended the Christian religion and it ruled that there was no violation of freedom of expression noting that freedom of artistic expression via the distribution of such a film would create outrage to the public. Clearly, social cohesion appears as an important criterion in this case as well.

6. Comparing the Otto Preminger Institute and the Wingrove cases to similar, yet different cases of free speech that did not pose a risk to social cohesion, becomes obvious that the Court chooses different criteria of interpretation in the second category. A good example is the Klein v. Slovakia case.[43] It concerned the conviction for defamation of religion of the author of an article severely criticizing an archbishop for his proposal to have withdrawn the distribution of a film on the grounds that it was blasphemous. Although the archbishop publicly pardoned the applicant and withdrew from the case, the applicant was convicted by the Slovakian Courts. As in this case there was no endangerment of social unrest given that the weekly magazine was of limited circulation, the Strasbourg Court ruled that there was a violation of the applicant's freedom of expression.

7. The same happened in the case of Giniewski v. France.[44] The applicant was a journalist, sociologist and historian who published an article in a daily newspaper and he was accused of defaming the Christian religion. No social unrest being threatened in this case as well, the Strasbourg Court found that the conviction of the applicant in France amounted to a violation of his freedom of expression.

[40] R. A. Kahn, "A Margin of Appreciation for Muslims-Viewing the Defamation of Religions Debate through Otto-Preminger-Institut v. Austria", *Charleston Law Review* 5/2010, 401.

[41] T. D. Perry, "Judicial Method and the Concept of Reasoning", *Ethics* 1/1969, 1–20.

[42] ECtHR, *Wingrove v. United Kingdom* (1996).

[43] ECtHR, *Klein v. Slovakia* (2006).

[44] ECtHR, *Giniewski v. France*, (2006).

8. In Gündüz v. Turkey (1) case,[45] the appearance on a television program of the leader of a religious community, self-defined as a sect, led to his conviction in Turkey for inciting hatred against religion. The Strasbourg Court upheld that the applicant's argumentation did not amount to hate speech as there was no calling to violence and thus, no social unrest could be threatened. If that was the case, freedom of expression would had been lawfully interfered with. Since it was not, the conviction of the applicant violated his freedom of expression.

9. Contrary to the Gündüz (1) case, in the Gündüz (2) case[46], where the same leader of the same sect published a report at a weekly newspaper with radical Islamic content, and was convicted by the Turkish Courts for attempted incitement to violence via hate speech, the Court upheld that the report indeed contained hate speech that could lead to social unrest and violence and thus, his freedom of expression had not been violated.

6. CONCLUDING REMARKS

1. In all the aforementioned cases, that inclusively summarize the caselaw of the Strasbourg Court regarding the relationship of free religion and free expression within the legal framework of the ECHR, a non-legal criterion is found between the lines of the judgments underlining the concern of the Strasbourg Court for a possible negative result in society. Interestingly, such an approach departs from the field of strict legal interpretation of the provisions of the Convention and enters into the universe of political speculation which in principle concerns a non-jurisdictional institution. Moreover, it introduces as a non-legal criterion of interpretation[47] the ability of the Strasbourg judges to predict the future; that is, to predict if social unrest could be the result of the acceptance of a contrary to religious beliefs behavior that promotes expression overall.

2. In such a context, the ECtHR appears to claim for itself a quasi-political role, contrary to the norm "*fiat Justitia, et pereat mundus*". Is this new role far from its institutional mission?[48] It could be argued that it still

[45] ECtHR, Gündüz v. *Turkey (1)* (2003).

[46] *Ibid.*

[47] Legal Judgment Prediction (LJP) is not based on charisma. Various tools are used in order to come up with a result; still, none of them departs from the realm of scientific methodology and taxonomy and exists in a vague area of perception. Any different opinion would create legal uncertainty contrary to the Rule of Law principle of democratic states. R. Bhambhoria, S. Dahan, X. Zhu, "Investigating the State-of-the-Art Performance and Explainability of Legal Judgment Prediction", *Canadian Conference on AI* 2021; M. C. Dorf, "Prediction and the Rule of Law", *UCLA Law Review* 42/1994, 651.

[48] L. Lessig, "'Institutional corruption' defined", *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 3/2013, 553–555.

serves its mission to the degree that the final margin of appreciation is left to the States and is not kept in Strasbourg. Still though, a quasi-political evaluation given by non-elected national officials could easily be criticized to the extent that by using non-strictly-legal criteria their judgment could by definition delegitimized as politically biased.[49]

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Alexopoulou, Konstantina, "The Margin of Appreciation in Freedom of Thought, Conscience, and Religion under Article 9 of ECHR", *Oxford Journal of Law and Religion* 2-3/2022;
2. Arai-Takahashi, Yutaka, Arai, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp 2002;
3. Bakircioglu, Onder, "Freedom of expression and hate speech", *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 16/2008;
4. Bhambhoria, Rohan, Dahan, Samuel, Zhu, Xiaodan, "Investigating the State-of-the-Art Performance and Explainability of Legal Judgment Prediction", *Canadian Conference on AI* 2021;
5. Bjorge, Eirik, "The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future", *Human Rights Law Journal* 7-12/2017;
6. Bratza, Nicolas, "The 'Precious Asset': Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights", *Ecclesiastical Law Journal* 2/2012;
7. Brettschneider, Corey, "When the state speaks, what should it say? The dilemmas of freedom of expression and democratic persuasion", *Perspectives on Politics* 4/2010;
8. Byrne, Peter, "The definition of religion", *The pragmatics of defining religion. Contexts, concepts, and contests* (eds. J. Platvoet, A. Molendijk), Leiden-Boston-Koln 1999;
9. Chiesi, Antonio M., "Social cohesion and related concepts", *Advances in Sociological Knowledge: Over Half a Century* (ed. N. Genov), VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2004;
10. Clarke, Peter B., Byrne, Peter, "Psychological Theories of Religion", *Religion Defined and Explained* (eds. P. B. Clarke, P. Byrne), London 1993a;

[49] P. L. Moriearty, "Framing justice: Media, bias, and legal decision making", *Maryland Law Review* 69/2009, 849. E. A. Posner, "Does Political Bias in the Judiciary Matter: Implications of Judicial Bias Studies for Legal and Constitutional Reform", *University of Chicago Law Review* 75/2008, 853.

11. Clarke, Peter B., Byrne, Peter, "Socio-economic Theories of Religion", *Religion Defined and Explained* (eds. P. B. Clarke, P. Byrne), London 1993;
12. Clarke, Peter B., Byrne, Peter, "The Dynamics of Explanation", *Religion Defined and Explained* (eds. P. B. Clarke, P. Byrne), London 1993;
13. Coleman, Elizabeth B., "The offenses of blasphemy: messages in and through art", *The Journal of Value Inquiry* 45/2011;
14. Donovan, James M., "Defining religion", *Selected Readings in the Anthropology of Religion: Theoretical and Methodological Essays* (eds. S. D. Glazier, C. A. Flowerday), Westport 2003;
15. Dorf, Michael C., "Prediction and the Rule of Law", *UCLA Law Review* 42/1994;
16. Evans, Carolyn, "Pre-Kokkinakis Case Law of the European Court of Human Rights: Foreshadowing the Future", *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief* (eds. J. Temperman, J. Gunn, M. Evans), Brill Nijhoff, Leiden 2019;
17. Evans, Malcom, "The freedom of religion or belief in the ECHR since Kokkinakis. or 'Quoting Kokkinakis'", *Religion & Human Rights* 2-3/2017;
18. Evans, Malcom, "The Freedom of Religion or Belief in the European Court of Human Rights since the Kokkinakis case, or 'Quoting Kokkinakis'", *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief* (eds. J. Temperman, J. Gunn, M. Evans), Brill Nijhoff, Leiden 2019;
19. Ferré, Frederick, "The definition of religion", *Journal of the American Academy of Religion* 1/1970;
20. Filippova, Dasha, *Blasphemy as Tool for Institutional Critique – doctoral dissertation*, Central European University, Budapest 2015;
21. Hill, Mark, "The Qualified Right to Freedom of Religion: An examination of the limitations contained in Article 9 of the European Convention on Human Rights", *Studia z Prawa Wyznaniowego* 23/2020;
22. Horton, Robin, "A definition of religion, and its uses", *The journal of the royal anthropological institute of Great Britain and Ireland* 2/1960;
23. Ita, Rachel, Hicks, David, "Beyond Expansion or Restriction? Models of Interaction between the Living Instrument and Margin of Appreciation Doctrines and the Scope of the ECHR", *International Human Rights Law Review* 1/2021;
24. Juss, Satvinder S., "Kokkinakis and Freedom of Conscience Rights in Europe", *Journal of Civil Liberties* 1/1996;
25. Kahn, Robert A., "A Margin of Appreciation for Muslims-Viewing the Defamation of Religions Debate through Otto-Preminger-Institut v. Austria", *Charleston Law Review* 5/2010;
26. Kapai, Puja, Cheung, Anne S., "Hanging in a balance: freedom of expression and religion", *Buffalo Human Rights Law Review* 15/2009;

27. Lessig, Lawrence, "'Institutional corruption' defined", *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 3/2013;
28. Letsas, Georg, "The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy", *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (eds. A. Føllesdal, B. Peters, G. Ulfstein), Cambridge 2013;
29. Marshall, William, "Free Speech and the 'Problem' of Democracy", *Northwestern University Law Review* 1/1994;
30. Martínez-Torrón, Javier, "Freedom of expression versus freedom of religion in the European Court of Human Rights", *Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in a Fundamentalist World* (ed. by A. Sajó), The Hague 2007;
31. Massaro, Tony M., "Equality and freedom of expression: The hate speech dilemma", *William & Mary Law Review* 32/1990;
32. Moriearty, Perry L., "Framing justice: Media, bias, and legal decision making", *Maryland Law Review* 69/2009
33. Murdoch, Jim, *Freedom of thought, conscience and religion: a guide to implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights*, 2007;
34. Peñalver, Eduardo, "The concept of religion", *Yale Law Journal* 3/1997;
35. Perry, Thomas D., "Judicial Method and the Concept of Reasoning", *Ethics* 1/1969;
36. Posner, Eric A., "Does Political Bias in the Judiciary Matter: Implications of Judicial Bias Studies for Legal and Constitutional Reform", *University of Chicago Law Review* 75/2008;
37. Richerson, Peter J., Gavrilets, Sergey, De Waal, Frans B., "Modern theories of human evolution foreshadowed by Darwin's Descent of Man", *Science* 372/2021;
38. Saunders, Kevin W., *Free Expression and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 2017;
39. Scharffs, Brett G., "Kokkinakis and the narratives of proper and improper proselytizing", *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief* (eds. J. Temperman, J. Gunn, M. Evans), Brill Nijhoff, Leiden 2019;
40. Thorne, Alan G., Wolpoff, Milford H., "The multiregional evolution of humans", *Scientific American* 4/1992;
41. Trykhlib, Krisitina, "The principle of proportionality in the jurisprudence of the European Court of Human Rights", *EU and comparative law issues and challenges series - ECLIC* 4/2020;
42. Van Rooyen, Kobus, "Case of Otto-Preminger Institut v Austria (11/1993/406/485)", *De Jure* 28/1995;
43. Wellington, Harry H., "On freedom of expression", *The Yale Law Journal* 6/1979;

44. Yuwen, Fan, "Revisiting ECtHR Interpretation of the ECHR: Living Up to a Living Instrument", *FICHL Policy Brief Series* 65/2016.

Case law and legal documents

1. ECtHR, *Ahmadism, Metodiev and Others v. Bulgaria*, 2017);
2. ECtHR, *Ásatrúarfélagið v. Iceland* (2012);
3. ECtHR, *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC] (2000);
4. ECtHR, *Cumhuriyietçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfi v. Turkey* (2014); *Izzetin Doğan and others v. Turkey* (2016);
5. ECtHR, *Francesco Sessa v. Italy* (2012);
6. ECtHR, *Genov v. Bulgaria* (2017);
7. ECtHR, *Giniewski v. France* (2006);
8. ECtHR, Gündüz v. *Turkey (1)* (2003);
9. ECtHR, *Hassan and Tchaouch v. Bulgaria* [GC] (2000);
10. ECtHR, *Jakóbski v. Poland* (2010);
11. ECtHR, *Klein v. Slovakia* (2006);
12. ECtHR, *Kokkinakis v. Greece* (1993);
13. ECtHR, *Kovaļkovs v. Latvia* (2012);
14. ECtHR, *Larissis and Others v. Greece* (1995);
15. ECtHR, *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], (2005);
16. ECtHR, *Nolan and K. v. Russia* (2009); *Boychev and Others v. Bulgaria* (2011);
17. ECtHR, *Otto Preminger Institute v. Austria* (1995);
18. ECtHR, *Phull v. France* (2005); *Jasvir Singh v. France* (2009);
19. ECtHR, *Savez crkava "Riječ života" and Others v. Croatia* (2010);
20. ECtHR, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine* (2007);
21. ECtHR, *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom* (2014);
22. ECtHR, *Wingrove v. United Kingdom* (1996);
23. ECtHR, *X. v. the United Kingdom*, Commission decision of 18 May 1976;
24. Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights. Freedom of Thought, Conscience and Religion, Council of Europe, European Court of Human Rights, 2024.

Проф. др Јанис Каркалис
Судија Врховног суда Републике Грчке

НА ТАНКОМ ЛЕДУ: УСПОСТАВЉАЊЕ РАВНОТЕЖЕ ИЗМЕЂУ СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА И СЛОБОДЕ ВЈЕРОИСПОВИЈЕСТИ У ЕВРОПИ

Сажетак

Стразбуршки суд налази се у тешкој ситуацији, суочен са дилемом избора између двије једнако заштићене слободе у Европи: слободе изражавања и слободе вјероисповести. Обје су вриједности од велике важности за европску, али не само европску, цивилизацију које коегзистирају и истовремено се сударају у оквиру тешког суживота. Често слободно изражавање повређује вјерску савјест; потоња, ако је заштићена на апсолутан начин, по дефиницији неутралише – или чак уништава – слободно изражавање мисли и идеја. Облици обје слободе су нејасни. Ништа изненађујуће; Европски суд за људска права (ECtHR) је изнова покушавао да утврди границе, ослањајући се на постепени приступ, случај по случај.

У европском мозаику цивилизација, религија и култура, такав рад није само захтјеван и мучан; такође је комплексан и мултифакторијалан. На крају крајева, он такође интегрише политичке бриге, чврсто повезане са европском мрежом безбједности у јединству у различитости која промовише кохезивност. Овај рад тврди да судска пракса Стразбуршког суда о слободи изражавања и заштити вјере, у његовом покушају да избјегне проблем и попуни постојеће правне празнине, на занимљив начин укључује ванправне факторе у тумачење Европске конвенције о људским правима (ECHR) који се налазе изван сфере правног резоновања и да се такав приступ може пратити у његовој кључној судској пракси.

Кључне ријечи: Слобода изражавања; Слобода вјероисповијести.

UDK/UDC 322:342.4(495)
PREGLEDNI NAUČNI RAD / *REVIEW ARTICLE*

Akademik prof. dr Aleksios Panagopulos

Emeritus profesor Ministarstva obrazovanja Republike Grčke
Direktor EPLO – European Public Law Organization,
za Bosnu i Hercegovinu i Crnu Goru

DRŽAVNO-CRKVENO-PRAVNI ODNOSI U GRČKOM USTAVU

Grčki ustav iz 1975. g. koji danas reguliše odnos države i crkve ima za vodilju pravoslavnu veru. Započinje rečima:"U ime Svete, Jednosuštne i Nerazdeljive Trojice". Položaj crkve u državi određuju temeljni principi. Crkva ima vlastitu upravu i mora se čuvati postojeća autokefalnost po odredbi iz člana 3. grčkog Ustava. Važeći Ustav Grčke se u vezi sa priznavanjem pravoslavne crkve kao punovažne u velikoj meri udaljio od odredaba prethodnog Ustava iz 1952. g. Po prethodnoj uredbi monarhijskog grčkog ustava, naslednik kraljevskog trona i staratelj maloletnog naslednika i vicekralj morali su da budu pravoslavne vere, dok za predsednika Grčke republike u Ustavu iz 1975. g., ne postoji slična uredba. Crkva je pravno lice javnog prava po svojim pravnim odnosima, ona ima vlastitu pravnu osnovu, kao i njeni različiti instrumenti. Crkvu okružuje država izraženim interesovanjem i uživa poseban položaj, a državni organi doslovno sprovode odluke crkvenog suda. Pravoslavni karakter religiozne službe pripadnika oružanih snaga se poštuje kao i osnivanje pravoslavnih crkvenih škola od strane države i briga o njima. Mnoge privilegije uživaju, osim pravoslavnih crkava, pripadnici drugih priznatih religija. Aktivnosti grčke crkve podležu sudskoj kontroli ustavnosti sa strane suda Saveta Epikratije. Sveti kanoni koji ne regulišu precizno duhovna pitanja moraju da se smeštaju u granice osnovnih prava.

Ključne reči: Pravoslavna crkva; Republika Grčka; Ustav.

1. UVOD

Pravni odnosi između države i crkve u Grčkoj, kroz istoriju i tradiciju imaju viševekovni kontinuitet. Ovi odnosi se temelje na starogrčkom druš-

Aleksios Panagopulos, *alexios.panagopoulos@gmail.com.*

tvu iz drevnog perioda sabiranja grada-polisa u konfederaciju, koji je kao administrativni sistem bio uzorak za ideju stvaranja i organizovanja vaseljenskih sabora. Duboki grčki ustavotvorni um se najbolje ogledao u postojanju polis-grada Sparte koji je na vlasti imao dva kralja, jedan koji je bio dorskog porekla i zadužen za militaristička pitanja i odbranu države, i drugi koji je bio ahajskog porekla i zadužen za administrativna pitanja i religijske obrede. Kod Homera nalazimo da sve Helene naziva Ahajcima zbog smisla za državotvornost, vojnu strategiju i religiju. Vidimo, a i pravna tradicija to svedoči da je u grčkom društvu oduvek bio uređen i harmonično regulisan odnos države i religije.

Ustav Grčke države iz 1975. g., koji je na snazi do danas za vodilju ima pravoslavnu veru. Započinje rečima: "U ime Svete, Jednosuštne i Nerazdeljive Trojice".[1] Na položaj pravoslavne crkve u grčkoj državi, u kojoj je zadržan sistem vladavine zakona, odnosi se član 3 paragraf 1., položaj crkve u državi određuju temeljni principi[2] i to su:

1. Zvaničnu religiju predstavlja grčka pravoslavna crkva;

2. Grčka pravoslavna crkva stoji u neraskidivoj liturgijsko-molitvenoj vezi sa Vaseljenskom patrijaršijom u Carigradu i ostalim pomesnim pravoslavnim crkvama po svetu;

3. Crkva ima vlastitu upravu, i

4. Mora se čuvati postojeća autokefalnost Grčke crkve.

Te odredbe člana 3. grčkog Ustava u svojoj celini nisu nove. Susrećemo ih u svim prethodnim ustavima Grčke,[3] i to u raznim varijantama. Nalaze se u prvom grčkom ustavu na Peloponezu iz grada Astrosa iz 1823. g., u Ustavu iz grada Trizine iz 1827. g., u Ustavu iz 1844. g., u Ustavu iz 1864. g., u Ustavu iz 1911. g., u Ustavu iz 1927. g., u Ustavu iz 1952. g., i u Ustavnom tekstu iz 1968. godine. Ovi principi se takođe nalaze i u onim ustavima koji nisu bili na snazi – u Ustavu Države Ujedinjenih Jonskih Ostrva iz 1817. g., takođe u kraljevskom Ustavu iz 1832. g., 1925. g., i 1926. g., kao i u Ustavu države Krit iz 1822. godine.

Važeći Ustav Grčke, se međutim, u vezi sa priznavanjem pravoslavne crkve kao punovažne, u velikoj meri udaljio od odredaba prethodnog Ustava iz 1952. godine. Tako na primer, po ranijem monarhijskom ustavu su naslednik kraljevskog trona, staratelj maloletnog naslednika i vicekralj

[1] Upor. *Ustav Grčke Države 1975/86* (E. Venizelos), III izdanje, Ed. Sakkoula, Tessaloniki 1986, 14–15.

[2] Vid. Th. Panagopoulos, „Odnosi crkve i države“, *Nomokanonski pogled: Hristianos*, Atina 1990, 54–65. Vid. H. Papastatis, *Elementi Crkvenog prava*, Tom. A, Thessaloniki 1991, 60.

[3] Vid. I. Kiriakopoulos, *Ustav Grčke*, Atina 1950, 50–65. Vid. P. Petridis, *Grčka politička i društvena istorija 1821-1840*, Tessaloniki 1986, 35–40, 160–165.

morali da budu pravoslavne vere, dok za predsednika grčke republike u Ustavu iz 1975. g., ne postoji slična odredba. Preveravanje tj. verska konvezija se kao i svaki drugi uticaj na vladajuću religiju zabranjuje, dok je u važećem Ustavu taj tekst izostavljen.[4] Uvodni deo Ustava sadržan je u zakletvi predsednika Republike Grčke i članova parlamenta. On glasi: "U ime Svete, Jednosuštne i Nerazdeljive Trojice".[5]

Razlikovanje odredbi važećeg Ustava od odredaba Ustava iz 1952. g.,[6] dovelo je do stvaranja ustavne teorije o punovažnoj religiji, koja pravoslavlje označava kao religiju većine grčkog stanovnistva.[7] Ona je punovažna jer je povezana sa tradicijom i običajima grčkog naroda.[8]

Na sledećim osnovama je zasnovan pojam punovažne religije:

1. Zvaničnu religiju u grčkoj državi predstavlja pravoslavno dogmatsko učenje;

2. Crkva je pravno lice javnog prava po svojim pravnim odnosima, gde ona ima vlastitu pravnu osnovu, kao i njeni različiti instrumenti;[9]

3. Crkvu okružuje država sa izraženim interesovanjem u kojoj crkva uživa poseban položaj, a državni organi doslovno sprovode odluke crkvenog suda.[10] Pravoslavni karakter religiozne službe oružanih snaga, se neguje kao i osnivanje pravoslavnih crkvenih škola, instituta i akademija od strane države[11] sa brigom o njima.

Poseban tretman se ne odnosi na njene pojedine vernike već na Crkvu u celini. Ovo se ne odnosi samo na grčku pravoslavnu crkvu, već i na crkve drugih mitropolija Vaseljenske patrijaršije sa sedištem u Grčkoj "Mitropolije novih zemalja – *neon horon*".[12] Poseban tretman imaju i grčke pravoslavne crkve istoka i dijaspore kroz delovanje drevnih patriaršija koje finansira Ministarstvo spoljnih poslova Grčke.

[4] Upor. Grčki Ustav Države 1975/86, čl. 13.

[5] Vid. Grčki Ustav 1975/86, čl. 13, par. 2 i čl. 59, par. 1.

[6] Vid. G. Vlahos, *Ustav Grčke* – deo I, Atina 1954, 27–82; Vid. P. Poulitsas, "Die Beziehungen znjishen staat und Kirche in Griecheland", *Die orthodoxe Kirche in griechischer Sicht*, II, Stuttgart 1960, 38-48.

[7] Vid. I. Panagopoulos, *Novi Ustav i Autokefalna Crkva Grčke*, Atina 1975, 266–272.

[8] Vid. G. Lileos, *Nomokanonika*, Atina 1993,165–170.

[9] Vid. Zakon 590/1977 o Konstitucionoj povelji Grčke Crkve, čl. 1, par. 4.

[10] Vid. Zakon 5383/1932 o crkvenim sudovima i procesima vezanim za njih, čl. 53, 54, 62 i 107.

[11] Vid. Zakonodavni ukaz 90/1073, čl. 2, par. 1.

[12] Vid. A. Angelopoulos, *Crkvena Istorija Neon Horon 1912-1928*, Tessaloniki 1981. Isto, *Teološki naučni ogranak*, br. 28.

Mnoge privilegije uživaju, osim pravoslavnih crkava, pripadnici i drugih poznatih religija. Na primer, zakon br. 1763/1988,[13] izuzima od služenja vojnog roka sve verske službenike. Od poreza nepokretne imovine[14] i oporezivanja na prihod pravnih lica[15] osim pravoslavnih oslobođena je i svojina inovernih vlasnika.

Međutim, davanje plate od strane države kliru[16] u zamenu za ustupanje najvećeg dela crkvene imovine državi i obavezu plaćanja poreza od svih pravoslavnih hramova (u visini od 35% od utvrđenog iznosa za oporezivanje)[17] privilegija je koja, kao privilegija odnosa, važi samo za punovažnu religiju pravoslavlja.

Pravoslavna Crkva se, kada je reč o sistemu organizacije, deli na autonomne i autokefalne crkve. Danas, u autokefalne crkve spadaju Vaseljenska patrijaršija Carigrada, Patrijaršija Aleksandrije, Jerusalima, Antiohije, Rumunije, Rusije, Srbije, Bugarske, Arhiepiskopije Kipra, Gruzije, Grčke, Albanije i Poljske. Autonomne crkve su Pravoslavne crkve Slovačke, Češke i Finske i nedavno se prikljucila i Ohridska arhiepiskopija u sastavu Srpske patrijaršije i Carigradske. Ovde bi trebalo pomenuti, smatramo da je nepravedno rangirana Srpska patrijaršija odmah posle Ruske, jer trebalo bi da bude pre Ruske, na osnovu činjenice da je ranije stekla titulu patrijaršije, ali to je posebno pitanje za izučavanje.

Autokefalne crkve su pravosudno nezavisne. Ta nezavisnost je ograničena jedino oblašću kanonske i dogmatske prirode. Na jerarhijsko-liturgijsko jedinstvo upućuje dogmatska povezanost, poštovanje Svetog Predanja i običaja, negovanje učenja Svetog Pisma i negovanje dogmata, kako je i propisano na pomesnim i Vaseljenskim saborima po kanonskom pravu.

Recimo, nomokanonski i administrativni sistem Pentarhije jedinstvo pet Patrijaršija (Vaseljenske, Antiohijske, Aleksandrijske, Jerusalimske i Rimske), koji je potom funkcionisao kao “Tetrarhija” – jer je Rim bio odstupio – danas čak i ne postoji. U Pravoslavnoj Crkvi jedino je evharistijska i episkopocentrična struktura nepromenljiva. Prema njoj je svaka lokalna Crkva – puna katoličanska Crkva Božija u bilo kojoj državi.

Još više pojačan i podržan sistemom autokefalije, etnofiletizam (tj. uski nacionalizam), koji je u 19-om veku bio osuđen od strane Sinoda pra-

[13] Vid. čl. 6, pasus 3, o regrutovanju Grka; izuzima od služenja vojnog roka verske službenike, monahe i iskušenike, bez obzira da li su pravoslavni ili vernici drugih priznatih religija (Ustav Države Grčke, čl. 13).

[14] Vid. Zakon 1249/1982.

[15] Vid. Zakonodavni ukaz 3843/1958.

[16] Vid. Zakon 1041/1980, čl. 8. i Prinudni zakon 469/1968 i 536/1945.

[17] Vid. Prinudni zakon 469/1968, čl. 5.

voslavnih patrijaraha u Carigradu, doveo je u diskreditovan položaj postojanje više episkopija u istom gradu, a na osnovu nacionalnog porekla pravoslavnih episkopa.

Majke Crkve drže u zavisnosti od sebe svoje episkopske jurisdikcije, kontrolišući pre svega nacionalne, ali i druge interese i time određuju svu delatnost pravoslavnih zbog same prirode Pravoslavne Crkve narodi koji je sačinjavaju i na državnom polju uspevaju da prevaziđu nacionalističke konfrontacije. Pravoslavna Crkva ima suštinsku ulogu kao nadnacionalna ustanova u savremenoj Evropi, ujedinjujući narode na osnovu principa pravoslavne eklisiologije pomesnih crkava sa punom svešću o svojoj odgovornosti, i bez hegemonističkih pretenzija rimskog tipa (*pontifex maximus*).

Grčki zakonodavac je još od 1884. godine odredio, da Grčka pravoslavna crkva egzistira neraskidivo duhovno povezana kako sa Velikom Crkvom Carigradskom, tako i sa svakom drugom pravoslavnom crkvom,[18] naravno i sa srpskom.

Svi sveti kanoni Vaseljenskih sabora, koji se odnose na dogmu i veru kao i na upravljanje crkvom, u Grčkoj pravoslavnoj crkvi regulisani su grčkim Ustavom, usled čega crkveni zakoni koji su u koliziji sa odredbama Ustava, bivaju i postaju neustavni.[19]

Što se tiče dogmatskog jedinstva Grčke crkve sa Vaseljenskom patrijaršijom i ostalim pravoslavnim Crkvama ono je propisano u članu 3 par. 1, grčkog Ustava. Međutim, iako bi se moglo reći da ovaj član sadrži više teološku odredbu, on daje državno-pravni značaj odredbama Crkve u državi.

Ne postoji ustavna smetnja za proglašenje zakona koji u sebi ne sadrže suprotne članove odredbama Svetih kanona. Međutim, kada su državni zakoni u suprotnosti sa dogmatskim učenjem[20] Pravoslavne Crkve postoji ustavna smetnja. Član 3 par. 1 grčkog Ustava predviđa to da pravoslavna Crkva za svog načelnika ima Bogočoveka Hrista, zatim da egzistira neraskidivo dogmatski sjedinjena sa drugim pravoslavnim Crkvama i konačno dosledno se pridržava apostolskih i saborskih kanona i svetog predanja, onako kako predviđa član 3 par. 1 vazećeg grčkog Ustava.

[18] Vid. Ustav 1844, 1864 i 1911, čl. 2; Ustav 1927 čl. 1, par. 2; Ustav 1952, čl. 2; Ustav 1968, čl. 1, par. 2 i Ustav 1975, čl. 3 par. 1, državnih Ustava.

[19] Vid. I. Panagopoulos, *Sveti Kanoni i Ustav1968-73, (1973),* 1281–1290; I. Panagopoulos,”Demokratija i pravoslavno misljnje”, *Koinonia* 2/1982,156–174.

[20] Vid. P. Pulicas, *Odnosi države i crkve,* izdanje I, Atina 1946, 229–245; Vid. E. Venizelos, “Tačke Ustavnog tumačenja u ustavnom procesu između države i crkve”, *Pravo i Politika*, Thessaloniki, 85–103; Vid. A. Hristofilopoulos, *Grčko Ustavno Pravo*, Atina 1973, 84.

Ustav Grčke države uvodi dve odredbe: ustavnom ozvaničenju svetih kanona – svetog predanja i o jedinstvu dogmata. Što se tiče raskolnika, tj. Starokalendarske Crkve u Grčkoj, ona sa dogmatskog aspekta ostaje pravoslavna, ali nema nomokanonsku jedinstvenost,[21] što znači da je neustavna. Iz ovog razloga u skladu sa Ustavom grčke države mora se čuvati postojeći zakon čije odredbe ne narušavaju jedinstvenost drugih pravoslavnih Crkava sa Crkvom Grčke.[22]

U Grčkoj nažalost još nemamo ustavni sud, a tu pravnu prazninu i posebnost, pokriva Upravni vrhovni sud po imenu Savet Epikratije – *Simvulio tis Epikratias* u nivou Areopaga, i obezbeđuje svojim odlukama da grčki Ustav u potpunosti poštuje dogmate, prvenstveno one koji se tiču pravoslavne vere i svega što Ustav države ne reguliše u potpunosti svojim odredbama, a preko svojih zakona[23] koji su uopšteno sadržani u svetim kanonima.

Sudske odluke se dele na osnovne i neosnovne. U radu Vrhovnog upravnog suda “Savetu Epikratije”, osnovna i polazna uloga daje se članu 13 par. 1-2 Grčkog Ustava, čime se sprečava da zakonodavac naruši slobodu vere i slobodu religiozne svesti koju reguliše ustavno pravo na versku slobodu. Od strane zakonodavca odluke ovog suda podležu izmenama, ali on ne može da učini temeljne izmene osnovnih pravoslavnih normi ustanovljenih tradicijom i običajima u pravoslavnoj Crkvi i u vekovnoj sabornoj pravoslavnoj svesti, kroz priznavanje razlika između osnovnih i neosnovnih pravosudnih uredaba.

Vrhovni upravni sud Savet Epikratije[24] zbog svega toga smatra da su sveto predanje i sveti kanoni Vaseljenskih Sabora, koji su pravni temelj pravoslavlja, u smeru opštih interesa crkve i zajednice po potrebi promenljivi. Akademik Dimitrios Tsatsos[25], profesor ustavnog prava, smatra: “aktivnosti Grčke Crkve podležu sudskoj kontroli ustavnosti, kada kao pravno lice po svojim rezultatima, predstavljaju osnovu za primenu pravosuđa. Sveti kanoni koji precizno ne regulišu duhovna pitanja moraju da se smeštaju u granice osnovnih prava”.

Izvesne eklisiološke probleme sadrže noviji ustavi Pravoslavnih Crkava, a ni do danas oni nisu do kraja uspešno rešeni. Iz istog gore pomenutog osnova nomokanonskog predanja i pravoslavnog crkvenog prava, ni Ustav

[21] Vid. Takav primer u GP Crkvi, predstavlja raskolnička Crkva, koja se ravna po starom kalendaru.

[22] U skladu sa Ustavom Grčke, čl. 72, par. 1.

[23] Vid. S. Troianos, *Smernice crkvene nomologije Saveta Epikratije*, godina 1974–1978, Tom, godina 1929–1979, Atina 1979, 547.

[24] Vid. Odluke Saveta Epikratije 3178/1976, 1269/1977, 1270/1977, 2037/1979, 2635/1980, 3619/1982. Vid. S. Trojanos, *Predavanja Crkvenog Prava*, Atina 1984, 50–51.

[25] Vid. D. Tsatsos, *Ustavno pravo – opšti deo,* Tom III, I, Atina 1988, 180–181.

Srpske Pravoslavne Crkve donet 1931. godine takođe, revidiran 1947. godine i do danas dorađivan, kao ni slični ustavi ostalih Pravoslavnih Crkava nikako ne mogu sobom da zamene ili potisnu eklisiološku i kanonsku tradiciju Pravoslavlja, jer čak ni sami sveti kanoni ne iscrpljuju puno kanonsko-eklisiološko predanje Crkve. Jednostavno zato, što su svi ti ustavni tekstovi pre svega administrativno-pravni i svetovno-juridički, a živo biće Crkve, kao bogočovečanski organizam, ne može se ni smestiti, ni ograničiti pravnim sistemom svejedno koliko usavršavanim, jer Crkva nije entitet pravnog poretka, nego blagodatnog.

Ovo još ne znači da pravo ili tačnije kanonsko pravo, nema mesta u Crkvi i crkvenom poretku i upravi, nego samo znači da nikada Crkva i crkveni život i njeno rukovođenje ljudima ka spasenju ne može se svesti samo na pravni nivo i na juridički mentalitet.

Zato su sveti kanoni tako široki, čak neprecizni, jer su snishodljivo-ikonomični, i uvek su u posedu slobodnog raspolaganja pedagoško-sotiriološke samosvesti Crkve Boga Spasitelja, a nikad iznad Crkve i njene blagodatno-spasonosne misije”.[26]

Prethodnim ustavima,[27] takođe je ograničavana samouprava Grčke Pravoslavne Crkve, nezavisno od toga koliko je bila poštovana od sveukupnog društva i zajednice. Ustav grčke države iz 1975. godine, posebno u oblasti vezanoj za centralne organe pravosuđa, unosi jasnije odredbe predviđajući da Crkvom upravlja Sveti Sinod, preko arhijereja, koji je sastavljen po uredbama Konstitutivne povelje.

Sve to znači da se od strane svih mitropolita (u Grčkoj vlada mitropolitski administrativni sistem upravljanja) konstituiše Sveti Sinod Grčke Crkve kao pravno lice javnog prava. Veća ovlašćenja državi da interveniše u crkvenim pitanjima su davali prethodni Ustavi.

Grčki Ustav pominje i sinodski i patrijaršijski akt od 4.9.1928g., da je pojam epitropski uveden u upravljanju autokefalne Grčke Crkve,[28] u takozvanim patrijaršijskim mitropolijama severne Grčke tj. “novih zemalja”,[29] koje nastavljaju nomokanonski da pripadaju Vaseljenskom tronu Fanara.

Prvi koji tretira Patrijaršijski Tomos i Patrijaršijski akt kao izvore Ustavnog prava je Ustav iz 1975. godine. Patrijaršijski i Sinodski Tomos,

[26] Vid. A. Jevtić, *O Američkom raskolu*, Zagrljaj svetova, Srbinje 1996, 161.

[27] Vid. Ustav 1844, 1864, 1911, čl. 2; Ustav 1927 čl. 1, par. 2; Ustav 1952, čl. 2 i Ustav 1968, čl. 1, par. 2.

[28] Vid. Patrijaraškom Tomosu iz 1850. g., Vaseljenska Patrijaršija je dala autokefalnost GP Crkvi.

[29] Vid. Kon. Vavouskos, *Nomokanoski aspekt mitropolija Novih Zemalja*, Tessaloniki 1973; Vid. Kon.Vavouskos, *Arhivi o Nomokanonskom Pregled Neon Horon*, Naučni ogranak Pravnog fakulteta 17, Tessaloniki 1980, 83–101.

takođe, predviđa da Sveti Sinod “upravlja crkvom po svetim i božanskim kanonima, slobodno i bez svetovnih uticaja”.[30] Važnost patrijaršijskih tekstova Vrhovni upravni sud tj. Savet Epikratije, razmatra samo u slučaju konstituisanja permanentnih arhijerejskih sinoda, i to delimično ograničavajuće a ne ulazeći u stroge teološke probleme. Zbog toga se smatra da autonomija Crkve delimično ima teoretski značaj.[31]

Članom 3 par. 1 grčkog Ustava utvrđena je autokefalnost Grčke Crkve. Pravoslavna Crkva Grčke nema uticaja na celokupnu pravoslavnu Grčku Državu i njeno zakonodavstvo nije u istim pravnim granicama kao zakonodavstvo države. Teritorija na kojoj se prostire Grčka država, podeljena je na pet odvojenih administrativnih crkvenih oblasti i to su:

1. Grčka autokefalna Crkva koju sačinjavaju eparhije kontinetalne Grčke, Kiklada, Peloponeza, Tesalije (osim eparhije Helasona), Eptanisa i Arte.

2. Eparhije koje sačinjavaju takozvanu Crkvu Novih zemalja su eparhije Makedonije, Epira, ostrva u Egeju, Trakije i Helasonu;

3. U odnosu na Vaseljenski tron, poluautonomnu Crkvu Krita predstavljaju eparhije-episkopije Krita;

4. Duhovno, pravno i administrativno, Vaseljenskoj patrijaršiji pripada Dodekanisos.

5. Poluostrvo Sveta Gora-Atos, takođe, se nalazi pod upravom Vaseljenske patrijaršije.

Vekovima pre ove podele, današnja autokefalna Grčka Crkva pripadala je Vaseljenskoj patrijaršiji. To praktično znači da mitropolije koje danas predstavljaju autokefalnu Grčku Crkvu čitav niz vekova su pripadale Vaseljenskoj patrijaršiji kao majki Crkvi.

U vreme grčkog ustanka iz 1821. godine, protiv otomanske okupacije zbog ratnih neprilika, nije postojao dovoljno učestao kontakt sa Carigradom. Pod uticajem velikih sila podsticana je ideja za stvaranjem autokefalne crkve na oslobođenoj teritoriji koja je mogla biti ostvarena tek nakon konstituisanja nove Grčke Države. Prvi grcki premijer (1830–1833) Ioannis Kapodistrias studirao je medicinu, pravo i teologiju, a za njegovo vreme predmet kanoskog prava se učio čak i na medicinskim fakultetima od

[30] Vid. Na CC/28.1.1975, na Kongresu II, Komiteta o Ustavu, celokupna tema je ograničena samo na patrijarašku praksu. U razgovoru između ministra Hrisostom Karapiperisa i profesora Atanasije Angelopoulosa, utvrđeno je da se navod o praksi iz 1928. g., tiče isključivo i samo formiranja trajnog Sinoda, koji se bira u skladu sa konstitutivnom poveljom Crkve i Patrijaršije. Uporedi: Sinodska praksa od 4.9.1928. Za sve gore navedeno uporedi: Zbornik – Praktikom Kongresa celokupne Skupštine, Atina.

[31] Vid. N. Rotis, *Ustavni red i sv. Kanoni*, Ustav 7, 1981, 428–429 i odluka suda Saveta Epikratije 2, 236/80.

koga je proizišla etika i etika medicine tj. današnja bioetika. Međutim, ne bi trebalo apsolutizovati ni sadašnji, a ni bivše sisteme organizacije Crkve u državi. Svi su oni manje-više podložni izmenama baš kao što se to dešavalo u istoriji Crkve. Nova Grčka država osnovana za vreme Kapodistrijasa, blistavo je napredovala u svakom pogledu. On je bio veoma talentovan državnik koji je uspeo da uvede model kantona u Švajcarskoj. Ubijen je u Nafplion 9.10.1831. g., ispred crkve Sv. Spiridona gde je redovno prisustovao crkvenim službama.

Nakon ovog nemilog događaja pod uticajem vekovnih neprijatelja grčke demokratije dolazi do ustoličenja kralja Ota iz Babarije – Nemačke. Posledično je došlo do odvajanja od Vaseljenske Patrijaršije i stvorena je autokefalna Grčka Pravoslavna Crkva koja je nastavila da egzistira, ali bez ispunjavanja određenih uslova koji se zahtevaju u nomokanonskim uredbama.[32] [33] Mnogobrojne reakcije je izazvao ovaj državni udar i naneo je nenadoknadivu štetu nacionalnim interesima zemlje.

Zbog svega toga 29. juna 1850. g., konačno je Patrijaršija proglasila Sinodski Tomos, kojim je Grčka Crkva proglašena *ex nunc* autokefalnom. Kasnije od 1898. g., osnovana je autonomna država Krit, i 14.10.1900. g., sa Vaseljenskom patrijaršijom je sklopila savez. Njime je regulisana kanonska zavisnost i organizacija lokalne crkve koja je zakonski stekla polu-autonomni status sa svojim Sinodom i ostala pod duhovnom upravom patrijaršije Carigrada.

Zbog zategnutih odnosa i ratnih neprilika između Grčke i Turske početkom 20-og veka, uloženi su mnogobrojni crkveni i pravno-politički napori u vezi sa crkvenim statusom “Novih zemalja”,[34] kako su nazvani Epir, Grčka Makedonija (tj. severna grčka teritorija), ostrva u Egeju i zapadna Trakija, koji su do Balkanskih ratova bili pod administrativnom upravom Vaseljenske Patrijaršije, a i zbog zategnutih odnosa između Grčke i Turske[35] i ratnih neprilika u tom periodu od 1912–1922. g.

Iz tog razloga u 1925. g., je data inicijativa za ostvarivanje autonomnog Upravnog Statusa sa centralnim organima u gradu Solunu. Ipak, na

[32] Vid. Papastatis, *Elementi Crkvenog Prava* – Tom. A, 77.

[33] Vid. Beseda od 23. jula/4. avgusta 1833, o nezavisnosti Grčke Crkve i Vid. Gerarimos Konidaris, *Crkvena Istrorija Grčke* – Tom II, Atina 1970.

[34] Vid. E. Konstantinidis, *Javljanje Autokefalije Grčke Crkve (1850) i položaj mitropolija Neon Horon (1928)*, Atina 1974. Nakon ujedinjenja Eptanisa i kasnije Tessalije, eparhije Arte, pojedinih sela iz Epira i Makedonije sa Grčkom, Vaseljenska Patrijaršija je ustupila te oblasti autokefalnoj crkvi Grčke odlukama od 9. jula 1866 i maja 1882. Patrijaršijskim Odlukama iz 1882. godine, određena je oblast autokefalne crkve. Od tada, sve oblasti koje su oslobađane i koje su bile pod grčkom vlašću, nisu potpadale pod zakonodavstvo grčke crkve.

[35] Vid. S. Troianos, *Organizacija Crkava i međunarodni odnosi*, Atina 1983, 40–70.

kraju je bilo nađeno drugo rešenje, a to je da se eparhije „nove zemlje“ nomokanonsko-jerarhijski pokoravaju Vaseljenskoj Patrijaršiji i da se njima upravlja preko autokefalne Grčke Crkve iz Atine po molitvenoj poslanici Vaseljenskog trona svetom atinskom sinodu. Iako je taj akt predviđen kao “privremen”, ovaj crkveni status nastavio je da važi do danas.[36]

Ujedinjenje Dodekanisa koje je proglašeno 7.3.1947. g., nije dovelo do promene crkvenog-pravnog statusa. Egzarhija ostrva Patmos i još četiri mitropolije su bile i dalje pod duhovnom i crkvenom upravom Vaseljenske Patrijaršije. Poluostrvo Sveta Gora – Atos, svoj pravni status nije menjalo. Zadržalo je svoj stari samoupravni status. Grčka vojska je oslobodila Svetu Goru od turske vlasti 1912. g. Konačno, Sveta Gora je od 1926. g., pod ponovnom duhovnom upravom Vaseljenske Patrijaršije.

Mogli bismo zaključiti na kraju ovog kratkog ustavnog prikaza odnosa između crkve i države u grčkoj, da je njen današnji važeći pravni status “sistem vladavine zakona” u Grčkoj i da je nastao zajedničkom voljom crkve i države, preko ustavotvornog zakonodavca grčke države.

Naše mišljenje je, što se odnosa crkve i države uopšte tiče, da poznata parola o odvojenosti države i crkve predstavlja ideološku floskulu i u demokratskim i u totalitarnim društvima. U stvarnosti se one prožimaju, jer isti ljudi, odnosno narodi, jesu i vernici i građani.

I slivanje crkve sa državom i odvajanje jedne od druge, sprovođeno veštačkim, obično nasilnim putem, nužno je vodilo gonjenju – ili gonjenju drugih vera i ateista u lažnim teokratijama ili gonjenju svih vera, osim državnog ateizma, u donedavnim ‘narodnim demokratijama’. Jedini prirodni i zdravi odnos bila su međusobna podrška i saradnja, uz puno uvažavanje različitosti i uz punu svest o granicama te saradnje.

Hrišćanska država, državna crkva, država bez crkve ili država umesto Crkve – sve su to, reklo bi se, različita izdanja iste utopije. Slobodna Crkva u slobodnom društvu bila bi jedna formula koja bi zadovoljavala zahteve i ovozemaljske državne politike i nebozemne crkvene politike, pri čemu bi ljudi slobodno i odgovorno davali – caru carevo, a Bogu Božije (Mat 22, 21).[37]

ZAKLJUČAK

Mogli bismo zaključiti da se Kanoni Vaseljenskih Sabora ne mogu ograničiti strogo ustavnim i uskim gramatičkim tumačenjima, jer imaju

[36] Vid. Rešenje koje je dato nakon sporazuma između Republike Grčke, Vaseljenske Patrijaršije i GP Crkve, smešteno je u zakon 2615 od 10/11 jula 1928. g., i u patrijaršijske odluke od 4/9/1928, kojima su određeni opšti principi funkcionisanja uprava.

[37] Vid. I. Bulović, „Crkva i Politika“, *Gradac* 110, 7.

dublji ontološki i egzistencijalni sadržaj kojim usmeravaju članove Crkve u skladu sa potrebama konkretnog istorijskog vremena i prostora. Grčka je jedina pravna država koja u svom Ustavu jasno sadrži kanone Vaseljenskih Sabora.

Kroz pravnu tradiciju, primer zakona koji je bio plod sinergije crkve i države je Nomokanon Carigradskog Patrijarha Fotija. Postojao je zajednički rad dve vlasti i harmonična koegzistencija zato što su vizantijski carevi pokazivali duboko poštovanje, ne samo prema kanonima i zakonima, nego i prema predanju crkve. Takođe, i Dušanov zakonik je bio ustanovljen u duhu pomenutih kanona i čuvao je svoje građane u čistoti vere. Takav primer je zakonski član o zabrani braka između pravoslavaca i katolika. U svetogorskom pravu na snazi je zabrana ulaska žena na teritoriju Atosa, i taj zakon je pod ustavnom zaštitom grčkog Ustava član 104 grčke države.

Ukoliko bi savremena grčka država pokušavala da uvede nove stavove koji bi bili u potpunoj suprotnosti od učenja Crkve, naišla bi na jednodušan otpor crkvenih vlasti. Zaključujemo da ustav grčke države koji je važeći do danas iz 1975. g., za vodilju ima Pravoslavnu veru i započinje rečima: “U ime Svete, Jednosuštne i Nerazdeljive Trojice”. U grčkom ustavu položaj crkve u državi se reguliše u članu 3 paragraf 1.

Kao što smo naglasili u grčkoj državi nažalost, još nemamo Ustavni sud, a tu prazninu pokriva Upravni vrhovni sud po imenu Savet Epikratije – *Simvulio tis Epikratias* u nivou Areopaga.[38]

Vrhovni upravni sud Savet Epikratije[39] smatra da su sveto predanje i sveti kanoni Vaseljenskih Sabora, koji se u pravoslavnoj problematici navode, u smeru opštih interesa crkve i zajednice po potrebi promenljivi. Akademik Dimitrios Tsatsos,[40] smatra: „aktivnosti Grčke Crkve podležu sudskoj kontroli ustavnosti, kada kao pravno lice po svojim rezultatima, predstavljaju osnovu za primenu pravosuđa. Sveti kanoni koji precizno ne regulišu duhovna pitanja moraju da se smeštaju u granice osnovnih prava”.

Živimo u vremenu Novog svetskog poretka, i mi narodi na Balkanu treba da smo svesni šta možemo uraditi u očuvanju svojih korena, slobode veroispovesti, tradicije i običaja, kao što je naš veliki heroj i mislilac Riga od Fere govorio za ustavnu konfederaciju balkanskih naroda: ko misli slobodno, misli dobro.

[38] Vid. Spiros Troianos, *Smernice crkvene nomologi je Saveta Epikratije*, godina 1974–1978. Tom, godina 1929–1979, Atina 1979, 547. Vid. Troianos, “Die Sonderstellung des Kaisers im fruhund mittel Byzantinischen kirchlichen”, *Prozes Vizantina* 1971.

[39] Vid. Odluke Saveta Epikratije 3178/1976, 1269/1977, 1270/1977, 2037/1979, 2635/1980, 3619/1982; Vid. S. Troianos, „O vezi izbora i hirotonisanja episkopa“, *Hristianos* 1984, 50–51.

[40] Vid. D. Tsatsos, *Ustavno Pravo – opšti deo* Tom III, I, Atina 1988, 180–181.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Albrecht, Albert, *Koordination von Staat und Kirche in der Democratie. Eine Juristische untersuchung uber die allgemeinen Rechtoprobleme der konkordinate znjischen der katholischen kirsche und einem freiheitlich, demokratischen staat,* Frieburg, Basel, Wien 1965;
2. Avramović, Sima, „Pravo na versku nastavu u našem i uporednom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2005/1;
3. Bigović, Radovan, „Pravoslavna crkva i evropske integracije“, u tom.: *Religioznost građana Srbije i njihov odnos prema procesu evropskih integracija*, ed. Konrad Adenauer Stiftung-Centre for european studies-Hrišćanski kulturni centar, Beograd 2011.
4. Blagojević, Mirko, „Aktuelna religioznost građana Srbije“, u tom*.: Religioznost u Srbiji*, 2010. Ed.: Konrad Adenauer Stiftung-Centre for european studies-Hrišćanski kulturni centar, Zrenjanin 2010;
5. Cisarž, Branko, *Crkveno Pravo*, tom. I. II, Beograd 1973;
6. Cody, Aelred, *A history of old Testament priesthood*, Analecta Biblica No 35, Rome 1969;
7. Coleman, R-Norton, Paul, *Roman State and christian church*, A collection of legal documents, London 1966, tom 1-3;
8. Coutsoumaris Th., “Relations entre l’etat et les eglises en Grece“, *Revue Hellenique de droit international* 23/1970;
9. *Codex Iuris Canonici*, typis polyglottis vaticanis MCMXLIII;
10. Darrouzes, Jean, *Recherhes sur les Offikia de l’ eglise Byzantine. Institut Francais d’ etudes Byizantines*, Paris 1970.
11. Dvornik, Francis, *Byzantinium and the Roman Primacy*, Fordham university press, New York 1966;
12. Dvornik, Francis, *Le schisme de PHOTIUS*, Historie et legende, Paris 1950 ;
13. Dvornik, Francis, *Histoire des Conciles*, New York 1961;
14. Đakovac, Aleksandar, „Crkva, drzava i politika“, u tom.: *Crkva u pluralistickom društvu – zbornik radova, ed*.: Korad Adenauer Stiftung-Hrišćanski kulturni centar, Zrenjanin 2009;
15. Giannakakis, Basil, *International status of the ecumenical Patriarchate*, Cambridge, Massachusetts 1959;
16. Glotz, Gustave, *Grčki “Polis”* (prevod: A. Sakellariu), Atina 1978;
17. Gouilard, Jean, *Le Synodicon de l’ Ortodoxie*, Travaux et M. 2(1967) ;
18. Haralambides Th., “Die Kirchenpolitik Griechenlands“, *Zeitschrift fur Kirchengeschichte*, Dritte folge VI, LV Band. Heft I/II, Wien 1935;
19. Jablanov-Maksimović, Jelena, „Stav Pravoslavne Crkve prema globalizaciji“, u tom.: *Crkva u pluralistickom drustvu* – zbornik radova, ed.: Konrad Adenauer Stiftung-Hrišćanski kulturni centar, Zrenjanin 2009;

20. Jevtić, Atanasije, *Na putevima Otaca*, tom, I, II, Beograd 1991; Vaseljenski Sabori i saborno Predanje Crkve;
21. Kartasev, A. V., *Vaselenskie SoborÀ*, Pariž 1963. (Vaselenski Sabori, tom. I i II, Beograd 1995) ;
22. Kočović, Dragoslav, *Religijska Učenja - socijalne vrednosti religijskih učenja*, Beograd 2010;
23. L' Huillier, Peter, *L' economie dans la tradition de l' eglise Ortodoxe* 1983;
24. *Lehrbuch des Kirchenrechts, auf Grund des Codex luris Canonici*, Munchen 1959 ;
25. *Les Droits Foundamentaux du chretien dans l'eglise et dans la socite,* Universitaires Fribourg Suisse 1981 ;
26. Makrides, H.Vasilios, „Između redovnog stanja i tenzija – odnos Crkve i grčke države u svetlu krize oko uvođenja onih licnih karata“, u tom.: *Crkva u pluralistickom drustvu* – zbornik radova, ed.: Konrad Adenauer Stiftung-Hriscanski kulturni centar, Zrenjanin 2009.
27. Marinos A., "La liberte religieuse dans la nouvelle constitution grecljue*", Consience et Liberte* 11/1976, Paris;
28. Moscopoulos, Nicephore, , *La question de palestine et le patriacat de Jerusalem, ses droits, ses privileges*, Athenes 1948 ;
29. Panagopoulos, Alexios, *Epistolografija*, Atina 2010;
30. Panagopoulos, Alexios, *Grammatologija*, Thessaloniki 2013;
31. Panagopoulos, Alexios, *Sloveni, Islam, Grči, u novi svetski poredak*, Atina 2023;
32. Panagopoulos, Alexios, Ljudska Prava *(Ustav, Građanin, Globalizacija i Država Prava*), Atina 2023.
33. Panagopoulos, Ioannis, *Sveti Kanoni i Ustav Države 1968-1973*, (1973);
34. Pantazopoulos, Nikolaos, *Church and Lanj in the Balkan Peninsula during the ottoman Rule*, Solun 1967;
35. Papastathis, Chonstantinos, *L' eglise et le Droit coutumier aux Balcans pendant la domination ottomane. Recueil des travaux, symposium international, edit speciale No. I*. Beograd 1974;
36. Popovic J., *Dogmatika*, tom I, II, III. Beograd 1978 ;
37. Radisavljević-Tiparizović, Dragana, "Religioznost građana Srbije i njihov odnos prema EU-socioloski ugao“, u tom.: *Religioznost građana Srbije i njihov odnos prema procesu evropskih integracija*, ed. Konrad Adenauer Stiftung-Centre for european studies-Hrišćanski kulturni centar, Beograd 2011;
38. Rosse, Seraphim, *Ortodohy and the religion of the Future*, U. S A. 1989 ;
39. Runciman, Steven, *The ortodox churces and the secular stat*e, Oxvord University Press 1971, and London 1972;
40. Salachas, Demetros, *Le Lettere Canoniche di S. Basilio Nicolaus 1*(1980);

41. Simić, Predrag, „Srbija i Evropska Unija: između nacionalnog i evropskog identiteta“, u tom: *Religioznost građana Srbije i njihov odnos prema procesu evropskih integracija*, ed. Konrad Adenauer Stiftung-Centre for european studies-Hrišćanski kulturni centar, Beograd 2011;
42. TROIANOS, Spiros, *Die Sonderstellung des Kaisers im fruhund mittel Byzantinischen kirchlichen*, Prozes “Vizantina” 1971 Munchen.
43. Vavouskos K., “Church and State in modern Greece”, *Balkan studies* 9/1.

Academic Prof. Dr. Alexios Panagopoulos, LL.D.

Emeritus professor of the Ministry of Education of the Republic of Greece.
Director EPLO – European Public Law Organization,
in B&H and Montenegro.
Member World Jurist Association USA – Washington.

LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN THE STATE AND CHURCH IN THE GREEK CONSTITUTION

Summary

The Greek Constitution of 1975 is guided by the Orthodox faith. It begins with the words, "In the name of the Holy One-Essential and Indivisible Trinity." The position of the Orthodox Church in the Greek state, in which the rule of law system is maintained, is referred to in Article 3 paragraph 1. The position of the church in the state is determined by the fundamental principles. The Church has its own administration, and the existing autocephaly must be preserved. Those provisions of Article 3 of the Constitution, in their entirety, are not new. We meet them in all of Greece's previous constitutions and in various variants. The current Greek Constitution, however, in connection with the recognition of the Orthodox Church as "valid," has largely departed from the provisions of the previous Constitution from 1952. For example, according to the previous monarchical Constitution, the heir to the royal throne, the guardian of the minor heir, and the viceroy had to be of the Orthodox faith, while there is no similar provision for the president of the Greek Republic in the 1975 Constitution. The current Constitution omitted the prohibition on conversion, along with any other influence on the ruling religion. Conversion is prohibited if it is at the expense of any "recognized" religion while the state intervenes in church matters. The introductory part was kept in the oath of the president of the republic and members of the assembly. It reads, "In the name of the Holy, One-Essential, and Indivisible Trinity." Differentiating the departure of the provisions of the current Constitution from the provisions of the 1952 Constitution led to the creation of the theory of valid

religion, which denotes the religion of the majority of the Greek people. This issue of valid religion gave rise to the perception that it signifies the religion of the majority of Greeks. It holds validity due to its connection to the traditions and customs of the majority of Greeks. The concept of a valid religion is founded on the following principles: The official religion in the Greek state is represented by Orthodox dogmatic teaching. The church is a legal entity of public law according to its legal relations; it has its own legal basis as well as its various instruments. The state surrounds the church with expressed interest and enjoys a special position, and the state authorities implement literally the decisions of the church court. The Orthodox character of the religious service of the armed forces is nurtured, as is the establishment and care of Orthodox church schools by the state. Apart from the Orthodox churches, members of other known religions enjoy many privileges. For example, the 1763/1988 law exempts all religious officials from military service. Apart from Orthodox, monasteries and temples of other faiths are exempted from real estate tax and income taxation of legal entities.

Key words: *Orthodox Church; Greek Republic; Constitution*.

УДК/UDC 340.134(470)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Черкасова Оксана,

Доцент кафедры теории методологии
и правового обеспечения ГМУ, Уральского Федерального
Университета, Екатеринбург, Российская Федерация

Банных Галина,

Доцент кафедры теории методологии
и правового обеспечения ГМУ, к.с.н., Уральского Федерального
Университета, Екатеринбург, Российская Федерация

ОБЩЕСТВЕННЫЙ КОНТРОЛЬ КАК КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ИНСТИТУТ: ПРОБЛЕМНЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Данная статья посвящена правовым и социально значимым аспектам общественного контроля как института конституционного права и гражданского общества. Актуальность избранной темы предопределена тем, что традиционная модель управления, противопоставляющая государство и граждан - управляющих и управляемых, на современном этапе развития гражданского общества в России исчерпала себя. Цель статьи: охарактеризовать конституционно-правовой институт общественного контроля в РФ. Понятие «общественный контроль» относительно недавно было нормативно закреплено в новом федеральном законе РФ, который также очерчивает круг субъектов общественного контроля и закрепляет его формы. Настоящее нормативное закрепление является большим достижением в развитии института общественного контроля, поскольку отражает желание законодателя придать исследуемому институту полноценную правовую форму участия граждан в принятии решений в сфере государственного и муниципального управления. В настоящем исследовании, используя социологический, аксиологический и сравнительно-правовой методы, авторы предлагают свой научно-практический взгляд на ряд проблем правового регулирования института общественного контроля. В качестве результата исследования предлагаются рекомендации по совершенствованию национального законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: Правовое регулирование; Общественный контроль; Субъекты общественного контроля; Формы общественного контроля; РФ.

* * *

С момента принятия Федерального закона от 21 июля 2014 г. N 212-ФЗ "Об основах общественного контроля в РФ"[1] (далее - Федеральный закон "Об основах общественного контроля в РФ", Федеральный закон) в России прошло десять лет. Интерес к институту общественного контроля продолжает расти, притягивая к себе все больше ученых и практических работников. Являясь наиболее эффективным способом, обеспечивающим контроль за функционированием органов государственной власти, тема реализации и осуществления общественного контроля не теряет своей актуальности.

В Федеральный закон "Об основах общественного контроля в РФ" правки вносились три раза, и касались только ст. 2 "Правовая основа общественного контроля" в части исключения ряда сфер жизнедеятельности из-под действия федерального закона. Однако, существенных положительных изменений или дополнений в правовые основы общественного контроля, в Федеральный закон "Об основах общественного контроля в РФ" за прошедший период не вносилось.

В юридической доктрине, учеными исследователями неоднократно указывалось на несоответствие модели правового регулирования, закрепленной в Федеральном законе "Об основах общественного контроля в РФ", особенностям и специфике регулируемых общественных отношений.

В связи с чем, целью настоящего исследования является не только определить правовую и социальною природу института общественного контроля, но и обозначить тенденции дальнейшего развития законодательства об общественном контроле, очертить проблемы его правового регулирования и наметить пути их разрешения.

1. ПРИРОДА ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ: ПРАВОВЫЕ И СОЦИАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ

В российской правовой науке народовластие как основа конституционного строя онтологически связано с понятиями "суверенитет", "народ", "государство" и "власть". На протяжении многих десятилетий одной из важнейших форм реализации народовластия являлся общественный контроль, активное формирование которого в нашей стране связывается с началом советской истории. Главное условие стабильности РФ в своих конституционных устоях и динамичности в

[1] "Собрание законодательства РФ", 28.07.2014, N 30 (Часть I), ст. 4213.

развитии заключается в преодолении взаимного отчуждения общества и государства, восстановлении доверия граждан [2].

Несмотря на существенную эволюцию российской правовой теории и системы законодательства, в настоящее время в науке актуализировался интерес к общественному контролю как к сфере неоднозначных теоретических дефиниций и правовой неопределенности по целому ряду вопросов. Что обращает внимание на ряд научных суждений, по-разному толкующих суть и природу общественного контроля как правового и социального института.

Общественный контроль – относительно новое направление и в практике правового регулирования, и в практике взаимодействия местного сообщества и органов власти в постсоветских государствах. Эта технология позволяет реализовать общественное участие в принятии публичных решений при одновременном контроле за деятельностью органов власти и особенно актуально на местном уровне. Общественный контроль осуществляется в рамках партисипаторного управления.

Г.Н. Чеботарева подчеркивает, что общественный контроль имеет прежде всего, конституционную основу (ч. 1 ст. 3, ч. 1 ст. 32 Конституции) и является конституционно-правовым институтом[3]. Однако данное заключение является дискуссионным. Например, С.А. Авакьян также указывал на необходимость закрепления на конституционном уровне права на общественный контроль, но в качестве цели определяет - оздоровление общественно-политического климата в стране[4]. В.В. Гриб акцентирует внимание на упоминании общественного (народного) контроля в Конституции СССР 1977 г. и его отсутствии в тексте действующей Конституции[5]. Как уже было упомянуто, это связано с тем, что самым ярким и насыщенным этапом в историческом генезисе общественного контроля является советский период, который связан с развитием социалистической теории государства и возникновением нового типа общественных отношений. В рамках теории социалистического государства и практики его строительства контрольная деятельность рассматривалась

[2] Эбзеев Б.С. Конституция, государство и личность в России: философия российского конституционализма // Конституционное и муниципальное право. 2013. N 11. С. 18.

[3] Чеботарев Г.Н. Общественный контроль на выборах: опыт и проблемы правового регулирования // Конституционное и муниципальное право. 2018. N 7. С. 56 - 60.

[4] Авакьян С.А. Проблемы прямого действия и применения Конституции РФ 1993 года // Конституционное и муниципальное право. 2018. N 12. С. 24.

[5] Гриб В.В. Актуальные проблемы правового развития института общественного контроля в РФ // Конституционное и муниципальное право. 2015. N 11. С. 3 - 13

как средство приобщения граждан к управлению общественными и государственными делами, воспитания нового отношения к труду и общественной собственности, условие поддержания дисциплины, законности и порядка.

В ст. 75.1. Конституции РФ указывается, что в РФ создаются условия для взаимного доверия государства и общества. По мнению В.В. Лазарева, дополнение Конституции данной нормой позволяет характеризовать наше государство как социальное, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека [6]. Основной задачей в сфере развития общественного контроля является повышение прозрачности процесса принятия решений представителями публичной власти, укрепление обратной связи между государственными и муниципальными органами власти и населением и, как следствие, повышение уровня общественного доверия к государству в целом.

Е.В. Бердникова полагает, что общественный контроль можно рассматривать: 1) как основную функцию гражданского общества; 2) вид социального контроля; 3) конституционно-правовой институт[7]. С.М. Зубарев исследует общественный контроль как метод обеспечения законности в публичном управлении [8].

С рассматриваемым институтом в неразрывном единстве и взаимозависимости находятся иные схожие проявления социальной и политической активности социума. В правовой литературе используется множество терминов, определяющих категорию "контроль" как одну из стадий управления (самоуправления) социальных систем[9], связанную с оценкой соблюдения внутри такого сообщества социальных норм. Контроль может быть охарактеризован как "социальный", "общественный", "гражданский", "негосударственный", "народный" и т.д. Вместе с тем представляется некорректным отождествление в юридической доктрине понятий социального контроля и общественного контроля. Юридической точки зрения, термин "общественный контроль" следует понимать в более узком,

[6] Лазарев В.В. Поправки в Конституцию РФ в свете решений Конституционного Суда РФ // Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ: офиц. сайт. URL: https://izak.ru/img_content/content/books/lazarev-lekcii.pdf (дата обращения: 21.05.2024).

[7] Бердникова Е.В. Правовые подходы к определению общественного контроля // Современное право. 2016. N 3. С. 29 - 37.

[8] Зубарев С.М. Вопросы теории и правового регулирования общественного контроля за деятельностью органов публичной власти РФ // Вопросы правоведения. 2015. N 3. С. 94.

[9] Тихомиров Ю.А. Динамика управления в современном обществе // Журнал российского права. 2021. Т. 25. N 11. С. 6.

прикладном значении как совокупность закрепленных в законодательстве организационно-правовых институтов и механизмов, которые позволяют гражданам и их объединениям оценивать деятельность органов публичной власти на предмет соблюдения интересов гражданского общества и прав человека [10].

Общественный контроль как социально-правовой институт - это переговорный процесс, позволяющий достичь консенсус на любом уровне властвования — как на федеральном, региональном, местном уровнях, так и в общественном масштабе[11]. Общественный контроль в РФ является одним из основных инструментов гражданского общества, предназначенным для обеспечения прозрачности и открытости деятельности органов публичной власти. Это процесс, в рамках которого широкая общественность осуществляет надзор за действиями государственных институтов, корпораций и других организаций, которые влияют на жизнь граждан. Тем не менее, несмотря на устоявшийся конституционно-правовой статус общественного контроля, вовлечение большого количества субъектов его осуществление, основной проблемой организации общественного контроля на сегодняшний день является его недостаточно высокая результативность.

2. ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ

2.1. Реализации общественного контроля в национальном и зарубежных правопорядках

Глобализация развития национальных обществ и государств диктует необходимость развития национальных правовых систем в соответствии с тенденциями развития международного права, которое закрепляет все новые правовые гарантии по обеспечению участия граждан национальных государств в управлении государственными делами, важнейшей частью которых и выступают институты гражданского общества по контролю за публичной властью

Развитие сети Интернета и процессы интеграции в мировой политике, особенно в рамках Европы, спровоцировали появление разнообразных механизмов взаимодействия граждан национальных государств в контроле за прозрачностью и отчетностью перед обществен-

[10] Бердникова Е.В. Правовые подходы к определению общественного контроля // Современное право. 2016. N 3. С. 29 - 37.

[11] Евстафьева Ю. Г. Роль Общественной палаты в достижении юридического консенсуса // Вестник Владимирского юридического института. 2008. № 2 (7). С. 141–147.

ностью государственных органов. Так, в рамках Европейского Союза это нашло отражение в разработке и реализации ряда проектов, таких как проект «Your Voice in Europe», который осуществляется при поддержке Европейской комиссии [12]. Данный проект предполагает широкое участие общественности в интерактивных обсуждениях в сети Интернет и двусторонних диалогах с органами власти Европейского Союза по решению актуальных вопросов, таких как миграция, экологические проблемы, транспорт, права меньшинств и другие.

Как отмечает А. С. Александров, в Грузии и Армении для обеспечения социальных и юридических гарантий законности содержания заключенных были созданы соответствующие институты общественного контроля в пенитенциарных системах. В частности, Независимый совет общественного контроля пенитенциарной системы в Грузии и группа общественных наблюдателей в пенитенциарной системе в Армении выполняют схожие функции, включая помощь администрации учреждений и осуществление надзора за их деятельностью.[13]

Подобные практики в странах СНГ и за рубежом свидетельствуют о важности использования успешного международного опыта в нормативном и правовом регулировании общественного контроля. В этих странах деятельность субъектов общественного контроля более активно закрепляется нормативными правовыми актами, а также наделяются реальными надзорными полномочиями, что отличается от ситуации в РФ.

В ряде стран контроль за отдельными сферами государственного управления, такими как публичные финансы на государственном и местном уровнях, является обязательным[14]. Соответствующие органы власти обязаны разрабатывать и утверждать нормативные правовые акты, которые обеспечивают организацию и осуществление контроля за этими сферами со стороны институтов гражданского общества. Например, в США после введения в 2009 году «Меморандума о транспарентности и открытом правительстве» администрацией президента Обамы, Концепция открытого правительства предусматривает увеличение информированности граждан о деятельности федеральных

[12] Твой голос в Европе: [сайт] – URL : *http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/-2016/index_en.htm* (дата обращения 27.04.2024) . – Текст : электронный.

[13] Александров, А.С. Зарубежный опыт общественного контроля и общественного воздействия на осужденных к лишению свободы / А.С. Александров. – Текст: непосредственный // Вестник Кузбасского института. – 2018. – № 1(34). – С. 9-19.

[14] Котов В. В. Общественный финансовый контроль в США: исторический и правовой аспекты / В.В. Котов. – Текст : непосредственный // Современное право. – 2009. – № 2. – С. 108-112.

органов власти [15]. Этот подход также распространяется на штатовские и местные власти в соответствии с федеральной политикой [16].

В Европейском Союзе предусмотрено, что национальные органы государственной власти и местного самоуправления обязаны в нормативно-правовом порядке обеспечивать институт гражданского контроля над публичной властью. Это включает в себя создание условий на уровне государств-участников ЕС для реализации проектов общественного контроля в рамках всего Союза. В отличие от этого подхода, в РФ отсутствует обязанность у органов власти разрабатывать и принимать нормативные акты на местном уровне или в отдельных сферах управления, связанные с организацией и осуществлением общественного контроля.

2.2. Субъекты общественного контроля и их законный интерес

Для понимания правового содержания общественного контроля необходимо выявить субъектов, которые могут осуществлять общественный контроль. Исходя из тесной взаимосвязи общественного контроля и гражданского общества, субъектом общественного контроля, как правило, называются институты гражданского общества. Данный тезис справедлив для определения сущности общественного контроля. Но в законодательстве об общественном контроле, в вышеуказанном Федеральном законе об основах общественного контроля, закреплен иной перечень субъектов общественного контроля, а именно: общественная палата РФ, общественные палаты субъектов РФ и муниципальных образований, общественные советы при федеральных органах исполнительной власти, общественные советы при законодательных (представительных) и исполнительных органах государственной власти субъектов РФ. При этом граждане (физические лица), выступая представителями субъектов общественного контроля, могут осуществлять его в качестве общественных инспекторов, экспертов. Для осуществления общественного контроля могут создаваться так называемые производные субъекты: общественные наблюдательные комиссии, общественные инспекции, группы обществен-

[15] Прозрачность и открытое правительство «Меморандум для руководителей исполнительных департаментов и агентств» : [сайт] – URL : *https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government* (дата обращения 25.04.2024). – Текст : электронный.

[16] Еникеева, Д.Р. Общественный контроль в деятельности органов местного самоуправления (сравнительный анализ опыта России и США) / Д.Р. Еникеева. – Текст : непосредственный // Государство и право: теория и практика : материалы Междунар. науч. конференции. – 2011. – С. 220-222.

ного контроля, иные организационные структуры общественного контроля, которые можно признать в качестве дополнительных субъектов.

Надо отметить, что, особая роль и перспективный характер отводятся общественным советам при федеральных органах исполнительной власти, общественным советам при законодательных (представительных) и исполнительных органах государственной власти субъектов РФ. Именно от работы подобных структур в первую очередь зависит эффективность и реальность института общественного контроля, развитие правовой культуры общественников, а также формирование юридической практики в данной сфере.

В литературе справедливо указывается[17], что в Законе об основах общественного контроля существует противоречие в определении субъектов общественного контроля. В статье 3 названного Закона закреплено право граждан РФ участвовать в осуществлении общественного контроля как лично, так и в составе общественных объединений и иных негосударственных некоммерческих организаций. Данное право вытекает из ряда положений, закрепленных в гл. 2 Конституции РФ.

Кроме того, в соответствии с федеральным законодательством, которым регулируется общественный контроль в иных сферах деятельности, помимо граждан и их объединений в качестве субъектов общественного контроля закреплен широкий перечень лиц и организаций, включая коммерческие организации, например, они названы участниками общественных обсуждений и публичных слушаний в Градостроительном кодексе РФ[18], объединения юридических лиц в Федерального закона от 5 апреля 2013 г. N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд"[19]. Во многих федеральных законах закрепляется, что общественный контроль может осуществляться специальными органами. Например, Общественный совет по инвестированию средств пенсионных накоплений осуществляет общественный контроль за формированием и инвестированием средств пенсионных накоплений, согласно Федерального закона от 24 июля 2002 г. N 111-ФЗ "Об инвестировании средств для финансиро-

[17] Зубарев С.М. Совершенствование правового регулирования... С. 148 - 149; Гриб В.В. Актуальные проблемы нормативного закрепления системы субъектов общественного контроля в РФ // Конституционное и муниципальное право. 2016. N 1. С. 13 - 16; Прудентов Р.В. Общественный контроль как инструмент противодействия коррупции // Конституционное и муниципальное право. 2016. N 10. С. 37 - 42.

[18] "Собрание законодательства РФ", 03.01.2005, N 1 (часть 1), ст. 16,

[19] "Собрание законодательства РФ", 08.04.2013, N 14, ст. 1652,

вания накопительной пенсии в РФ"[20]. Общественный контроль за соблюдением трудового законодательства возложен на правовые и технические инспекции труда профсоюзов в соответствии с Трудовой кодекс РФ[21].

Юридическая доктрина рассматривает такую категорию, как законные интересы субъектов общественного контроля, которые в определенной мере транслируют количественный и качественный потенциал соответствующих субъективных прав граждан, обеспечивают широкое привлечение органов власти и должностных лиц в отстаивании правомерных стремлений и достижении социально полезных целей людей. Интересы в правовом аспекте укрепляют, усиливают правосознание субъекта в соответствующих правоотношениях, формируя тем самым социально-психологический механизм, связующий деятельность социальных групп и граждан, их волю, настроения, мотивацию с реализацией права, правовым регулированием и достижением конкретных правовых целей.[22]

Кроме того, отмечается необходимость учета законных интересов субъектов общественного контроля при использовании цифровых технологий. Например, законодатель закрепил возможность системы общественных наблюдений, осуществляемых посредством сбора, обобщения, систематизации и оценки информации о выполнении программы экспериментального правового режима[23]. При этом в рассматриваемой сфере отсутствует единая информационная платформа, где могла бы сосредоточиваться вся информация о новых технологиях, формах, направлениях, особенностях деятельности субъектов общественного контроля, а значит, обеспечиваться оперативный и эффективный порядок взаимодействия и коммуникации общества и государства, широкое представление интересов общества в государственном управлении.

[20] "Российская газета", N 138-139, 30.07.2002.

[21] "Собрание законодательства РФ", 07.01.2002, N 1 (ч. 1), ст. 3

[22] Кожевников В.В. Интерес как структурный элемент индивидуального правосознания // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2016. N 3(66). С. 37 - 38.

[23] Федеральный закон от 31 июля 2020 г. N 258-ФЗ "Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в РФ" // Российская газета. 2020. 6 августа.

3. РЕКОМЕНДАЦИИ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ НАЦИОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СФЕРЕ РЕАЛИЗАЦИИ ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ

В ходе проведенного исследования был намечен ряд проблем правового регулирования. В связи с чем предлагаются следующие рекомендации по совершенствованию действующего национального законодательства в сфере осуществления общественного контроля**.**

Во-первых, Федеральный закон "Об основах общественного контроля в РФ" не в полной мере решил вопрос о субъектах общественного контроля. Посвятив им специальную ст. 9, он не включил в число субъектов ни граждан, ни объединения граждан (общественные объединения), а ограничился лишь так называемыми общественно-государственными субъектами, т.е. в создании которых в разных формах участвуют органы государственной власти, местного самоуправления. Имеется в виду система общественных палат и общественных советов, которые охватывают все уровни - федеральный, региональный, муниципальный. Безусловно, они включают в процессы общественного контроля граждан - членов данных палат и советов. В связи с этим представляется необходимым на федеральном уровне закрепить обязанность федеральных, региональных и местных органов власти по разработке и принятию нормативных правовых актов, регулирующих вопросы общественного контроля соответствующих отраслей государственного и муниципального управления.

В целях расширения участия граждан в осуществлении государственной и муниципальной власти представляется целесообразным законами субъектов РФ определить и общие принципы формирования деятельности общественных палат муниципальных образований, порядок формирования и деятельности общественных советов при исполнительных и законодательных органах власти, а также правовые основы организации территориального общественного самоуправления в субъектах РФ.

Вместе с тем, следует сказать, что далеко не все формы общественной самоуправленческой жизни должны быть урегулированы позитивным правом**.**

Особого внимания заслуживают вопросы разработки и принятия уставов общественных советов (палат), основанных, безусловно, на едином структурообразующем акте. С учетом отраслевой принадлежности целесообразно с участием самого широкого круга специалистов и экспертов подготовить локальные методические рекомендации деятельности общественных советов.

В свою очередь, продуктивными видятся разработка и принятие типового регламента, закрепляющего принципы, правила, порядок и иные параметры действий и принимаемых решений со стороны субъектов общественного контроля в информационном пространстве.

Во-вторых, на сегодняшний день, общественные советы, создаваемые при органах государственной власти, органах местного самоуправления, а также действующие в статусе общественных палат, заняли ключевое место в общем перечне субъектов общественного контроля. Подобные общественные структуры, обладая универсальным характером и динамичностью своей деятельности, выступают ведущим элементом и условием формируемой правовой политики открытого государственного управления. В связи с чем, предлагается разработать систему критериев, показателей качества и результативности деятельности общественных советов, действующих в целом либо в локальной сфере или на соответствующей территории (в пределах федерального округа, субъекта Федерации и пр.). Сегодня, с учетом накопленного опыта, можно говорить о создании рейтинга эффективности деятельности общественных советов в системе общественного контроля. Общественному совету можно присваивать ранг (позицию) в системе оценки качества общественного контроля и реализуемых инициатив.

В-третьих, можно расширить не только субъектный состав, но объекты, сферы общественного контроля. В законодательстве предусматривается общественный контроль в отношении органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных органов и организаций, выполняющих отдельные публичные полномочия. В специальной литературе высказывается уверенное мнение о возможности общественного контроля в отношении законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ, а также должностных лиц и учреждений муниципальных образований (здравоохра-нения, образования, культуры и пр.). Стоит обратить внимание на деятельность органов (управлений, департаментов), осуществляющих формирование и реализацию кадровых резервов на муниципальном и государственном уровне. Особого внимания заслуживают органы, связанные с распоряжением и распределением денежных (бюджетных) средств в публичной сфере. Общественные советы способны конструктивно участвовать в механизме укрепления культуры публичности и открытости процессов принятия государ-ственных решений в финансовой и бюджетной деятельности государства и муниципальных образований.

4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Феномен общественного контроля – явление современной парадигмы государственного управления (общественно-государственное управление). Интерес к таким практикам и включение его в юридические документы повсеместен. И несмотря на то, что отдельного закона об осуществлении общественного контроля в странах европейского или азиатского континента не принято.

Для полноценного функционирования института общественного контроля в РФ разработана значительная нормативно-правовая база. Федеральный закон № 212 ФЗ «Об основах общественного контроля в РФ», принятый в 2014 году, обладает статусом фундаментального системообразующего закона об общественном контроле, В Законе прописаны основополагающие принципы, цели, формы и методы осуществления общественного контроля в России.

К субъектам общественного контроля относятся:

- Общественная палата РФ;

- Общественные палаты в субъектах РФ;

- общественные палаты (советы) муниципальных образований;

- Общественные советы при Федеральных органах власти (законодательных и исполнительных);

- Общественные советы при региональных органах исполнительной и законодательной власти.

Для осуществления общественного контроля вышеуказанными субъектами общественного контроля могут создаваться общественные инспекции и группы общественного контроля.

Общественная палата может привлекать к своей работе общественные объединения, иные некоммерческие организации и иные объединения граждан РФ. Общественные объединения и иные негосударственные некоммерческие организации могут являться организаторами таких форм общественного контроля, как общественный мониторинг, общественное обсуждение, а также принимать участие в осуществлении общественного контроля в других предусмотренных законом формах.

Граждане России вправе участвовать в осуществлении общественного контроля как лично, так и в составе общественных объединений и иных негосударственных некоммерческих организаций.

Граждане участвуют в осуществлении общественного контроля в качестве общественных инспекторов и общественных экспертов.

Общественный контроль осуществляется в формах *общественного мониторинга, общественной проверки, общественной экспертизы, общественного обсуждения, общественных (публичных) слушаний* и иных формах.

Основные правовые коллизии, подлежащие решению, по результатам исследования:

- расширение круга субъектов общественного контроля в Федеральном законе;

- расширение объектов общественного контроля;

- расширение и конкретизация форм общественного контроля;

- определение порядка формирования муниципальных общественных палат и их взаимодействия с другими субъектами общественного контроля.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Авакьян С.А. Проблемы прямого действия и применения Конституции РФ 1993 года // Конституционное и муниципальное право. 2018. N 12. С. 24.
2. Александров, А.С. Зарубежный опыт общественного контроля и общественного воздействия на осужденных к лишению свободы / А.С. Александров. – Текст: непосредственный // Вестник Кузбасского института. – 2018. – № 1(34). – С. 9-19.
3. Бердникова Е.В. Правовые подходы к определению общественного контроля // Современное право. 2016. N 3. С. 29 - 37.
4. Гончаров, В.В, об институтах общественного контроля исполнительной власти в РФ / В.В Гончаров. – Текст : непосредственный // Власть. – 2009. – №1. С. 12-15.
5. Гриб В.В. Актуальные проблемы правового развития института общественного контроля в РФ // Конституционное и муниципальное право. 2015. N 11. С. 3 – 13
6. Еникеева, Д.Р. Общественный контроль в деятельности органов местного самоуправления (сравнительный анализ опыта России и США) / Д.Р. Еникеева. – Текст : непосредственный // Государство и право: теория и практика : материалы Междунар. науч. конференции. – 2011. – С. 220-222.
7. Зубарев С.М. Вопросы теории и правового регулирования общественного контроля за деятельностью органов публичной власти РФ // Вопросы правоведения. 2015. N 3. С. 94.
8. Казаков, В.Н. Институт общественного контроля в РФ как элемент гражданского общества / В. Н. Казаков, К.С. Евсиков, К.А. Беляткина. – Текст : непосредственный // Известия Тульского госу-

дарственного университета. Экономические и юридические науки. – 2017. – № 3-2. – С. 22-30.

9. Кожевников В.В. Интерес как структурный элемент индивидуального правосознания // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2016. N 3(66). С. 37 - 38.
10. Котов В. В. Общественный финансовый контроль в США: исторический и правовой аспекты / В.В. Котов. – Текст : непосредственный // Современное право. – 2009. – № 2. – С. 108-112.
11. Кудрявцев А.В. Из истории изучения зарубежного опыта реализации общественного контроля / А.В. Кудрявцев, Н.В. Юдина. – Текст : непосредственный // Российская государственность в XXI веке: модели и перспективы социально-политического развития : материалы научно-практической конференции. – 2017. – С.143-145.
12. Лазарев В.В. Поправки в Конституцию РФ в свете решений Конституционного Суда РФ.
13. Прозрачность и открытое правительство «Меморандум для руководителей исполнительных департаментов и агентств» : [сайт] – URL : https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government (дата обращения 25.04.2024). – Текст : электронный.
14. Прудентов Р.В. Общественный контроль как инструмент противодействия коррупции // Конституционное и муниципальное право. 2016. N 10. С. 37 - 42.
15. Тихомиров Ю.А. Динамика управления в современном обществе // Журнал российского права. 2021. Т. 25. N 11. С. 6-10.
16. Чеботарев Г.Н. Общественный контроль на выборах: опыт и проблемы правового регулирования // Конституционное и муниципальное право. 2018. N 7. С. 56 - 60.
17. Эбзеев Б.С. Конституция, государство и личность в России: философия российского конституционализма // Конституционное и муниципальное право. 2013. N 11. С. 13-19.

УДК/UDC 342.4
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Дарко Симовић

Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд

ИСТОРИЈСКО ПОРЕКЛО И САДРЖИНА ПРЕАМБУЛА САВРЕМЕНИХ УСТАВА

Иако је реч о елементу структуре претежнијег броја устава, преамбула је дуго времена била на маргини интересовања посленика уставноправне науке. Један од кључних разлога за маргинализовање преамбуле јесте тај што још увек није разјашњена њена правна природа. Међутим, сама чињеница да је преамбула преовлађујуће обележје структуре савремених устава наводи на закључак да преамбула не сме остати изван фокуса уставноправне науке. Појачано интересовање за овај правни феномен последица је савремених трендова у упоредноправној пракси која познаје све већи број примера правно релевантних преамбула устава. Мањи број устава предвиђа обавезно дејство преамбуле. Шири се број оних држава у којима је сама уставноправна пракса потврдила правну релевантност преамбуле. С једне стране, преамбула се користи као помоћно средство за тумачење нејасних уставних норми, док, с друге, преамбула служи као мерило оцене уставности закона. Преамбула, у зависности од садржине, може да има и правно обавезујућу снагу премда то сам уставотворац није изричито предвидео. Тај све присутнији тренд, да уставе треба посматрати као јединствену, интегралну целину, надахњује на свеобухватно истраживање овог, до скоро неоправдано запостављеног, дела структуре устава. Отуда, овај рад има за циљ да укаже на историјско порекло и садржину преамбула савремених устава.

Кључне речи: Устав; Преамбула; Сувереност; Уставна историја; Упоредно уставно право.

1. УВОД

Тврдња да су преамбуле устава неоправдано запостављен правни феномен постала је опште место у савременој уставноправној литератури. Уз изостанак свеобухватнијих истраживања, о преамбулама

Дарко Симовић, *darko.simovic@kpu.edu.rs.*

устава влада предрасуда да је њихова садржина превасходно декларативне природе, те да им недостаје прескриптивна вредност.[1] Сагледано из перспективе уставноправне књижевности у Србији, текстови о преамбули устава су малобројни. Изузев скромног простора кога задобија у уџбеницима, преамбула је до сада привукла пажњу невеликог броја аутора.[2] Један од разлога за маргинализовање преамбуле у научним и стручним расправама јесте тај што још увек није разјашњена њена правна природа.[3] За преамбулу се уобичајено каже да је то феномен на раскрсници између политике и права.[4] Та њена мешовита природа била је довољно уверљив повод за правне пуританце да преамбулу скрајну из видокруга својих истраживачких подухвата. Ипак, сама упоредноправна пракса потврдила је правну релевантност преамбуле устава, па је она постепено почела да привлачи све већу пажњу посленика уставноправне науке.

Сама чињеница да је преамбула преовлађујуће обележје структуре устава наводи на закључак да преамбула не сме остати занемарен правни феномен. Више од две трећине важећих устава садржи преамбулу.[5] С историјског становишта сагледано, тај проценат још је израженији зато што приближно четири петине досадашњих устава има преамбулу.[6] Устави без преамбуле као елемента формалне структуре устава, у уводним члановима уставног текста по правилу имају норме неправног, декларативног карактера са садржином која одликује преамбуле.[7] Такве уставне норме прозване су „преамбуларним члановима“ (*Peter Häberle*).[8] Поједини аутори праве разлику између преамбуле у формалном и преамбуле у материјалном смислу.[9] Сагласно тој дистинкцији, преамбула у формалном смислу је увод у устав који се

[1] J. Frosini, *Constitutional Preambles. At a Cross roads between Politics and Law*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna 2012, 22.

[2] М. Јовичић, *О уставу*, Савремена администрација, Београд 1977, 118-122;. В. Кутлешић, „Преамбуле устава – упоредна студија 194 важећа устава“, *Анали Правног факултета у Београду*. 2/2010, 60-76; В. Микић, „Функције преамбула савремених устава“, *Правни записи*, 2/2014, 432-447.

[3] Вид. Д. Симовић, „О правној природи преамбуле устава“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 87/2020, 15-36.

[4] J. Frosini (2012), 21.

[5] В. Кутлешић (2010), 62.

[6] T. Ginsburg, N. Foti, D. Rockmore, “`We the Peoples`: The Global Origins of Constitutional Preambles”, *George Washington International Law Review*, 46/2014, 109.

[7] У такве уставе могу се убројати устав Данске (чл. 1-4), Италије (чл. 1-3), Норвешке (чл. 1), Румуније (чл. 1), Шведске (чл. 1-2).

[8] J. Frosini (2012), 29.

[9] L. Orgad, „The preamble in constitutional interpretation”, *International Journal of Constitutional Law*, 8/2010, 715-716.

обично тако и именује, а у садржинском смислу, преамбула не захтева посебно место у структури устава, већ особен садржај.

Појачано интересовање за овај правни феномен јавља се као последица савремених трендова у упоредном праву које познаје све већи број примера правно релевантних преамбула устава. Мањи број устава предвиђа обавезно дејство преамбуле,[10] међутим, шири се број оних држава у којима је сама уставноправна пракса потврдила правну релевантност преамбуле. С једне стране, преамбула постаје помоћно средство за тумачење нејасних уставних норми, док, с друге, преамбула служи као мерило оцене уставности закона. Отуда, у зависности од садржине, преамбула може имати правно обавезујућу снагу премда уставотворац то није изричито предвидео. Тај тренд који подразумева да уставе треба посматрати као јединствену, интегралну целину, надахњује на свеобухватно истраживање овог, до скоро неоправдано запостављеног, дела структуре устава.

2. ИСТОРИЈСКО ПОРЕКЛО ПРЕАМБУЛЕ

Сагледано из историјске визуре, преамбула као свечани увод у правни акт појавила се упоредо с првим покушајима правног уређивања државе. Хамурабијев законик (око 1780. године п.н.е), као најбоље сачувани правни документ древне Месопотамије, садржи преамбулу која указује на разлоге његовог доношења. Вавилонски краљ Хамураби позвао се на вољу богова који су га одабрали да унапреди благостање људи и да обезбеди примену права у земљи. У преамбули се развија идеја правде, јер је доношење законика пропраћено жељом „да се истреби покварено и неваљало, као и да се спречи да моћни угњетава слабога“.[11] Позивајући се на вољу богова, владар је имао очигледну намеру да законику прибави божански ауторитет, па тако и делотворно спровођење.

Рационално објашњење значаја преамбуле, као својеврсног увода у новодонети правни акт, уследило је у античкој Грчкој. Њега је првобитно изразио Платон у свом знаменитом делу *Закони*. Према његовом мишљењу, није довољно да законодавац донесе правно обавезујућа правила понашања у форми закона, већ је пожељно да њима претходи текст у коме ће бити наведени уверљиви разлози за њихово доношење. Попут ваљаног доктора који своме пацијенту објасни при-

[10] Реч је о уставима следећих држава: Турске, Хрватске, Сирије, Чада, Комора, Сенегала, Тувалуа, Танзаније, Буркине Фасо, Камеруна, Тогоа, Индонезије, Непала, Сејшела и Папуа Нове Гвинеје. Вид. В. Микић, 436.

[11] L. Darling, *A History of Social Justice and Political Power in the Middle East*, Routledge, London and New York 2013, 21.

роду болести и предложи начин лечења, тако и законодавац треба да укаже на разлоге за доношење новог закона, јер таква пракса треба да допринесе већој ефикасности права.[12] Наиме, преамбула треба да оправда доношење новог закона. Добра преамбула треба да убеди грађане да се покоре закону, не због запрећених санкција, већ због тога што је реч о ваљаном правном пропису. Закон без уверљиве преамбуле само је обичан „тирански пропис“.[13] Отуда, сагласно Платону, обавеза је законодавца да припреми преамбулу приликом доношења новог прописа.

Савремено порекло уставних преамбула почива у британској пракси средњевековних краљевских декрета и статута којима је претходио кратак текст у коме се објашњавала сврха за њихово доношење.[14] Таква пракса настављена је и када је парламент преузео обављање законодавне функције. Преамбула је доживљавана као „кључ за разумевање закона“ (*Edward Coke*) и начин његовог снажења, јер у случају нејасноћа у његовој садржини, преамбула доприноси њиховом разјашњавању (*William Blackstone*).[15]

После анализе најзначајнијих аката у историјском процесу конституционализације власти може се закључити да је преамбула имала унеколико друкчију улогу. За разлику од Велике повеље слобода из 1215. године чија је преамбула, уз инвокацију Бога, имала превасходно свечани карактер, преамбуле потоњих уставноправно релевантних аката имају доминантно легитимацијску функцију. Тако, примера ради, *Habeas Corpus Act* из 1679. године садржи преамбулу у којој се наводе злоупотребе краљевих чиновника,[16] а које су уосталом подстакле на доношење тог акта. По том моделу, као разлог за доношење Декларације независности из 1776. године, „у складу са енглеском уставном традицијом да набрајањем неправних понашања владара оправдавају своје захтеве“, америчке државе навеле су готово тридесетак примера повреда које је учинио енглески краљ Џорџ III према колонистима чиме се доказује да је његова власт била тиранска.[17]

За разлику од дотадашње праксе, Чланци о конфедерацији из 1777. године садрже преамбулу, али она је сведеног обима и превасходно свечаног карактера. Њена садржина била је усмерена на иден-

[12] T. Ginsburg, N. Foti, D. Rockmore, 107.

[13] Платон, *Закони*, Београд 1990, 135.

[14] T. Ginsburg, N. Foti, D. Rockmore, 107.

[15] Вид. L. Orgad, 723–724.

[16] С. Аврамовић, „Habeas Corpus Act“, *Темељи модерне демократије* (ур. Д. Мрђеновић), Београд 2011, 151.

[17] С. Аврамовић, „Декларација независности“, *Темељи модерне демократије* (ур. Д. Мрђеновић), Београд 2011, 196.

тификовање чланица уговорног савеза, тако да осим набрајања америчких држава које образују савез изостаје навођење других вредносних елемената. Будући да је суштински почивао на британској правно-политичкој традицији, текст Устава САД из 1787. године такође започиње кратком свечаном изјавом. Свечани тон преамбуле наглашавао је особен значај устава и његову симболичку вредност у конституисању нове политичке заједнице. У процесу усвајања Устава САД изречене су следеће речи: „наша преамбула треба да има за циљ да сажето обзнани да је постојеће уређење недовољно за општу срећу и да убеђење у ту чињеницу ствара овај устав“ (*Edmund Randolph*).[18] После усвајања Устава САД, као угледног примера за многе државе, преамбула је постала својеврсни стандардни елемент структуре устава.

На европском континенту, после Француске револуције, обични закони више не садрже преамбулу.[19] Француска Национална скупштина је 11. августа 1792. године установила нову праксу која је подразумевала да правни прописи не треба да имају преамбулу, будући да их, у име нације, потписује министар правде. Више није било потребе за преамбулом, јер адресати на које се односи правни пропис уједно су и његови доносиоци. Логика је била следећа – зашто подучавати оне који су сами учествовали у доношењу прописа?

Преамбуле закона оживљавају у XX веку. Та пракса започела је у нацистичкој Немачкој, а после Другог светског рата настављена је у актима савезника у Западној Немачкој, али такође и у Источној Немачкој. Данас је та пракса потпуно ишчезла, захваљујући негативном искуству са „кичастим преамбулама“[20]. Источна Немачка је надмашила нацистичко искуство јер су преамбуле закона садржале, како је то запажено, застрашујуће фантазије, неукусну фразеологију и помпезну пропаганду.[21] На основу тог историјског искуства могао би да следи закључак да преамбуле одликују законодавство тоталитарних држава. Ипак, то је погрешан закључак.[22] Законодавство Европске уније, такође, садржи преамбуле које имају за циљ да укажу на деликатан баланс између националних политика и супранационалних

[18] L. Orgad, 719.

[19] W. Voermans, M. Stremler, P. Cliteur, *Constitutional Preambles: A Comparative Analysis*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA 2017, 8.

[20] M. Fogen, “The Legislator's Monologue – Notes on the History of Preambles“, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 70, No. 4/1995, 1608.

[21] *Ibid*., 1614.

[22] *Ibid*., 1617.

структура.[23] Премда не чине преовлађујуће својство њихове структуре, преамбуле закона чешће су у Канади и Аустралији, него у другим државама.[24]

3. САДРЖИНА ПРЕАМБУЛА САВРЕМЕНИХ УСТАВА

Преамбуле устава се, у материјалном смислу, значајно разликују, тако да није могуће утврдити њихову типичну садржину.[25] Услед утицаја традиционалне доктрине, према којој преамбула нема правно обавезујуће дејство, уставотворци су били растерећени од потребе да промишљају о спроводивости њене садржине. Отуда, преамбула постаје идеалан простор за креативно изражавање јединствених идеја, вредности, наратива или идентитета.[26] Ипак, историјски посматрано, нису сви уставотворци имали подједнак став о значају преамбуле. Изузев мањег броја оних који су је изостављали, било је уставотвораца који су преамбулу сводили на свега неколико речи, али упоредно право познаје и примере уставотвораца који су употребили и пар хиљада речи приликом конципирања текста преамбуле. Од важећих устава најдужу преамбулу има Устав Ирана чији обим премашује 3.000 речи. Обимне преамбуле имају и устави Папуа Нове Гвинеје (2.093) и Кине (1.071 реч). Најкраћу преамбулу имао је Устава Перуа из 1826. године и она је гласила: „У име Бога“.[27] Од важећих устава по краткоћи преамбуле издвајају се устави Грчке (11) и Летоније (15 речи). Преамбула Устава САД са 45 речи спада у групу релативно кратких преамбула. Према појединим истраживањима просечна дужина преамбуле је 175 речи, а приближно три четвртине преамбула садржи мање од 300 речи.[28]

Будући да су текстови о овом правном феномену изузетно ретки, не изненађује чињеница да су покушаји класификовања преамбула, према садржинском мерилу, још ређи. Такве подухвате отежавају значајне варијације у обиму преамбула, као и изостанак типичне садржине. Може се рећи да још увек није предложена општеприхваћена класификација преамбула.

[23] *Ibid*., 1596.

[24] K. Roach, “The Uses and Audiences of Preambles in Legislation”, *McGill Law Journal*, Vol. 47, No. 1/2001, 129–159; A. Winckel, “The Contextual Role of a Preamble in Statutory Interpretation”, *Melbourne University Law Review*, Vol. 23, No. 1/1999, 184–210.

[25] Д. Стојановић, *Уставно право*, Ниш 2007, 60.

[26] D. Law, “Constitutional Archetypes”, *Texas Law Review*, Vol. 95, No. 1/2016, 184.

[27] T. Ginsburg, N. Foti, D. Rockmore, 110.

[28] *Ibid*., 111.

Према Петеру Хаберлеу (*Peter Häberle*), који је међу првима настојао да класификује преамбуле послератних устава, преамбуле се могу разврстати у три категорије: 1) преамбуле које су написане узвишеним и свечаним језиком (*Feiertagssprache*); 2) преамбуле које су исписане једноставним и свакодневним фразама (*Alltagssprache*); и 3) преамбуле које садрже правничку терминологију (*Fachsprache*).[29] Основни недостатак овако предложене класификације јесте у томе што су у пракси изузетно ретки чисти модели преамбула. Уставотворци често комбинују различите стилове приликом писања преамбула. Тако се у појединим преамбулама, примера ради, осим уводног свечаног, а покаткад и поетског тона, могу сусрести и правнички изрази. Компаративно сагледано, што је преамбула обимнија, то је и већа слобода уставотворца да комбинује различите стилове приликом формулисања текста преамбуле.

Без обзира на велику разноврсност овог елемента структуре устава, постоје покушаји идентификовања и разврставања садржине преамбула. Према Оргаду (*Liam Orgad*), садржина преамбула може се разврстати у пет категорија и, по правилу, односи се на: 1) носиоца суверености; 2) историјски наратив; 3) највише вредности; 4) национални идентитет; и 5) бога или религију.[30] Италијански аутор Фросини (Justin Frosini) предложио је сличну класификацију. Сагласно његовом становишту, преамбула може да упућује на: 1) друге изворе права; 2) носиоца суверености; 3) државно уређење и систем власти; 4) историјске чињенице; 5) религијске мотиве; и 6) територијални идентитет.[31]

Вредна помена, али превасходно због креативности и оригиналности, јесте и подела преамбула коју је предложио Мартин Белов. Он је класификацију преамбула извршио према два мерила: садржини и функцијама које остварује. Отуда, сагласно овом аутору, преамбула може бити: 1) огледало устава; 2) породични фото албум владара и нације; 3) објава добошара; или 4) етички код нације.[32]

Сагласно Вермансу, Стремлеру и Клитеуру (*Wim Voermans, Maarten Stremler, Paul Cliteur*), преамбуле се састоје од три категорије елемената. То су: 1) елементи који се односе на општу структуру уставног система (уставотворна власт, национална сувереност, владавина права и демократија); 2) елементи који се односе на фундаментална

[29] Наведено према: J. Frosini, “Constitutional Preambles: More than just a narration of history”, *University of Illinois Law Review*, 2/2017, 605.

[30] L. Orgad, 716–718.

[31] J. Frosini (2017), 605.

[32] M. Belov, “The Preamble of the Constitution in European Constitutionalism”, *Revista General de Derecho Romano*, 20/2013, 12–13.

права у ширем смислу (људско достојанство, права и слободе, једнакост); и 3) елементи који се односе на националне карактеристике (историја, идеологија, религија, секуларизам и плурализам и мањине).[33]

Уколико занемаримо поетске и китњасте елементе, који јој дају свечани тон, преамбуле, по правилу, садрже елементе који се могу разврстати у једну од четири велике целине. То су елементи који се односе на: 1) суверености; 2) вредности и циљеве политичке заједнице; 3) национални идентитет; и 4) упућивање на друге изворе права.

3.1. Преамбула и елементи који се односе на суверености

Ако се уопште може говорити о типичном елементу садржине преамбуле, то је несумњиво идентификовање доносиоца устава односно носиоца суверене власти. Према једном истраживању, од 158 преамбула савремених устава, преамбуле 143 устава, непосредно или посредно, упућују на народ као носиоца уставотворне власти.[34] Поједини устави као носиоца суверености изричито одређују народ. Такав је случај са Уставом САД чија преамбула започиње са „ми, народ“ (*we the people*). Устав се, дакле, доноси од стране народа Сједињених држава за народ Сједињених држава. Народ је истовремено у улози гласноговорника који обзнањује доношење устава, али и адресата кога ће обавезивати уставне норме.[35] О квалитативној промени државног уређења симболично сведочи разлика између доносиоца Чланака о конфедерацији из 1777. и Устава из 1787. године. У уводном тексту Чланака о конфедерацији у својству доносиоца наведено је 13 држава, док потоњи устав доноси јединствен национални ентитет.[36] Без обзира на узвишене, готово митолошке представе о овом уводном изразу у преамбули Устава САД, поједини аутори наводе да је он настао крајње случајно и то без тежње за далекосежним последицама. С обзиром на то да је било крајње неизвесно да ли ће све државе ратификовати нови устав, уместо њиховог поименичног набрајања, пронађен је неутралнији израз који унапред није имплицирао будући састав заједничке државе.[37] Такође, синтагма „ми, народ“ иницијално није била екстензивно постављена, нити је била инклузивног карактера.[38] Та

[33] W. Voermans, M. Stremler, P. Cliteur, 25.

[34] *Ibid*., 26.

[35] J. Frosini (2017), 606.

[36] J. Frosini (2012), 50.

[37] *Ibid*., 51.

[38] M. D. Forkosch, “Who are the People in the Preamble to the Constitution”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 19, No. 3/1968, 709.

синтагма изворно се односила само на грађане с правом гласа, а њено значење је у међувремену еволуирало тако да се данас односи на све грађане ове државе.[39]

Илустративно је указати и на преамбулу Основног закона Немачке, јер је као доносилац устава одређен немачки народ, премда се бирачко тело није непосредно изјашњавало о њему и мада је уставотворни процес био интернационализован.[40] Идентификовање немачког народа као носиоца уставотворне власти превасходно је фикција, а не реалност, али та формулација симболично указује на то да целина немачког народа стоји иза уставне трансформације државе и раскида са нацистичком прошлошћу.

Уставни концепт народа као доносиоца устава, начелно сагледано, није у супротности са начелом грађанске суверености. Реч је о релативно неутралној формулацији с којом се поистовећује целокупно становништво једне државе, јер се у упоредној уставности појам народа изједначује са бирачким телом као титуларом уставотворне власти. Међутим, у појединим преамбулама као доносилац устава одређује се нација (Француска, Шпанија, Мађарска). Таква формулација може да има дезинтегративно дејство, јер она бар номинално упућује на један, додуше преовлађујући, део становништва. Треба нагласити и то да се у скорашњим демократским уставима под великим притиском сада владајуће теорије о превазиђености националне државе и о концепту грађанске суверености,[41] нација ретко одређује као носилац суверености. У складу са тим трендом, у појединим постсоцијалистичким државама, као носилац суверености одређују се сви грађани (Словачка. Пољска). Управо због тога, поједини уставотворци избегавају да јасно дефинишу носиоца суверености, па се опредељују за вредносно неутрално решење именовањем органа који је донео устав. Један број савремених устава у својим преамбулама као доносиоца означава представничко тело (Бугарска, Словенија, Црна Гора). У случају недемократских, октроисаних устава као њихов доносилац именује се владар (Кувајт, Бахреин).

Сложена структура државе за последицу може имати да се као носилац суверености одређују конститутивне јединице и њихови народи (Аустралија, Швајцарска). Реч је о државама федералне структуре које су настале методом агрегације, удруживањем до тада неза-

[39] *Ibid*., 711–712.

[40] Д. Симовић, „Интернационализација уставног права – пример Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 81/2018, 20.

[41] В. Кутлешић, *Устави бивших социјалистичких држава Европе*, Службени лист, Београд 2004, 29.

висних самосталних политичких ентитета. Набрајањем федералних јединица у преамбули устава истиче се њихова равноправност и једнакост, без обзира на фактичке разлике у величини територије или броју становништва.

Неретко, у преамбули се указује и на друге елементе који се у ширем смислу односе на начин остваривања суверености (облик владавине, природа политичког система, територијално уређење или систем власти). Тако се у преамбули може назначити републикански (Ирска, Парагвај, Либан, Сејшели) или монархистички облик владавине (Бахреин, Бутан), плуралистичка природа политичког система (Босна и Херцеговина, Бразил), федерално уређење (Немачка, Швајцарска, Аргентина, Венецуела, Комори, Пакистан) или децентрализована државна власт (Мадагаскар, Судан, Хаити).

3.2. Преамбула и елементи који се односе на вредности и циљеве политичке заједнице

Компаративно посматрано, уобичајено је то да преамбула устава указује на фундаменталне вредности и циљеве једне политичке заједнице. Осим одређивања државе као суверене и независне, најчешће наведене вредности у преамбулама су: територијални интегритет, демократија, владавина права, социјална правда, правда, слобода, једнакост, равноправност и људска права.[42] Унеколико ређе наводи се: напредак, благостање, плурализам, хуманизам, заштита мањина, једнакост пред законом, самоопредељење. Има устава који у својим преамбулама предвиђају и поједине, за правни акт, неуобичајене вредности, као што су: љубав (Турска, Филипини), мудрост (Ирска), живот у хармонији (Украјина, Либерија), срећа становништва (Тувалу), поштовање старијих (Еритреја) итд.[43]

Преамбуле устава често садрже оријентире за вођење националне политике, који на дужи рок могу да допринесу изградњи или преображају идентитета политичке заједнице. Наводећи основне вредности као полазишну основу при установљавању новог уставног поретка, уставотворац пројектује пожељан вредносни систем чијем остварењу треба тежити. Преамбула, тако, добија улогу својеврсног програмско-декларативног елемента устава. Донекле метафорично изречено у судској пракси Индије то звучи на следећи начин: „Осим што установљава систем власти, Устав садржи племениту и узвишену визију која је исписана у Преамбули“.[44] У уставноправној књижевности изражена

[42] В. Кутлешић (2010), 66.

[43] Вид. *Ibid*.

[44] Kesevananda Bharati v. State of Kerala (1973).

је оцена да пројектовани вредносни оквир треба да буде што реалнији. У супротном, преамбула се преображава у јалов политички слоган који може да дискредитује устав ако њена обећања битније одударају од нормативног текста који следи. Тада се јавља ризик да преамбула изазове супротне ефекте од жељених, који се могу манифестовати у цинизму и неповерењу припадника политичке заједнице.[45]

Обнављање нарушеног територијалног интегритета државе може бити један од националних циљева које уставотворац утврђује у преамбули (Западна Немачка пре уједињења, Кина, Јужна Кореја). Премда је Основни закон Западне Немачке из 1949. године иницијално донет као провизоран акт, преамбула овог устава добар је пример преамбуле са програмском функцијом. Реч је о акту који је требало да се примењује све време док се Немачка изнова не уједини, што је био један од прокламованих циљева у преамбули. Будући да је био делотворан правни основ демократског преображаја државе, тај акт је, надрастањем своје изворне мисије, постао део националног идентитета уједињене Немачке. Сличне циљеве у погледу националног уједињења садрже и неки други устави. У преамбули Устава Кине јасно је изражено да је Тајван део кинеске територије и предвиђена је обавеза за свеколики кинески народ, укључујући и његове сународнике на Тајвану, да остваре велики циљ уједињења са отаџбином. Северна Кореја и Јужна Кореја у преамбулама својих устава, такође, наводе циљ реунификације.

Програмска функција преамбуле долази до изражаја посебно у оним ситуацијама када уставотворац настоји да направи радикалан отклон у односу на претходно друштвено-политичке уређење. Примера ради, Немачка и Јапан, услед одговорности за масовне злочине током Другог светског рата, у преамбулама својих устава изричито изражавају своју привржености миру. Тако се у преамбули Основног закона Немачке истиче одлучност ове државе да као равноправан члан уједињене Европе промовише мир у свету, док је у преамбули Устава Јапана изражена жеља за очувањем вечитог мира уз одлучност ове државе да се више никада не суочи са страхотама рата због активности своје владе. Постоје изузеци од преовлађујућег тренда да се држава опредељује за мирољубиве међународне односе. Занимљив пример је преамбула Устава Северне Кореје из 1972. године у којој се наглашава да је то држава с нуклеарним наоружањем и несавладивом војном силом.

Особеност и комплексност индијског друштва навела је уставотворца да преамбули додели програмску функцију. Тако је у преамбу-

[45] K. Roach, 148.

ли Устава Индије из 1949. године прокламовано настојање да се свим грађанима обезбеди: социјална, економска и политичка правда; слобода мисли, изражавања, убеђења, вероисповести и богослужења; једнакост статуса и могућности; при чему је циљ и унапређење братства које ће обезбедити достојанство личности и јединство и интегритет нације.

Од скорашњих устава илустративан је пример Устава Јужноафричке Републике из 1996. године. Како је то наведено у преамбули, усвајање Устава треба да допринесе превазилажењу подела из прошлости, успостављању друштва заснованог на демократским вредностима, социјалној правди и основним људским правима, као и унапређивању квалитета живота свих грађана ради изградње уједињене и демократске Јужне Африке. У том смислу, како је метафорично забележено у теорији, овај устав је историјски мост који повезује прошлост са дубоко подељеним друштвом и визијом будућности.[46]

Преамбула је неретко полигон за промовисање кључних идеолошких порука ради бољег разумевања нормативног дела устава. Поруке идеолошко-пропагандне природе одликују, по правилу, преамбуле устава који врше радикалну трансформацију дотадашњег друштвеног уређења или који установљавају или задржавају једну званичну државну идеологију. Идеолошка функција устава посебно је карактеристична за ауторитарне државе које у преамбули устава, често пренаглашено, настоје да идеолошки оправдају постојећи режим.[47] То су углавном социјалистичке државе, у којима је устав, и то не само преамбула већ и његов нормативни део, добијао снажну идеолошку-политичку димензију. Преображајем устава у превасходно политички акт, преамбула добија улогу манифеста владајуће странке с особеном „историјском мисијом” у изградњи новог система.[48]

Немају све преамбуле устава идеолошку функцију. Једну крајност одражава преамбула Устава Аустралије из 1900. године која се квалификује као либерални архетип.[49] Реч је о преамбули која само обзнањује конституисање аустралијске федерације и која не установљава вредносни систем новостворене државе нити има идеолошке примесе. Без обзира на то што је вредносно неутрална, та преамбула је крајем XX века критикована уз образложење да њена садржина не одражава

[46] M. Pieterse, “What do we mean when we talk about transformative constitutionalism?”, *SA Public Law*, Vol. 20, Iss. 1/2005, 158.

[47] D. Law, 157, fn 9.

[48] B. Vukas, „Pravnopovijesne reference u ustavnim preambulama država srednje i jugoistočne Europe u postkomunističkom razdoblju“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 63, No. 5–6/2013, 1240.

[49] D. Law, 184.

аустралијске вредности.[50] Наиме, преамбула Устава би требало да одражава комплексност аустралијског друштва, а у првом реду да се односи на домородачко становништво, Абориџине, као и на друге мањинске групе. Покушај промене и осавремењавања преамбуле Устава Аустралије није успео 1999. године.[51] Аустралијско искуство је поучно јер сведочи о томе да садржина преамбуле треба да одговара друштвеној реалности, као и да њена вредносна неутралност није јемство да ће бити широко прихваћена.

На супротном полу је преамбула Устава Кине из 1982. године која је по својој природи статична јер садржи снажне идеолошке поруке. Уз подсећање на најзначајније моменте у друштвеној, политичкој и економској историји кинеског народа, изричито је наглашена тежња да се изграђује социјалистичко друштво. Обимна преамбула кинеског устава кључ је за разумевање карактера и функције документа и ствара утисак да је тај устав другачији, створен за друге сврхе од устава држава западне демократије.[52] Преамбула устава има карактер идеолошког манифеста.[53] На том другом полу су и преамбуле претежнијег броја устава бивших социјалистичких европских држава. Уобичајено, у преамбулама устава социјалистичких земаља истиче се улога радничке класе у ослобођењу земље, рушењу старог поретка и изградњи социјализма. Значајан број преамбула устава је апострофирао и значај улоге комунистичке партије за изградњу социјализма, али и Совјетског савеза у ослобађању тих држава.[54]

3.3. Преамбула и елементи који се односе на национални идентитет

Осим изражавања вредносне основе политичке заједнице, уставотворац се често опредељује да у преамбули наведе најзначајније историјске догађаје државе који треба да подсете на заједничку прошлост, као залог за успешну будућност. Преамбула је, у том смислу, „аутобиографски наратив“[55] нације који треба да допринесе установљавању и учвршћивању заједничког идентитета. Тако се, на пример, у

[50] L. Ograd, 734–735.

[51] A Winckel, “A 21st Century Constitutional Preamble – An Opportunity for Unity rather than Partisan Politics”, *University of New South Wales* Law Journal, Vol. 24, No. 3/2001, 636.

[52] W. C. Chang, D. Law, “Constitutional Dissonance in China”, *Comparative Constitutional Theory* (eds. G. Jacobsohn, M. Schor), Edgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA 2018, 492.

[53] *Ibid*.

[54] М. Јовичић, 118–122.

[55] T. Ginsburg, N. Foti, D. Rockmore, 102.

преамбули Устава Кине наглашава да је реч о држави с једном од најдужих историја на свету, уз навођење најзначајнијих историјских детаља и националних достигнућа. Интегративно дејство преамбуле изражено је у Уставу Јужноафричке Републике будући да се указује на неправде у прошлости и јамчи заштита и унапређивање људских права. Од релативно новијих устава илустративан је пример Мађарске. Наиме, преамбула Устава Мађарске из 2011. године срочена је врло патетично, писана на старом, архаичном језику.[56] Циљ преамбуле је да готово поетичним стилом снажи национални понос позивањем на безмало хиљадугодишњу прошлост у којој су Мађари бранили и сачували заједничке европске вредности.

Компаративно посматрано, нарација историјских догађаја није обележје преамбула устава европских држава. Само мањи број њих у својим преамбулама има садржину историјског карактера. Реч је превасходно о државама источне и централне Европе у којима преамбуле устава глорификују борбу за независност и самоопредељење (Хрватска, Естонија, Словачка, Словенија, Украјина). На овом пољу посебно је илустративан пример преамбуле Устава Хрватске из 1991. године која успостављање Републике Хрватске, као националне државе хрватског народа, изводи из хиљадугодишње националне самобитности и државотворне мисли и државе хрватског народа од VII века па до данашњих дана, у следу најважнијих историјских чињеница које о томе сведоче.[57] Илустративно је поменути и Устав Португалије из 1976. године чија преамбула указује на политичке догађаје који су резултирали потребом за доношењем новог устава. Збацивање фашистичког режима и крај колонијализма представљају такав револуционарни преображај који је водио конституционализовању државе на потпуно другачијим друштвено-политичким основама.

У склопу историјског наратива поједини уставотворци указују на знамените личности у прошлости државе. Углавном се помиње једна историјска личност. Преамбула Устава Централноафричке Републике из 2015. године помиње оснивача те државе Бартелемија Боганду (*Barthélemy Boganda*), док се у преамбули Устава Ирана наводи Рухолах Хомеини (*Ayatollah Imam Khomeini*), политички и духовни вођа исламске револуције 1979. године. Када је реч о Уставу Турске из 1982. године Кемал Ататурк, оснивач модерне турске Републике, помиње се два пута у тексту преамбуле. Компаративно посматрано, постоје преамбуле у којима се наводи и већи број историјских лично-

[56] B. Vukas, 1243.

[57] B. Smerdel, S. Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb 2007, 33.

сти. Апсолутни рекордер је Устав Никарагве из 1987. године у чијој преамбули је поменуто десет историјских личности.

Да би се оснажила легитимацијска основа устава, услед потребе за његовом стабилношћу и делотворношћу, не тако ретко, уставотворци се у преамбули позивају на бога. Тако преамбула Устава Швајцарске из 1999. започиње са „у име свемогућег Бога“, док преамбула Устава Грчке из 1975. године гласи: „У име светог и једнородног и недељивог тројства.“ Такве формулације не представљају негацију световности државе, већ оне имају за циљ да оснаже ауторитет устава. Религијски елементи у преамбули нису нужно у нескладу са секуларним карактером државе. Реч је, у претежнијем броју, о симболичком призивању божанског ауторитета који треба да обезбеди снажнији легитимацијски основ уставу у државама у којима је религија део националног идентитета или у којима је становништво у већем проценту религиозно. У овом контексту могуће је указати на праксу Уставног суда Колумбије који је изричито указао на то да је инвокација Бога начелног карактера и да се не односи на конкретну цркву.[58] Међутим, осим тог симболичког присуства религијских елемената, садржина религијског карактера може бити и претежнији део преамбуле. Већина таквих преамбула односи се на уставе исламских земаља. Примера ради, изразито обимна преамбула Устава Ирана је у целости прожета религијским садржајем и опредељењем да је иранско друштво засновано на исламским принципима и нормама. Прокламовано је чак и то да медији масовних комуникација морају бити искоришћени у служби ширења исламске културе.

Особено је за муслиманске државе бившег СССР-а (Азербејџан, Казахстан, Узбекистан, Таџикистан, Туркменистан и Киргистан) да немају елементе религијског карактера у преамбулама својих устава.[59] Период агресивног атеизма у оквиру СССР-а је оснажио световни карактер тих држава. У појединим случајевима у преамбули се наглашава секуларни карактер државе (Турска), док је преамбула Устава Пољске из 1997. године особена по томе што на подједнак начин уважава религиозне и атеисте.

Снажно изражена симболичка функција одликује и преамбулу Основног закона Немачке. Она је посебно изражена посредством инвокације Бога. Премда би се у први мах могло закључити да је реч о особеном и конкретном религијском уверењу које би требало да оснажи ауторитет новодонетог устава, позивање на ауторитет Бога није повезано са хришћанским религиозним уверењем. Позивање на

[58] J. Frosini (2017), 624.
[59] J. Frosini (2012), 44.

Бога симболизује постојање више и бесмртне људскости и садржи позив који надилази позитивне законе човека и отвара пут ка природном праву које прожима уставне норме.[60] Инвокација Бога је позивање на религију као такву, као на идеју о постојању трансцедентног, идеју да постоји нешто више од видљивог света, да постоји нешто иза материјалног.[61] Било би незамисливо да се после Другог светског рата и тежње да се направи отклон од праксе систематског истребљивања Јевреја искључи јеврејска идеја Бога.[62]

3.4. Преамбула и елементи који упућују на друге правне изворе

Начелно исказано, преамбула не формулише правно обавезујуће норме. Изузетно, у преамбулама појединих устава налази се и правно обавезујући садржај. Такво опредељење уставотворца донекле противречи самој идеји преамбуле, као свечаном уводу и претходници нормативног дела устава са правно обавезујућим правилима. Ипак, у настојању да апострофира значај неке правне обавезе, која је праћена и повишеним емотивним тоном, понекад и патетиком, уставотворац има пуну слободу, коју покаткад и искористи, да у преамбули предвиди правно обавезујући садржај.[63]

Осим тога што обавезно дејство преамбуле може бити изричито предвиђено самим уставом, преамбула устава може да упућује на друге правне изворе. Илустративан пример је преамбула Устава Француске из 1958. године у којој се наводе три различита документа: Декларација права човека и грађанина из 1789, преамбула Устава из 1946. и Повеља о животној средини из 2004. године. На тај начин изражава се оданост правно политичком наслеђу државе и симболично се указује на уставноправни континуитет са тековинама француске револуције.

Процес интернационализације људских права допринео је томе да устави упућују на међународне изворе људских права, а неретко уставотворци то чине управо у преамбули устава.[64] Компаративно сагледано, реч је углавном о уставима афричких држава. Од преамбула које упућују на међународно право, две трећине њих наводе Уни-

[60] *Ibid*., 40–41.

[61] G. Robbers, *Religion and Law in Germany*, Kluwer Law International 2010, 295.

[62] *Ibid*., 294.

[63] Вид. Д. Симовић, „Функције преамбуле устава и особености преамбуле Устава Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2020, 186–188.

[64] Д. Симовић (2018), 15–30.

верзалну декларацију о људским правима.[65] На другом месту је Афричка повеља о људским и грађанским правима из 1981. године на коју се упућује у преамбулама устава 19 држава.[66]

Компаративна истраживања указују на то да мањи број преамбула упућује искључиво на Универзалну декларацију о људским правима (Буркина Фасо, Џибути, Египат, Габон, Мали, Нигер, Сенегал, Хаити и др.).[67] Поједине преамбуле устава упућују на међународне пактове о грађанским и политичким правима, односно о економским, социјалним и културним правима (Босна и Херцеговина, Бурунди, Нигер, Руанда, Того и др.). Знатно ређе, постоје примери упућивања и на друге међународне уговоре УН о људских правима: Конвенцију о елиминисању свих облика дискриминације жена и Конвенцију о правима детета (Конго, Мадагаскар, Руанда, Сенегал и др.).

Како се из досадашњег излагања може закључити, приликом упућивања на међународне правне изворе уставотворац неретко наводи више од једног таквог акта. Примера ради, преамбула Устава Босне и Херцеговине позива се на Универзалну Декларацију о људским правима, међународне пактове о грађанским и политичким правима, односно о економским, социјалним и културним правима, и на Декларацију о правима лица која припадају националним или етничким, верским и језичким мањинама.[68]

Није неуобичајено, мада доста ређе, преамбуле устава упућују и на националне изворе права (Азербејџан, Бахреин, Бурунди, Габон, Вијетнам и др.).[69] Примера ради, преамбула Устав Габона из 1991. позива се на Националну повељу о слободама из 1990. године, док Преамбула Устава Судана из 2005. упућује на мировни споразум закључен у јануару 2005. под окриљем Устава из 1998. године.

4. ЗАКЉУЧАК

Историјски сагледано, преамбула као свечани увод у правни акт појавила се упоредо с првим покушајима правног уређивања државе. Тај уводни текст требало је да оправда доношење правних норми и да обезбеди њихову примену у пракси. Истовремено, у преамбули се, по правилу, одређује доносилац тог правног акта који уједно то сам обзнањује. Да тај новодонети пропис не би био доживљаван као намет-

[65] J. Frosini (2012), 31.

[66] *Ibid*.

[67] Вид. W. Voermans, M. Stremler, P. Cliteur, 44.

[68] Вид. Д. Симовић, „Правни домашај преамбуле устава у уставном систему Босне и Херцеговине“, *Право и вриједности* (ур. Р. Лукић), Источно Сарајево 2019, 93–109.

[69] J. Frosini (2012), 33–34.

нути тирански налог, навођењем општеприхватљивих вредности у преамбули, које ће се остваривати применом тог правног акта, обезбеђује се његов легитимитет. То су уједно и обележја преамбула савремених устава. Отуда, преамбула устава је феномен који се налази на размеђи права и политике. За разлику од нормативног дела устава који треба да оствари превасходно правну функцију конституисања и ограничења државне власти, преамбула првенствено остварује социолошке функције, а само изузетно има правно обавезујуће дејство.

Сагледано из перспективе материје коју обухватају, преамбуле устава се значајно разликују, тако да није могуће идентификовати њихову типичну садржину.[70] Будући да претходи нормативном делу уставног текста, преамбула омогућава уставотворцу да у њој изрази све оно што је било неадекватно да се саопшти у уставним нормама. Од свих делова устава, преамбуле уживају репутацију да су најразноликије и најнеобичније.[71] Сва разноликост садржине преамбула савремених устава знатно отежава њихово класификовање. Уједно, преамбула устава, као особени правни феномен, дуго времена је била на маргини научно-истраживачких подухвата посленика уставноправне науке. То је била последица преовлађујућег традиционалног уверења да је преамбула свечана политичка декларација и својеврсни увод у нормативни део устава, због чега јој недостаје оперативна правна вредност. Постепено, преамбула је ипак задобила место које јој својим значајем припада. Више разлога допринело је таквој промени имица преамбуле устава. Један број уставотвораца изричито је предвидео да је преамбула интегрални део устава, због чега јој не може бити оспорено правно дејство. Осим тога, (уставно)судска пракса појединих земаља потврђује да преамбула може, у зависности од садржине, да има и правно обавезујућу снагу. Ако јој се, пак, не призна је истоветан правни ранг са нормативним делом устава, преамбула је корисно помоћно средство за тумачење уставних норми. То су разлози који стварају уверење да преамбуле треба схватити озбиљно,[72] јер колико год реторички звучала, она је ту да нас подсети зашто је устав донет.[73]

Покушаји класификовања преамбула, према садржинском мерилу, изузетно су ретки. Такве подухвате отежава изостанак типичне садржине преамбула. Може се рећи да још увек није предложена класификација преамбула која би се могла сматрати општеприхваћеном.

[70] Д. Стојановић, 60.
[71] D. Law, 188.
[72] J. Frosini (2012), 153.
[73] J. Frosini (2017), 628.

Отуда, после упоредноправне анализе савремених устава, закључујемо да преамбуле, по правилу, садрже елементе који се могу сврстати у једну од четири велике целине. То су елементи који се односе на: 1) сувереност; 2) вредности и циљеве политичке заједнице; 3) национални идентитет; и 4) упућивање на друге изворе права.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Belov, Martin, “The Preamble of the Constitution in European Constitutionalism”, *Revista General de Derecho Romano* 20/2013;
2. Chang, Wen-Chen, Law, David, “Constitutional Dissonance in China” in Jacobsohn, Gary, Schor, Miguel (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Edgar Publishing 2018;
3. Darling, Linda, *A History of Social Justice and Political Power in the Middle East*, Routledge, London and New York 2013;
4. Fogen, Marie, “The Legislator's Monologue - Notes on the History of Preambles“, *Chicago-Kent Law Review* 4/1995;
5. Forkosch, Morris, “Who are the People in the Preamble to the Constitution”, *Case Western Reserve Law Review* 3/1968;
6. Frosini, Justin, *Constitutional Preambles at a Cross roads between Politics and Law*, Maggioli Editore 2012;
7. Frosini, Justin, “Constitutional Preambles: More than just a narration of history”, *University of Illinois Law Review* 2/2017;
8. Ginsburg, Tom, Foti, Nick, Rockmore, Daniel, “`We the Peoples`: The Global Origins of Constitutional Preambles”, *George Washington International Law Review* 46/2014;
9. Јовичић, Миодраг, *О уставу*, Савремена администрација, Београд 1977;
10. Кутлешић, Владан, „Преамбуле устава – упоредна студија 194 важећа устава“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010;
11. Кутлешић, Владан, *Устави бивших социјалистичких држава Европе*, Службени лист, Београд 2004;
12. Law, David, “Constitutional Archetypes”, *Texas Law Review* 1/2016;
13. Микић, Владимир, „Функције преамбула савремених устава“, *Правни записи* 2/2014;
14. Мрђеновић, Душан, *Темељи модерне демократије*, Досије, Београд 2011;
15. Orgad, Liav, “The preamble in constitutional interpretation”, *International Journal of Constitutional Law* 8/2010;
16. Pieterse, Marius, “What do we mean when we talk about transformative constitutionalism?”, *SA Public Law* 1/2005;
17. Платон, *Закони*, Бигз, Београд 1990;
18. Roach, Kent, “The Uses and Audiences of Preambles in Legislation”, *McGill Law Journal* 1/2001;

19. Robbers, Gerhard, *Religion and Law in Germany*, Kluwer Law International 2010;
20. Симовић, Дарко, „О правној природи преамбуле устава“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 87/2020;
21. Симовић, Дарко, „Функције преамбуле устава и особености преамбуле Устава Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020;
22. Симовић, Дарко, „Правни домашај преамбуле устава у уставном систему Босне и Херцеговине“ у Лукић, Радомир (ур.), *Право и вриједности*, Источно Сарајево 2019;
23. Симовић, Дарко, „Интернационализација уставног права – пример Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 81/2018;
24. Smerdel, Branko, Sokol, Smiljko, *Ustavno pravo*, Zagreb 2007;
25. Стојановић, Драган, *Уставно право*, Ниш 2007;
26. Voermans, Wim, Stremler, Maarten, Cliteur, Paul, *Constitutional Preambles: A Comparative Analysis*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA 2017;
27. Vukas, Budislav, „Pravnopovijesne reference u ustavnim preambulama država srednje i jugoistočne Europe u postkomunističkom razdoblju“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5-6/2013;
28. Winckel, Anne, “A 21st Century Constitutional Preamble—An Opportunity for Unity rather than Partisan Politics”, *University of New South Wales Law Journal* 3/2001;
29. Winckel, Anne, „The Contextual Role of a Preamble in Statutory Interpretation”, *Melbourne University Law Review* 1/1999.

Full Profesor Darko Simović, LL.D.

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade

HISTORICAL ORIGINS AND CONTENT OF THE PREAMBLES OF THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONS

Summary

The claim that the preamble of the Constitution is an unjustly neglected legal phenomenon has become a common observation in modern constitutional literature. Without any significant research, there were prejudices that their content is primarily of a declarative nature and that they lack prescriptive value. Undoubtedly, one of the reasons for the marginalization of the preamble in scientific and expert discussions is the fact that its legal nature has not been clarified. The fact that the preamble is a predominant feature within the structure of the Constitution leads to the conclusion that the preamble must not remain a neglected legal phenomenon. However,

increasing interest in this legal phenomenon is the result of modern trends in the sphere of comparative law, which recognizes an increasing number of examples of legally relevant preambles of the constitution. A small number of constitutions foresee the mandatory legal effect of the preamble. Additionally, the number of countries in which comparative law practice has established the legal relevance of the preamble is growing. On one hand, the preamble is used as a tool in the interpretation of unclear constitutional norms, while on the other, it serves as a measure of the constitutionality of the law. The preamble, depending on its content, can have legally binding power, although the framers of the constitution may not have explicitly intended it. This increasing trend of the constitution having to be analyzed as a unique, integral whole is fueling all-inclusive research of this unjustifiably neglected section of the constitutional structure. Hence, this paper aims to analyze the historical origins and content of the preambles of modern constitutions.

Key words: *Preamble; Constitution; Sovereignty; Constitutional history; Comparative constitutional law*.

УДК/UDC 342.736(497.11)
342.565.2(497.11)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Слободан Орловић

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

О УСТАВНОЈ ЖАЛБИ И ПОУСТАВЉЕЊУ УСТАВНОСУДСКЕ КОНТРОЛЕ СУДСКИХ ПРЕСУДА У СРБИЈИ

Уставна жалба у Србији је, током петнаестогодишње праксе Уставног суда, постала уобичајено и очекивано правно средство. Она се временом почела посматрати као логичан наставак судског поступка чијим исходом странка (подносилац уставне жалбе) није задовољна. То је довело до правног сукоба и затегнутог односа између Врховног суда, који је сматрао да Уставни суд нема правни основ да поништава судске одлуке, и Уставног суда који је то чинио. Не би ли се овакво стање превазишло мењан је Закон о Уставном суду (у корист судске власти) али и у једном делу проглашен неуставним (у корист Уставног суда) да би на крају, уставним Амандманом из 2022. године, Уставни суд добио и уставни основ да преиспитује (и поништава) судске одлуке.

Кључне речи: Уставна жалба; Уставни суд; Судске одлуке; Србија; устав.

1. УВОД

Уставна жалба је правно средство заштите основних, Уставом зајемчених, људских и мањинских права и слобода (у даљем тексту: људска права) о којем одлучује Уставни суд. У наш правни систем уведена је Уставом од 2006. и временом је по обиму постала убедљиво најчешћи, а тиме и најзначајнији посао Уставног суда. То је довело до тога да је унутрашња организација Уставног суда морала бити измењена, у односу на стање које је постојало по изворном тексту Закона о Уставном суду (2007) јер рад, због великог прилива уставних жалби, није могао бити одржан ефикасним. Уведени су облици одлу-

Слободан Орловић, *sorlovic@pf.uns.ac.rs.*

чивања у Малом и Великом већу, како би се растеретио рад Уставног суда на седницама у коме учествују све судије.[1] Последице су да далеко највећи број поступака по поднетим уставним жалбама завршава пред Малим већем, групом од троје судија.

Друга карактеристика коју је уставна жалба стекла током петнаестогодишње примене је њено претварање у „нарочити редовни правни лек“. Улагањем уставне жалбе поступак остваривања или заштите права се наставља и после исцрпљивања правних лекова пред судовима и другим органима. Није погрешно тврдити да је уставна жалба досадашњом праксом претворена у очекивано правно средство, оно које се наставља на претходно изјављена правна средства. Чињеница је да су грађани гледали на уставну жалбу као на средство за исправљање неправде која им је учињена појединачним актима државних органа.[2] С друге стране, верујемо да је уставописац замислио и пројектовао уставну жалбу као изузетан правни лек који би се користио само у случају очигледних (тешких) повреда људских права, учињених појединачним актом или радњом, иако је самом уставном дефиницијом уставне жалбе креиран широк основ за њену употребу, готово свеобухватан.[3]

Међутим, толико коришћење уставне жалбе у правном систему мањкало је у погледу непобитног уставног основа. Тако су, на прво читање, уставне одредбе да „(...) судске одлуке не могу бити предмет вансудске контроле“ и још конкретније да „судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд (...)“[4] (ранији чл. 145, ст. 3 и 4), указ-

[1] Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, Велико и Мало веће – чл. 17, 42б, 42в, 42г.

[2] K. Manojlović Andrić, „Odnos Vrhovnog kasacionog suda i Ustavnog suda – konflikt koji i dalje traje“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019, 136.

[3] „Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту“ – чл. 170 Устава.

[4] У прилог овоме Врховни суд се позива и на (необавезујућу) Препоруку бр. R(94)12 Савета Европе да “одлуке судија не смеју бити предмет било какве друге ревизије осим у оквиру поступка по правним лековима који је предвиђен законом”, *https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Preporaka%2094%20R.pdf* [5. октобар 2023. године]. У прилог заштите судске власти од Уставног суда наводе се и друге одредбе Устава: јединство судске власти (ранији чл. 142 ст. 1), припадање судске власти судовима и Врховном касационом суду као највишем у Републици (ранији чл. 143, ст. 1 и 4). Вид. М. Мајић, „Da li nam je potreban Ustavni sud?“, *https://misamajic.com/2016/12/25/da-li-nam-je-potreban-ustavni-sud/* [4. октобар 2023. године]. Проблем би био мањи да се Уставни суд ограничио на доношење само декларативних одлука. Али, он се сам (2012) изборио да се постави изнад судске

вале на то да је Уставни суд придодао себи право да, као вансудски орган – у Уставу формално одељен од судске власти – „преиспитује“, и сходно томе поништава, судске одлуке.[5] Међутим, сам Уставни суд је креирао став да се уставна жалба може изјавити и против појединачног акта судске власти, дакле судске пресуде.[6] У међувремену, прво је уведена индиректна немогућност такве праксе изменом Закона (2011. године, на иницијативу Врховног касационог суда)[7] да би Уставни суд поново потврдио право преиспитивања (и поништавања) судских одлука својом одлуком донетом у поступку оцене уставности (2013. године).[8]

Уставним Амандманом IV (2022. године) формално је превазиђена већ дуга фактичка и правна напетост у односу судске и уставносудске власти, конфликт и спорење превасходно Врховног суда и

власти и да судске пресуде поништава. Вид. S. Beljanski, „Sud iz senke ili senka od suda“, *Peščanik*, 30. јануар 2020. године, *https://pescanik.net/sud-iz-senke-ili-senka-od-suda/* [4. октобар 2023. године]. С друге стране, за Драгана Стојановића уставносудско преиспитивање судских одлука има виши циљ – идеју непосредне заштите људских права, што не значи да Уставни суд преузима надлежност судске власти јер право судова да самостално решавају судске спорове остаје недирнуто. Драган Стојановић, *Уставно правосуђе – Уставно процесно право*, Ниш 2016, 98–99. Овај конфликт Уставног и Врховног суда може се сагледати и као „суштински проблем поновног одређивања њиховог уставноправног положаја, ауторитета који из њега проистиче и граница 'уставног простора' у коме могу деловати без опасности међусобног угрожавања“. K. Manojlović Andrić, 137.

[5] У једној од првих одлука о поништењу решења Врховног касационог суда (12. март 2009. године) Уставни суд је наложио да се донесе нова одлука о захтеву за заштиту законитости. Том приликом Уставни суд је тумачио одредбе Закона о парничном поступку и оцењивао како је Врховни касациони суд применио право те је утврдио да је то урађено погрешно због чега је дошло до повреде људског права. R. Zekavica, „Analiza instancionog karaktera odluka Ustavnog suda Republike Srbije u postupku po ustavnoj žalbi“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019, 162.

[6] Уставна жалба се може изјавити против појединачног акта или радње свих државних органа који су носиоци законодавне, извршне или судске власти. Вид. *Ставови Уставног суда – пречишћен текст* (ур. С. Стојковић), Београд 2009, 50.

[7] „Кад Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт осим судске одлуке (...)“. Вид. чл. 33 Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 99/11. Уставни суд је и после тога наставио да преиспитује судске пресуде и утврђује повреде људских права, али пресуде није поништавао па су му углед и ауторитет постали веома упитни.

[8] Уставни суд је то право омогућио сам себи самоиницијативним отпочињањем поступка у којем је део одредбе Закона о Уставном суду који гласи: „осим судске одлуке“ (чл. 89, ст. 2) оценио неуставним те тако и судске одлуке, као појединачне акте, коначно подвргао својој контроли (ИУз-97/2012 од 20. децембра 2013. године).

Уставног суда,[9] која је продубљивана енормним бројем уставних жалби на судске пресуде и последично њиховим поништавањем. Амандманом IV су превазиђена цитирана уставна ограничења о преиспитивању судске одлуке која су се тицала Уставног суда. И даље у Уставу стоји да „судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд (...)“ али је у наставку за Уставни суд направљен изузетак: „као и Уставни суд у поступку по уставној жалби“ (чл. 142, ст. 4).

У раду ће бити изложена општа питања о појму и одлучивању о уставној жалби, затим услови њеног изјављивања и прихватљивост, ставови Уставног суда о уставној жалби и новија статистика, као и изводи из неколико одлука Уставног суда. Посебно питање које захтева одговор, додуше више теоријске него практичне важности, јесте да ли је наведеном амандманском изменом Устава – накнадним формалним „поустављењем“ уставносудске контроле судских пресуда – уставописац заправо признао да је сво претходно време преиспитивања (поништавања) тих пресуда постојала својеврсна правна празнина, односно да није било чистог уставног основа за такво поступање Уставног суда? Или је пак супротно, сама пракса изнедрила уставни обичај по коме Уставни суд има надлежност да преиспитује и поништава судске одлуке и да је о таквом овлашћењу постојала свест о обавезности? Ако је и постојао, такав уставни обичај је сада Амандманом заоденут у уставну норму и легализован, да би истовремено самим тим поустављењем престао да постоји. Из ових питања помаља се и једно секундарно, мада такође више теоријско и без потенцијалних правних последица, а то је да ли се по теми дозвољености уставне жалбе за период пре измена Устава (2022. године) може рећи да је био време некаквог „правног провизоријума решавања о уставној жалби“ где је Уставни суд надјачао и писани Устав и институцију Врховног суда, поставши стварни симбол и судске власти? Потврдан одговор би уједно значио да се током тог времена наш уставносудски орган значајније померио од, теоријски, европског модела уставног судства ка англосаксонском у организационом смислу, и то по питању правне симбиозе највишег уставносудског и судског ауторитета.

2. ОДЛУЧИВАЊЕ О УСТАВНОЈ ЖАЛБИ

Уставна жалба се може дефинисати као посебно правно средство којим се покреће поступак пред Уставним судом ради заштите људ-

[9] Опширније: Б. Ненадић, „О неким аспектима односа уставних и редовних судова“, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права* (ур. Б. Ненадић), Београд 2013, 87–109.

ских права зајамчених Уставом.[10] Из угла теорије уставног права и поделе власти, та жалба се може одредити и као изузетан правни лек којим се постиже да све три власти, укључујући и судску, буду повиноване Уставу.[11] Уставна жалба у Србији је инструмент попут народне тужбе (*actio popularis*), уређен углавном по моделу уставне жалбе у Немачкој (*Verfassungsbeschwerde*) од које јој и потиче име. Иако је ноторна ствар да решавање о уставној жалби спада у надлежност Уставног суда, то није набројано заједно са осталим уставносудским надлежностима у чл. 167 Устава (на том месту нису побројане ни друге жалбе које се могу изјавити Уставном суду). Сматрамо ово пропустом уставописца тим пре што ни чл. 170 Устава, који уређује уставну жалбу, није одредио који орган доноси одлуку о уставној жалби, односно коме се она подноси.

У нашем позитивном праву уставна жалба је релативно нов инструмент заштите људских права, уведена Уставом од 2006, а практично заживела нешто касније (2008. године). Њен примарни значај као правног средства је тај што путем ње Уставни суд непосредно штити људска права зајемчена Уставом (констатујемо да Уставни суд штити људска права и посредно, генерално, решавајући уставни спор у поступку оцене уставности и законитости општих аката). Уставна жалба је додатна гаранција законитог поступања судова и других носиоца јавних овлашћења и као таква један нарочит стуб свеукупне уставности и правичности.

Бројност уставних жалби и њихова практична „универзалност“ у погледу примене, односно заштите људских права, допринели су погледу на ту жалбу као на специфично ванредно правно средство против судске одлуке.[12] Ово тим пре што је изјављивање уобичајених ванредних лекова ограничено, сужено. Законодавац је то смањење права правдао потребом веће брзине и ефикасности судских поступа-

[10] R. Bezbradica, „Marginalije o ustavnoj žalbi“, *Pravni informator* 2/2010, 3.

[11] Д. Симовић, „Уставна жалба – теоријскоправни оквир“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 206.

[12] Неки од разлога за такву учесталост уставне жалбе леже и у томе што Устав и Закон не разликују основна права, која би била предмет заштите, од осталих зајемчених права, па тако Уставни суд одлучује о повреди било ког уставног права; Устав и закон не прописују никакав посебан услов који би се односио на тежину повреде људског права (касније је уведено одбацивање уставних жалби због „малог значаја повређеног права“, вид. Уж-5523/2017 од 2. октобра 2018. године); заштиту уживају и индивидуална и колективна права, било да су део Устава, општеприхваћених правила међународног права или потврђених међународних уговора. Вид. M. Draškić, „Ustavna žalba u Srbiji: prostor za tenzije između Ustavnog suda i Vrhovnog (kasacionog) suda“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019, 112-3.

ка. С друге стране, некако је природно било да уведена уставна жалба донекле ублажи ту рестриктивност могућности улагања ванредних правних лекова. И убрзо су и стручна и лаичка јавност почеле уставну жалбу доживљавати као један нови, посебан ванредни правни лек.[13] Ово свакако угрожава „догму о независности судске власти“ па је то разлог што је у неким уставним системима уставна жалба изостала или је дизајнирана са ограниченим правним домашајем.[14]

Уставни суд решава веома велики број уставних жалби. Њима грађани (и правна лица), позивајући се на повреду Уставом зајемченог људског права, пре свега оспоравају уставност судских пресуда, а у знатно мањој мери предмет провере су одлуке других државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења. Међутим и када одлучује о уставним жалбама поднетим против судских одлука, Уставни суд не улази у меритум, у суштину уставног спора, већ у највећем броју случајева решењем одбацује уставну жалбу. Ипак и ако одбацује уставну жалбу, Уставни суд може да уђе у анализу и разлоге („решења у малом меритуму“)[15] како уставне жалбе, тако и, најчешће, судске одлуке која се оспорава. Преко 90 посто решених предмета уставне жалбе заврши се доношењем решења о одбацивању од стране трочланог Малог већа.

Најчешћи формални разлог за доношење решења о одбацивању је законска одредба да не постоје друге претпоставке за вођење поступка и одлучивање (чл. 36, ст. 1, тач. 7 Закона). Изостанак „других претпоставки за вођење поступка и одлучивање“ јавља се најчешће као: непостојање активне легитимације подносиоца уставне жалбе у случају да оспореним појединачним актом власти није одлучивано о његовом праву или обавези – *ratione personae*; недозвољеност уставне жалбе због правног карактера оспореног правног акта – *ratione materiae*, ако дакле није у питању појединачни акт или радња државних органа или организација са јавним овлашћењима; у неким случајевима наводи се мали значај предмета, односно да оспорени акти или радње објективно не могу довести до повреде права гарантованих највишим правним актом државе; непостојање уставноправних разлога за разматрање уставне жалбе – када се уставном жалбом од Устав-

[13] Ј. Ћирић, „Уставне жалбе у Србији – проблеми великог броја“, *Билтен Уставног суда за 2018. годину* (ур. Т. Шурлан), Београд 2019, 950.

[14] D. Simović, „Institucionalna fizionomija ustavne žalbe u Republici Srbiji u svetlosti uporednopravnih rešenja“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019, 21.

[15] К. Манојловић Андрић, „Поступак и обим испитивања уставне жалбе“, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права 1963-2013* (ур. Б. Ненадић), Београд 2013, 168.

ног суда, као да је реч о инстанционо вишем суду, тражи да оцени примену закона, утврђено чињенично стање или ваљаност образложења оспорених одлука судова.[16]

Приликом решавања о уставној жалби изузетно се примењују и међународни извори права – прихваћени међународни уговори, а сасвим ретко и општеприхваћена правила међународног права. У пракси Уставног суда уочавају се две категорије одлука када је реч о позивању на међународно право као правни основ: одлуке о уставним жалбама „у материји која је специфично и непосредно везана за међународноправни извор“ и одлуке о уставним жалбама „у материји у којој поред уставних одредаба постоји и међународноправна регулатива и богата пракса међународних институција у примени и тумачењу људских права, али која се не мора нужно применити“.[17]

Дејство одлуке Уставног суда о уставној жалби примарно је *inter partes*, од непосредног значаја за подносиоца. Међутим, потенцијално постоји и шире дејство ка свима, *erga omnes*, јер Уставни суд сваком појединачном одлуком о уставној жалби штити Устав и људска права и делује у правцу бољег разумевања, примене, развоја и заштите људских права. Због ширег дејства одлука Уставног суда битно је како он „примењује и тумачи људска права, на којим правним актима заснива свој резон, употпуњује садржај људских права, гради стандарде и критеријуме приликом процењивања о (не)постојању повреде људских права”.[18]

3. УСЛОВИ ЗА ИЗЈАВЉИВАЊЕ И ПРИХВАТЉИВОСТ УСТАВНЕ ЖАЛБЕ

Уставна жалба је правно средство за које је уставописац планирао да се користи изузетно, у предметима где не постоји друга правна могућност остварења или заштите права, а то људско право зајемчено Уставом је повређено. У том смислу, Уставни суд се често у одлукама о уставним жалбама служи истом реченицом која дефинише уставну жалбу: „одредбом члана 170. Устава Републике Србије, уставна жалба је установљена као посебно и изузетно правно средство за заштиту Уставом зајемчених права и слобода“. Међутим, такав план ретког

[16] Т. Корхец, „Уставна жалба – одбацивање или мериторно одлучивање – недефинисана граница са неколико мећаша“, *Билтен Уставног суда за 2019. годину* (ур. Т. Шурлан), Београд 2020, 1202-5.

[17] Т. Шурлан, „Примена међународног права у поступцима по уставној жалби Уставног суда Републике Србије“, *Билтен Уставног суда за 2019. годину* (ур. Т. Шурлан), Београд 2020, 1171.

[18] *Ibid.*, 1170.

коришћења демантовала је пракса претворивши уставну жалбу у готово подразумевајући правни лек.

Усвајањем уставне жалбе санкционише се повреда људског права почињена од доносиоца оспореног појединачног правног акта, најчешће суда. Повреда конкретног људског права овде може да има два облика: када је Уставом зајемчено људско право повређено (повреда права у ужем смислу) или када људско право није било заштићено од повреде (повреда права изостанком заштите). Најчешће се пред Уставним судом решава о повреди људског права из грађанскоправне материје, знатно ређе из управноправне, а најмањи је број предмета из кривичноправне области. Повреда људског права мора имати објективни значај или тежину, а велики број наведених кршења права које се изнесу пред Уставни суд то реално нема.

Уставописац није одредио ко је субјекат уставне жалбе, односно ко може да је изјави. У члановима Устава који уређују људска права најчешће је као њихов субјекат (носилац права) наведен „свако“. Ова уставна празнина попуњена је Законом тако што је „свако лице“ одређено субјектом, лицем које има право подношења (изјављивања) уставне жалбе, уз испуњење услова прописаних Уставом и Законом. Под појмом „свако лице“ подразумевају се физичко и правно лице. У том смислу, праксом Уставног суда је прихваћена могућност да и правном лицу може бити повређено или ускраћено уставно људско право.[19]

Свакако да тек један члан Устава није довољан да се уреди институт уставне жалбе па је Законом она детаљно регулисана, иако у чл. 170 Устава (који уређује уставну жалбу) не постоји одредба „у складу са законом“. Закон у вези са уставном жалбом уређује: могућност изјављивања жалбе у име другог лица, рок подношења, њен садржај и дејство, одлучивање по уставној жалби и спровођење те одлуке. Обимом скромна уставна правила о уставној жалби (чл. 170) оставила су простор да Законом буду регулисана преостала процесна и материјална питања, а и да сам Уставни суд својом праксом додатно уобличи овај уставноправни институт и да додатна значења уставним и законским нормама. Да би попунио правне празнине које се тичу процесноправних питања при решавању о уставним жалбама, Уставни суд је усвојио ставове у вези са поступком испитивања и одлучивања о уставним жалбама.[20]

[19] На пример, право на једнак правни положај на тржишту (чл. 84, ст. 1 Устава).

[20] Ставови Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби, у интегралном облику, утврђени су од стране Редакционе комисије Уставног суда, на седници од 10. априла 2009. године.

Уставни услови за прихватљивост уставне жалбе тичу се предмета уставне жалбе – појединачни акт или радња државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење; предмета спора – повреда или ускраћивање људског права зајемченог Уставом односно потврђеним међународним уговором; и принципа супсидијарности – да су исцрпљена или да нису предвиђена друга правна средства за заштиту повређених или ускраћених људских права.

Уставна жалба се подноси „против појединачних аката или радњи“ (поступак оцене уставности и законитости води се против општих правних аката) – дакле оних аката или радњи који се тичу конкретног лица. Појединачни акти и радње представљају предмет уставне жалбе. Није реч о било којим појединачним актима или радњама већ само о оним „којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом“. Сврха уставне жалбе је заштита индивидуалних или колективних људских права, као и права која су постала део позитивног права прихватањем међународних уговора (заштитни објекат). Подвлачимо да се уставна жалба не може поднети у случају повреде сваког људског права, већ само оних која су по уставотворцу најважнија а то су она која су своје место нашла у Уставу.

Појединачни акт или радња треба да су такви да „повређују“ људско право, што значи ограничење права, односно одступање од могућности потпуног и несметаног коришћења права (изрази који се на другим местима у Уставу помињу су „ограничење“ и „одступање“), на пример, ограничење слободе кретања на уже, тачно одређено подручје. „Ускраћивање“ људског права појединачним актом или радњом је тежи облик повреде права која за последицу има потпуно онемогућавање његовог коришћења – на пример, сасвим је ускраћена слобода кретања на јавним местима у време „полицијског сата“. Повређивање или ускраћивање мора бити спровођено у неком временском периоду – довољно је некада и у границама кратког времена, на пример, једног часа, што ће се ценити у конкретном случају – а не да остане у покушају.

Доносилац акта или носилац радње су алтернативно наведени – прво то су „државни органи“. У пракси је то најчешће суд, а могу бити и други државни органи, пре свега органи управе. То су институције са јавним овлашћењима јер иступају ауторитативно, са позиције највише власти, у име државног ауторитета. *Argumentum a contrario*, против аката или радњи нижих нивоа власти, као што су органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, уставна жалба се не би могла изјавити јер није реч о органима државне власти, већ покрајинске и локалне. Друга могућност подношења уставне жалбе је

против аката или радњи „организација којима су поверена јавна овлашћења“. Такво би било, на пример, комунално предузеће, организација за железнички превоз путника или јавна служба попут универзитета.

Уставна жалба је корективни правни лек који се користи као последње средство заштите људских права унутар државе. Из овога би логично произашао закључак који је пак у реалности престао да буде валидан – да се уставна жалба рестриктивно користи. Други закључак који такође произлази из „корективне природе“ уставне жалбе има у стварности кудикамо већу тежину – уставна жалба се усваја с крајњом опрезношћу, само у случају недвосмислене повреде људских права.

У циљу очувања изузетности коришћења уставне жалбе, Уставом су уведена процесна ограничења за њено подношење – изјављује се само „ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту“ (супсидијарно правно средство). Ови услови су постављени алтернативно, тако да искључе могућност подношења уставне жалбе као редовног, уобичајеног правног средства. Први услов претпоставља постојање правних средстава заштите људских права (тужба, жалба, приговор, ванредни правни лек у судском поступку), да су редом подношена и да их је носилац права искористио али без правног успеха. „Исцрпљеност“ правних средстава не мора да значи да је о њима увек и одлучено, поготово када је у питању последњи степен судског одлучивања. Тако се уставна жалба ради заштите права на правично суђење (чл. 32, ст. 1 Устава) може поднети и ако је поступак по претходном правном средству у току. Услов исцрпљености заштите пред домаћим органима власти не односи се на ванредна правна средства (чл. 35 Европске конвенције о људским правима говори о „правноснажној одлуци“).

Као другонаведени, алтернативни услов за подношење уставне жалбе слови чињеница да правна средства за заштиту конкретних уставних људских права не буду уопште предвиђена (прописана). Правна средства која се подносе на појединачне правне акте уређена су законом, а сваки појединачни акт мора да садржи поуку о правном леку (ако је по закону уопште дозвољен правни лек). Уколико појединачни акт не садржи упутство о правном средству а субјект повређеног људског права не може да сазна коме се правно средство подноси, треба сматрати да је овај услов уставне жалбе испуњен, односно да нису предвиђена друга правна средства за заштиту људских права. Када је у питању (фактичка) радња државног органа или организације са повереним јавним овлашћењима којом се повређује људско право, иницијални акт би била тужба због повреде људског права.

Да би уставна жалба била прихватљива и допуштена, односно да би Уставни суд по њој поступао потребно је буду испуњење одређене процесне претпоставке (услови). Законске претпоставке прихватљивости уставне жалбе су следеће: уставна жалба се може изјавити и ако је законом искључено право на заштиту повређених или ускраћених права; уставну жалбу може изјавити свако домаће или страно физичко и правно лице које сматра да му је повређено или ускраћено људско право зајемчено Уставом или потврђеним међународним уговором (персонални услов прихватљивости); рок за изјављивање уставне жалбе; уредност уставне жалбе (разумљивост, потпуност, персонализованост); да уставна жалба није очигледно неоснована; да се уставном жалбом не злоупотребљава право. Друге процесне претпоставке, одређене праксом Уставног суда су: уставна жалба се може изјавити против појединачног акта донетог после проглашења Устава, односно радње извршене такође само након проглашења Устава; непостојање литиспенденције; да није у питању пресуђена ствар (*res iudicata*) и да је подносилац уставне жалбе претрпео значајнију штету.[21] Испуњење процесних претпоставки значи да је пружање правне заштите по поднетој уставној жалби допуштено јер ако оне не би биле испуњене постојала би сметња за пружање те заштите.

Закон прописује и друге елементе прихватљивости уставне жалбе: персоналне услове, рокове, избегавање злоупотребе, а Уставни суд је својом праксом утврдио и „друге процесне претпоставке.[22] Услови прихватљивости уставне жалбе, као друге процесне претпоставке, могу се сврстати у три групе: процесни услови – да је подносилац жртва повреде права или слободе, поштовање рока од 30 дана, да је означен подносилац уставне жалбе, да нема литиспенденције и да није предмет *res iudicata*, да се уставном жалбом не злоупотребљава право и да је уставна жалба формално уредна; услови прихватљивости у вези са надлежношћу Уставног суда – спојивост уставне жалбе са одредбама Устава и потврђеног међународног уговора: *ratione personae, ratione loci, ratione temporis* и *ratione materiae*; и услови прихватљивости у вези са меритумом – да уставна жалба није очигледно неоснована и да подносилац није претрпео значајнију штету.[23] Сви ови услови морају бити кумулативно испуњени, што у претходном поступку проверава судија известилац, да би потом Уставни суд одлучивао о уставној жалби на предлог такође судије известиоца. Уколико и само један од услова прихватљивости није испуњен, Мало веће доно-

[21] Р. Безбрадица, „Очигледно неоснована уставна жалба“, *Билтен Уставног суда за 2017. годину* (ур. Ј. Ћирић), Београд 2019, 976. Опширније: *ibid.*, 976–979.

[22] *Ibid.*, 977–978.

[23] *Ibid.*, 978.

си решење о одбацивању уставне жалбе, а сасвим ретко се то чини од стране Великог већа или седнице Уставног суда.

Услов прихватљивости који се тиче меритума саме ствари јесте да уставна жалба није очигледно неоснована. Овај негативни услов – непостојање очигледне неоснованости унет је у српско право по угледу на праксу Европског суда за људска права, потврдом правила Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (чл. 35, ст. 3, тач. а и чл. 12 Протокола 14). У случају да је уставна жалба очигледно неоснована, Уставни суд најчешће констатује да „наводи и разлози уставне жалбе, *prima facie*, не указују да је оспореним појединачним актом или радњом подносиоцу уставне жалбе повређено, односно ускраћено Уставом зајемчено право“. Овде се у претходном поступку заправо испитује меритум уставне жалбе у облику рада неформално названог „мали меритум“ и ако се утврди да је уставна жалба очигледно неоснована Уставни суд ће је одбацити решењем Малог већа.[24] У својој пракси Уставни суд је, по угледу на Европски суд за људска права, формирао стандарде (случајеве) у којима се уставна жалба одбацује због очигледне неоснованости: не постоји произвољност и неправичност (непоштеност) поступка који је претходио уставносудском поступку, не постоји несразмера између легитимног циља и средства којима се тај циљ настојао постићи или ако је дошло до губитка статуса жртве – престанак активне легитимације.[25]

Када су у питању судске одлуке, као убедљиво најчешће оспоравани појединачни акти уставном жалбом (предмет уставне жалбе), Уставни суд ће их поништити ако утврди да је дошло до повреде Уставом зајемченог права. При томе, Уставни суд испитује судске одлуке само у неопходној мери, оној која је довољна да утврди је ли донета судска одлука узроковала повреду или ускраћивање права наведеног у уставној жалби. Оцењујући разлоге садржане у уставној жалби, Уставни суд ће поништити судске одлуке само ако је то неопходно за отклањање последица насталих конкретном повредом уставног права. Ако је до повреде права дошло пред првостепеним судом, Уставни суд поништава само одлуку суда последње инстанце, како би суд чија је одлука поништена, у поновном поступку отклонио учињену повреду. Уставносудско поништавање одлука судова нема карактер инстанционе контроле. Уставним и законским поступањем Уставног суда ради заштите уставних права повређених судском одлуком,

[24] *Ibid.*, 981.
[25] *Ibid.*, 983. Опширније: 984–994.

дошло се до тога да је уставна жалба постала делотворан правни лек, како је то потврђено одлукама Европског суда за људска права.[26]

3.1. Двогодишња статистика о уставној жалби

Решавање о уставној жалби[27] је убедљиво најчешћи посао Уставног суда – 98,72 посто од укупног броја предмета у раду 2021. године чинили су предмети уставних жалби. У 2021. години формирано је 17924 нових предмета уставних жалби што је повећање од чак 36,15 посто у односу на број нових уставних жалби у 2020. години – 13164. У 2022. години 98,88 посто свих предмета у раду Уставног суда чине предмети уставних жалби. Те године формирано је 16075 нових предмета уставних жалби што је смањење у односу на претходну годину од 10,31 посто. Највећи број уставних жалби у пракси се одбаци (у 2021. години 58,70 посто, у 2022. години 54,52 посто), односно реши обуставом поступка (у 2021. години 32,69 посто, у 2022. години 38,76 посто), док се о мање од 10 посто уставних жалби мериторно одлучи (у 2021. години 8,61 посто, у 2022. години 6,72 посто). У предметима у којима су мериторно усвојене уставне жалбе, 1067 предмета (у 2021. години) и 889 предмета (у 2022. години), убедљиво најчешће је утврђена повреда права на правично суђење (чл. 32, ст. 1 Устава) – у 826 одлука (у 2021. години), односно у 702 одлуке (у 2022. години). Затим по учесталости иду одлуке о повреди права на суђење у разумном року (члан 32 ст. 1 Устава) – 168 одлука (у 2021. години), односно 147 одлука (у 2022. години) и о повреди права на имовину (чл. 58 Устава) – 59 одлука (у 2021. години), односно 32 одлуке (у 2022. години). Преко 85 посто су уставне жалбе из области грађанског права, потом управног па кривичног права.

3.2. Ставови Уставног суда о уставној жалби

Ставови Уставног суда (од 30. октобра 2008. и 2. априла 2009. године)[28] представљају неку врсту правног водича за изјављивање уставне жалбе и тичу се питања која нису изричито или нису уопште

[26] Пресуда Европског суда за људска права „Винчић и други против Србије“ (представка бр. 44698/06 и др.) од 1. децембра 2009. године, из образложења: “Суд је мишљења да уставну жалбу треба, у начелу, сматрати делотворним домаћим средством у смислу значења члана 35. став 1. Конвенције у вези са свим представкама поднетим почев од 7. августа 2008. године, као датума када су прве мериторне одлуке Уставног суда о основаности наведених жалби објављене у 'Службеном листу' тужене државе“.

[27] *Преглед рада Уставног суда у 2021. години*, Београд 2022, 3 и 7, *Преглед рада Уставног суда у 2022. години*, Београд 2023, 2 и 7.

[28] *Ставови Уставног суда – пречишћен текст*, 45–54.

уређена правним прописима, односно питања за која је Уставни суд сматрао да требају бити прецизније одређена. Овде их износимо подељене према садржини, односно према елементима поступка одлучивања о уставној жалби: сврха и рокови изјављивања уставне жалбе, исцрпљеност последњег правног средства, садржина уставне жалбе, достављање жалбе трећем лицу, одлука о уставној жалби, поступак по уставној жалби и оцена уставности и законитости.

Сврха и рокови изјављивања уставне жалбе:

- уставном жалбом штите се сва људска права зајемчена Уставом, независно од тога да ли су изричито уграђена у Устав или су у уставноправни систем унета потврђеним међународним уговорима;

- уставна жалба се може изјавити против појединачног акта или радње свих државних органа који су носиоци законодавне, извршне или судске власти, као и против појединачног акта или радње свих носилаца јавних овлашћења;

- активна легитимација – право на уставну жалбу има свако физичко или правно лице, домаће или страно, уколико је титулар Уставом зајемчених људских и мањинских права и слобода. Друго физичко лице, државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода може, на основу посебног писаног овлашћења, поднети уставну жалбу у име лица које сматра да му је повређено или ускраћено право или слобода зајемчена Уставом;

- рок за подношење уставне жалбе је преклузиван. Само изузетно се може дозволити повраћај у пређашње стање у складу са Законом о Уставном суду;

- уставна жалба се може изјавити против појединачног акта који је донет или радње која је извршена након проглашења Устава, најкасније у року од 30 дана од дана ступања на снагу Закона о Уставном суду. За *појединачан акт* почетак рока одређен је даном достављања акта донетог по последњем исцрпљеном правном средству. За *радњу* је почетак рока дан предузимања или престанка радње, а рок се рачуна од дана сазнања подносиоца уставне жалбе о предузимању или престанку радње. За *пропуштену радњу* рок се рачуна у сваком конкретном случају, зависно од понашања органа и подносиоца уставне жалбе;

- подношење иницијативе јавном тужиоцу за подизање захтева за заштиту законитости у управном поступку, управном спору, прекршајном поступку и кривичном поступку не сматра се оправданим разлогом за пропуштање рока за изјављивање уставне жалбе;

- у случају да је подносилац уставне жалбе у парничном поступку изјавио захтев за заштиту законитости, рок за подношење уставне жалбе рачунаће се у односу на дан достављања одлуке суда о том правном средству;

- уколико је уставна жалба изјављена против решења Врховног суда о одбацивању ревизије или одлуке по захтеву за заштиту законитости, као и против одлука које су претходиле изјављивању ових ванредних правних средстава, Уставни суд може мериторно одлучивати само о одлуци донетој поводом изјављеног ванредног правног средства, док ће уставну жалбу у делу у коме се оспоравају одлуке нижестепених судова одбацити као неблаговремену (ако је поднета по протеку рока утврђеног Законом), или недопуштену (ако су оспорени акти донети пре Устава);

- Суд ће од подносиоца уставне жалбе затражити отклањање недостатака у уставној жалби само уколико је она допуштена и благовремена.

Уставна жалба се може изјавити када су исцрпљена последња правна средства и то:

- *у управном поступку*, доношењем одлуке по тужби, доношењем одлуке по жалби против одлуке у управном спору (уколико је жалба дозвољена) или по захтеву за ванредно преиспитивање судске одлуке. А ако је искључена могућност управног спора, доношењем одлуке по жалби против појединачног акта донетог у управном поступку сматраће се да је исцрпљено последње правно средство пре изјављивања уставне жалбе;

- *у прекршајном поступку*, доношењем одлуке по жалби на првостепену одлуку, односно одлуке по захтеву за ванредно преиспитивање правоснажног решења о прекршају (уколико је дозвољен);

- *у кривичном поступку*, доношењем одлуке по жалби на првостепену, односно другостепену пресуду, или по жалби на решење;

- *у поступку за привредне преступе*, доношењем одлуке по жалби на првостепену одлуку суда;

- *у парничном и ванпарничном поступку*, доношењем пресуде по ревизији. У случајевима када ревизија законом није дозвољена, доношењем одлуке по жалби на пресуду или жалби на решење сматраће се да је исцрпљено последње правно средство пре изјављивања уставне жалбе;

- *извршном поступку*, доношењем одлуке по жалби, односно приговору;

- поред случајева исцрпљености правних средстава, Уставни суд ће одлучивати о уставној жалби кад је искључено право на судску заштиту или када нису обезбеђена (предвиђена) друга правна средства.

Обавезна садржина уставне жалбе:

- елементи уставне жалбе утврђени су чл. 85 Закона о Уставном суду. У случају недостатка било ког елемента подносилац ће бити обавештен и позван да у одређеном року отклони недостатак, уз упозорење о одбацивању.

Достављање уставне жалбе трећем лицу:

- уставна жалба се може доставити трећем (заинтересованом) лицу на изјашњење у одређеном року, уколико је то од значаја за исправно поступање и одлучивање о уставној жалби или од значаја за одлагање извршења појединачног акта против кога је изјављена уставна жалба.

Одлука о уставној жалби:

- Уставни суд је, у погледу утврђивања повреде или ускраћивања права или слободе, „везан“ захтевом из уставне жалбе и приликом одлучивања креће се у границама постављеног захтева (за разлику од поступка оцене уставности и законитости, *нап. С.О*);

- *усвајање уставне жалбе* – када Уставни суд утврди да је оспореним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена конкретном одредбом Устава, може да поништи појединачни акт, забрани даље вршење или нареди вршење одређене радње и може одредити да се уклоне штетне последице у одређеном року (на пример, повраћај у пређашње стање, накнада штете, објављивање одлуке).

- *изрека одлуке о усвајању* уставне жалбе:

- Уставни суд утврђује да је оспореним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена конкретном одредбом Устава и одређује начин правичног задовољења;

- ако се на други начин не могу отклонити штетне последице, Суд поништава појединачни акт и предмет враћа на поновни поступак и одлучивање, а може и да одреди доношење новог акта и наложи окончање поступка у најкраћем могућем року;

- посебно се утврђује да ли је одлука Суда основ за накнаду штете;

- када се утврђује повреда права на суђење у разумном року може се утврдити да подносилац уставне жалбе има право на примерену

накнаду штете и може се наложити окончање поступка у најкраћем могућем року.

Поступак по уставној жалби и оцена уставности и законитости:

- у поступку по уставној жалби могуће је истаћи захтев за оцену уставности и законитости општег акта чијом је применом евентуално повређено Уставом гарантовано људско или мањинско право и слобода;

- Суд ће:

- подносиоца уставне жалбе упутити на покретање посебног поступка за оцену уставности и законитости општег акта, ако се уставна жалба одбацује;

- у образложењу одлуке оценити да је неоснован захтев за оцену уставности и законитости, ако се уставна жалба одбија;

- застати са поступком одлучивања по уставној жалби и покренути поступак оцене уставности и законитости општег акта ако постоји разумна сумња у његову уставност и законитост општег акта.

3.3. Пракса Уставног суда

За разлику од одлука Уставног суда које се обавезно објављују у „Службеном гласнику РС“, одлука о уставној жалби се може објавити ако је од ширег значаја за заштиту уставности и законитости.[29]

Унутар одредбе да су одлуке Уставног суда општеобавезујуће, односно да делују према свима (*erga omnes*), правило је да одлука о уставној жалби има дејство у односу на странке у поступку (*inter partes*). Међутим, одлука о уставној жалби може имати и проширено дејство, према трећим лицима која се налазе у истој правној ситуацији.[30]

[29] Пракса Уставног суда, Уж-3456/2016 од 21. марта 2019. године – објављивање одлуке по уставној жалби. Из образложења: „Суд је, сагласно одредби члана 49. став 2. Закона о Уставном суду, одлучио да ову одлуку објави у „Службеном гласнику Републике Србије“ због значаја за заштиту уставности и законитости и људских права (...)“.

[30] Пракса Уставног суда, Уж-2486/2017 од 26. децембра 2019. године – проширено дејство одлуке којој је претходио парнични поступак. „Ова одлука има правно дејство и према С. П, сагласно одредби члана 87. Закона о Уставном суду“ (тач. 3 изреке). Из образложења: „Како је оспореном другостепеном пресудом и тужиља за главно мешање – противтужена С. П, која у спорном стану живи од свог рођења (...) обавезана да се исели из тог стана, из суштински истих правних разлога као и подноситељка уставне жалбе, а узимајући у обзир и правну природу и међусобну условљеност и конекситет предметних тужбених и противтужбених захтева, Уставни суд је, сагласно одредби члана 87. Закона о Уставном суду, утврдио да ова одлука има правно

Уставни суд је посредно заштитио рок за изјављивање жалбе прописан Законом.[31] По схватању Уставног суда, одређивањем рокова у судским и свим другим поступцима, који обухватају и поступак по уставној жалби, обезбеђује се уставноправна сигурност учесника у поступку, односно правна сигурност свих оних на које се односе акти који се уставном жалбом оспоравају.[32]

Одлука Уставног суда којом је практично проширио своју надлежност, а која је од суштинске важности за одлучивање о уставној жалби, донета је 2013. године. Њоме је омогућена уставносудска контрола и поништавање одлука судова опште и посебне надлежности. Том одлуком, донетом у поступку покренутом по сопственој иницијативи (иницијативи свог сталног радног тела, Комисије за праћење остваривања уставности и законитости**)** за шта је потребна најмање двотрећинска већина уставних судија, Уставни суд је касирао одредбу Закона која је онемогућавала контролу судских одлука по поднетим уставним жалбама.

Суд је у поступку решењем ИУз-97/2012 од 12. јула 2012. године, утврдио да одредба чл. 89, ст. 2 Закона о Уставном суду[33] у делу који гласи: „осим судске одлуке“, није у сагласности с Уставом.

Одредбама члана 33 Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду,[34] донетог у децембру 2011. године, измењене су одредбе чл. 89, ст. 2 и 3 основног (изворног) текста Закона тако да гласе: „Кад Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт *осим суд-*

дејство и према С. П, која није поднела уставну жалбу, па је, у складу са одредбом члана 89. став 2. Закона о Уставном суду, одлучио као у тачки 3. изреке“.

[31] Пракса Уставног суда, ИУз-1047/2010 од 18. новембра 2010. године. Уставни суд је донео решење којим одбацује захтев за оцењивање уставности одредбе чл. 84, ст. 1 Закона о Уставном суду. Из образложења: иницијатор сматра да се одређивањем рока у коме се може изјавити уставна жалба, будући да „судови нису у обавези да у правној поуци укажу на право на уставну жалбу“, доводи у питање право на правну сигурност у казненом праву зајемчено одредбама чл. 34 Устава. Уставни суд констатује да уставно овлашћење законодавца да уређује поступак пред Уставним судом обухвата и прописивање рокова за предузимање појединих процесних радњи у поступку пред Уставним судом, у конкретном случају одређивање рока за подношење уставне жалбе. Одређивањем рока не ограничава се могућност изјављивања уставне жалбе установљене одредбом члана 170. Устава, јер се уставна жалба, у Законом прописаном року, може изјавити против свих појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења а којима се крше људска и мањинска права и слободе.

[32] *Билтен Уставног суда* 2/2010 (ур. К. Михајловић Андрић), Београд 2013, 86-8.

[33] *Службени гласник РС*, бр. 109/07 и 99/11.

[34] *Службени гласник РС*, бр. 99/11.

ске одлуке, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца“.

Уставни суд је, до ступања на снагу спорне измене и допуне Закона о Уставном суду 4. јануара 2012. године, имао право да поништи оспорене судске одлуке када би утврдио да је оспореном судском одлуком дошло до повреде Уставом зајемченог права.

Предметна одредба Закона несагласана је са Уставом и из следећих разлога:

- уставотворац је установио уставносудску заштиту по начелу да апсолутно акти свих грана власти, на исти начин, подлежу оцени уставности и уставносудској заштити људских права;

- изузимањем судских одлука од могућности изрицања мере поништаја, нарушава се уставни принцип опште и једнаке подложности аката јавне власти уставносудској контроли, односно захтев једнаког дејства одлука Уставног суда;

- у највећем броју случајева одлука органа судске власти је последњи акт у низу чијом се контролом и поништајем може отклонити повреда права, било да је учињена одлуком суда у поступку пружања правне заштите или пропуштањем органа судске власти да својом одлуком отклони повреде права учињене у претходним фазама одлучивања. Отуда, „законско елиминисање судских одлука из домашаја поништавајуће одлуке Уставног суда ускраћује претпоставке за ефективно дејство одлуке Уставног суда у великом броју случајева и обезвређује уставни смисао увођења института уставне жалбе као универзалног правног средства (...)“;

- подвргавање судских одлука уставносудској контроли у поступку по уставној жалби није супротно уставном начелу независности судске власти и другим начелима у вези са судством.

У поступку нормативне контроле и у поступку по уставној жалби право законодавног органа да исправи „своју“ законску норму, како би је довео у склад са Уставом, односно право судске власти да преиспита и коригује властиту одлуку, остају недирнути. „Нити Уставни суд може уместо законодавца дописивати закон, нити уставно правосуђе може, уместо суда, да коначно решава конкретне спорове и преузима његову надлежност“.

Одлука Уставног суда би требало да пружи заштиту основног права и да својим дејством ефикасно отклони његову повреду. Уколико се на овај начин пружена заштита покаже недовољном, могуће је да Уставни суд прошири дејство своје одлуке тако што ће, поред ели-

минације неуставног појединачног акта, одредити и начин правичног задовољења. То значи да корекција појединачног акта није довољна, али је без сумње први и најважнији резултат одлуке Уставног суда којом се утврђује да је појединачним актом повређено људско право. Уколико се ово правно дејство не би признало одлуци Уставног суда, онда би у не тако ретким случајевима уставносудска заштита била теоријска и илузорна. Било би неразумно оставити на снази појединачни акт који вређа права гарантована Уставом, позивајући се на уставну заповест која искључује могућност вансудског преиспитивања судских одлука (уставна одредба чл. 145, ст. 4 „Судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку“, замењена је амандманом IV (2022), одредбом чл. 142, ст. 3 „Судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку, као и Уставни суд у поступку по уставној жалби“, *нап. С.О*).[35]

[35] Шире из образложења одлуке ИУз-97/2012 од 20. децембра 2012. године: „(...) законодавни орган је дужан да пропише и обезбеди не само једнаку подложност уставно-судској контроли свих аката јавне власти, него и једнако дејство одлуке Уставног суда, у виду једнаких овлашћења Уставног суда за изрицање одређене мере.“

„Уставни смисао и циљ уставне жалбе не остварује се самим декларативним утврђивањем постојања повреде права, већ се остварује отклањањем последица које су настале утврђеном повредом уставних права и слобода, без обзира који је државни орган доносилац оспореног акта“.

„Суд сматра да између Уставом утврђене надлежности Уставног суда за поступање по уставним жалбама и законом утврђених надлежности судова опште и посебне надлежности не постоји однос конкуренције нити међусобног искључивања, нити подвргавање судских одлука уставно-судској контроли у поступку по уставној жалби има значење Уставом недопуштене вансудске контроле судских одлука, будући да се свакако не ради о одлучивању 'о истој ствари'. Оба вида правне заштите остварују се у одвојеним и независним поступцима, од стране самосталних и независних органа, са циљем да се, у окриљу Устава, у правном поретку обезбеди целовита заштита права и слобода зајемчених Уставом, за коју је сврху сам Устав, уређујући систем редовне судске и посебне уставно-судске заштите, установио и посебно средство правне заштите у виду уставне жалбе допуштене против појединачних аката и радњи свих државних органа у које неспорно спадају и акти и радње органа судске власти“.“

„Уставни суд сматра да се у односу који карактерише експлицитно уставно установљавање непосредне уставно-судске заштите људских права и слобода, уз истовремено уставно одређење да се судске одлуке заснивају на Уставу (некадашњи чл. 145, став 2, *нап. С.О*), подразумева да се судским одлукама морају поштовати, пре свега, људска права и слободе, као њихово вредносно језгро (...)“. Независност судства и недодирљивост судских одлука важи за законодавну и извршну власт, „чиме је одржано стандардно значење и дејство принципа независности судске власти. Судске одлуке, међутим, нису 'недодирљиве' за оцену да ли су повредиле основна људска права гарантована Уставом“.

„(...) Суд је оценио да изузимање аката судске власти од примене мере поништаја нарушава уставни принцип опште и једнаке подложности аката јавне власти уставно-

4. ПОУСТАВЉЕЊЕ УСТАВНОСУДСКЕ КОНТРОЛЕ СУДСКИХ ПРЕСУДА

Одлучивањем о уставној жалби Уставни суд се наметнуо судској грани власти као стварно виши орган, суд изнад суда. То је последица права Уставног суда да одлуком о усвајању уставне жалбе поништи (касира) судске одлуке. На тај начин Уставни суд практично постаје део судске гране власти и то на месту правног ауторитета највишег, последњег степена, неког „надврховног суда“.[36] Масовно поништавање судских одлука, пре свега због повреде права на правично суђење и суђење у разумном року (уз право на правну сигурност и на једнаку заштиту), ствара, с друге стране, унутар судске власти, једну врсту судијског одијума према Уставном суду, поготово кумулираног у Врховном суду. Тај латентни сукоб[37] подстиче и чињеница да се само нешто више од један посто усвојених уставних жалби не тиче судских одлука.

Изменама Устава од 2022. године Уставном суду је одредбом да „судску одлуку може преиспитивати (...) и Уставни суд у поступку по уставној жалби“ (чл. 142, ст. 4) потврђен тај у пракси најчешћи посао,

---

судској контроли, као и да не постоји уставни основ за законско прописивање различитих овлашћења Уставног суда, односно различитог дејства одлука Уставног суда донетих ради заштите Уставом зајемчених права и слобода, па ни за установљење оних разлика које би се темељиле на врсти оспорених аката, зависно од припадности доносиоца оспореног акта којој од грана власти“.

[36] П. Трифуновић, „Судска одлука и уставна жалба“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3/2009, Београд 2009, 166. Ово би се могло превазићи ако би Уставни суд, задржавајући право оцене уставности судских одлука, имао право само да констатује повреду неког људског права. Та констатација не би била тек декларативни акт, већ основ за понављање судског поступка. *Ibid*., 179. Дарко Симовић наводи пак дилему: непосредна уставносудска заштита уставних права или начело независности судске власти, сматра се превазиђеном „будући да је развој националних механизама заштите људских права такође оспорио догму неприкосновене независности судске власти на националном нивоу“. У том правцу даље констатује да „савремени конституционализам почива на примату људских права у односу на државну власт, па било да је реч и о неполитичкој, судској грани власти“. D. Simović, 22.

[37] Поједини аутори држе да тај уставносудски надзор над судским одлукама није супротстављен надзору унутар „редовног“ судског система, да се ови надзори не искључују већ да су суштински комплементарни. То што се тај уставносудски надзор у пракси не перципира као комплементарност већ као конфликт највише је последица неразумевања природе односа између Уставног суда и судова. V. Petrov, M. Prelić, „Odnos Ustavnog suda i sudova u svetlosti ustavnog nadzora nad sudskim odlukama – analiza prakse Ustavnog suda Srbije“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019, 91–92. О разлозима зашто се сматра да је поништење судских одлука и налагање судовима да поново суде неуставно, незаконито (материјално и процесно) и противно међународном праву, вид. M. Draškić, 115–118.

односно надлежност коју је већ увелико обављао. Овом допуном наведеног члана Устава практично је смањен ниво независности судске власти, чинећи сложено начело судске независности још комплекснијим. Наиме, сада се елементима судске независности попут обавезности судских одлука и немогућности вансудске контроле судских одлука, додаје још једно правило као изузетак у односу на поменуту немогућност вансудске контроле.

Судску одлуку, сада и по слову Устава, може да преиспитује Уставни суд у поступку по уставној жалби.[38] Тиме је исправљена почетна међусобна неусклађеност уставних решења и саме уставносудске праксе, која је давала повод сукобу Врховног (касационог) суда и Уставног суда. Уставни суд је свакако увелико одлучивао о уставним жалбама и поништавао правоснажне судске одлуке, али је с донетим Амандманом престала да постоји недоумица да ли се уставна жалба може поднети и против правоснажне судске одлуке као појединачног акта суда којим се повређују или ускраћују људска права зајемчена Уставом. Додуше, Уставни суд није ни раније, а ни после уставних промена, поступао као виши суд који би својом одлуком заменио одлуку нижег суда (пуна јурисдикција). То је због тога што Уставни суд не испитује законитост судске одлуке – исправност утврђеног чињеничног стања и примене права, па не може ни да донесе одлуку која би заменила судску пресуду. Овде се активност Уставног суда своди на то да испита да ли је суд у конкретном предмету повредио људско право зајемчено Уставом.[39] То је уставно питање на које Уставни суд по поднетој уставној жалби даје одговор. Ако је одговор потврдан, Уставни суд усваја уставну жалбу али не

[38] Као још један облик, условно речено, изузетка од правила да одлука суда не може бити предмет вансудске контроле, Устав предвиђа да се помиловањем или амнестијом изречена казна може, без судске одлуке, опростити у целини или делимично (чл. 142, ст. 5).

[39] У свом решењу Уставни суд наводи да није попут неког инстанционо вишег суда „надлежан да у поступку по уставној жалби, уместо и након редовних судова, оцењује законитост њихових пресуда“, Уж-2849/2010 од 10. марта 2011. године. „Сагласно одредби члана 170. Устава Републике Србије, којом је уставна жалба установљена као посебно и изузетно правно средство за заштиту Уставом зајемчених права и слобода, Уставни суд је у поступку по уставној жалби надлежан једино да испитује постојање повреда или ускраћивања Уставом зајемчених права и слобода, те се стога и наводи уставне жалбе морају заснивати на уставноправним разлозима којима се, са становишта Уставом утврђене садржине означеног уставног права или слободе, поткрепљују тврдње о његовој повреди или ускраћивању. То истовремено значи да Уставни суд није надлежан да, поступајући по уставној жалби, као инстанциони (виши) суд још једном испитује законитост оспорених аката или радњи (...)“, Уж-6855/2013 од 24. септембра 2013. године.

решава судско питање већ омогућава да суд поново одлучи у истом предмету.

Амандманска одредба да „судску одлуку може преиспитивати (...) и Уставни суд у поступку по уставној жалби“ учинила је ову надлежност Уставног суда правно перфектном. Међутим, ово накнадно „поустављење“ уставносудске контроле судских пресуда делује убудуће (*ex nunc*), а Уставни суд је поништавао судске одлуке и пре уставне ревизије (2022. године). До тада није било изричите одредбе о праву Уставног суда да преиспитује (и поништава) судске одлуке а он је то чинио с уверењем да уставни основ за тако шта постоји.

У прилог постојања уставног основа за одлучивање о поништају судске одлуке у предметима уставних жалби стоји један члан Устава и то онај који уређује уставну жалбу. Ту је одређено да се уставна жалба може изјавити против „појединачних аката (...) државних органа (...)“. Судске одлуке имају својство појединачних правних аката јер уређују неку конкретну ситуацију (стање дуга између тужиоца и туженог, на пример)[40], а ноторно је да је суд државни орган. Међутим, не могу све пресуде бити предмет уставне жалбе већ само оне „којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом (...)“. Да ли је реч баш о таквој судској одлуци процениће Уставни суд. На другој страни стајале су тада важеће уставне одредбе о „недодирљивости“ судских одлука: „судске одлуке (...) не могу бити предмет вансудске контроле“ и посебно да „судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд (...)“ (ранији чл. 145, ст. 3 и 4). Језичким тумачењем ових одредби не може се доћи до другачијег закључка него да је и Уставни суд, поред осталих органа власти, био Уставом онемогућен да уопште контролише, речима Устава „преиспитује“, одлуке судова. Међутим, Уставни суд је образлагао да се недодирљивост судских одлука тиче извршне и законодавне а не и уставносудске власти која оцењује да ли су те судске одлуке повредиле људска права гарантована Уставом.[41]

Овај сукоб уставних норми решила је сама реалност тако што је Уставни суд је поступао по уставним жалбама изјављеним против судских одлука и исте по потреби поништавао, потпомогнута навође-

[40] Може се оцењивати уставност појединачних аката: управних аката (којима орган управе решава индивидуалне случајеве) и коначних судских одлука, оба у случају кршења људских права. *Venice Commission, Study on individual access to constitutional justice,* no. 538/2009, 23, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2010)039rev-e* [3. октобар 2023. године].

[41] Вид. напред описану одлуку Уставног суда ІУз-97/2012 о поништењу новеле Закона о Уставном суду којом су из његове контроле изузете судске одлуке.

ном одлуком Суда о неуставности Закона (ИУз-97/2012). То преиспитивање пресуда укоренило се као далеко најучесталија активност Уставног суда. Посредан уставни основ за то је уставно дефинисање уставне жалбе као правног лека против свих појединачних аката, дакле и судских одлука, под условом да се тумачи да је уставна забрана вансудске контроле судских одлука искључена у односу на Уставни суд и да ексклузивно право неког вишег суда да преиспита пресуду обухвата и Уставни суд. Ово стога што је и Уставни суд једна врста суда, додуше својственог, са посебном надлежношћу. Ова аргументација није претерано убедљива, нити се уклапа у европски модел уставног судства са посебним органом, уставним судом (који формацијски може и да буде део судске гране власти, на пример италијански Уставни суд). Дакле, иако се може аргументовати да је пре уставне ревизије по овом питању створена специфична правна празнина, пре бисмо се определили да је постојала неусклађеност између уставних норми које забрањују и оних које посредно допуштају Уставном суду да преиспитује и поништава судске одлуке.

Стварност је показала да је норма коју тумачимо тако да појединачни акти обухватају и судске одлуке (чл. 170 Устава) „победила“ забрану вансудског преиспитивања пресуда (из ранијег чл. 145 Устава). Да ово време (2008-2022. године) пре усвајања амандмана није било неки правни провизоријум у којем су се поништавале судске одлуке од стране несудског органа, Уставног суда, потврђује, рекли бисмо, оформљен уставни обичај. Уставни суд је и без јасног уставног овлашћења поништавао судске одлуке у конкретним случајевима, створивши на тај начин праксу вансудске контроле судова (објективни елемент обичаја) о којој се прећутно створила свест о обавезности (субјективни елемент обичаја). А ако је уставни обичај формиран, онда је искључено постојање правне празнине јер обавезујуће правило, додуше неписано, постоји. Да уставотворац ипак није сматрао да је настао уставни обичај већ да је пре постојала нека врста правне празнине, формално је доказано уставним амандманом који садржи раније недостајућу одредбу о преиспитивању судских одлука – „(...) као и Уставни суд у поступку по уставној жалби“ (вид. чл. 142, ст. 4). Тај амандман пак не мора бити доказ уставотворчевог става да је постојала правна празнина, већ да је практично постојао сукоб уставних норми (чл. 170 и ранијег чл. 145, ст. 3 и 4).

Можемо, као закључак, издвојити три тумачења правног стања до доношења Амандмана, у коме су (правном стању) поништаване судске одлуке од стране Уставног суда – да је настао уставни обичај, да је постојала правна празнина или да се радило о сукобу уставних норми. Ова три погледа не доводе до истих последица по питању пра-

вности те делатности Уставног суда. Ако тумачимо да је Уставни суд својом праксом формирао уставни обичај којим попуњава правну празнину (*praeter constitutionem*) а који је важио до доношења Амандмана, онда је то време ранијег поништавања судских одлука било правно перфектно. А ако тврдимо да је створен уставни обичај али супротан уставној норми (*contra constitutionem*), то јест забрани вансудског преиспитивања судских одлука, онда та делатност Уставног суда није могла бити уставноправно основана. Другачије мишљење – да је постојала правна празнина али да није оформљен уставни обичај, доводи нас такође до закључка да поништавање судских одлука од стране Уставног суда није било уставноправно могуће. Коначно, ако је полазиште да је постојао сукоб уставних норми, а да није реч о правној празнини нити створеном уставном обичају, логично следи закључак да је Уставни суд имао уставноправни основ за поништавање судских одлука ако се приклонимо чл. 170 Устава (појединачан акт), односно да није имао уставни основ ако приоритет дамо некадашњем чл. 145, ст. 3 и 4 Устава (забрана вансудског преиспитивања).

Све ове пре теоријске него дилеме практичне важности заправо примарно указују на несавршеност и недостатке интегралног текста Устава којим, у конкретном случају, није повучена јасна граница (разлика) између судске и уставносудске власти.[42] Накнадно поустављење уставносудске контроле судских одлука, у облику Амандмана, само је један од доказа такве тврдње. У стварности установљена уставносудска заштита људских права добила је тиме и формално покриће илити уставни основ.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Beljanski, Slobodan, „Sud iz senke ili senka od suda“, *Peščanik*, 30. јануар 2020. године, *https://pescanik.net/sud-iz-senke-ili-senka-od-suda/*;
2. Bezbradica, Radovan, „Marginalije o ustavnoj žalbi“, *Pravni informator* 2/2010;
3. Безбрадица, Радован, „Очигледно неоснована уставна жалба“, *Билтен Уставног суда за 2017. годину* (ур. Ј. Ћирић), Београд 2019;

[42] Наводимо став да надлежности Уставног суда и судова у области заштите људских права „по природи ствари, не могу бити прецизно раздвојене“. А ако би такво раздвајање и било могуће, оно не би било у складу са „остваривањем и заштитом неотуђивих људских права на којима почива владавина права (...)“. V. Petrov, M. Prelić, 91.

4. *Билтен Уставног суда* 2/2010 (ур. К. Михајловић Андрић), Београд 2013;
5. *Venice Commission, Study on individual access to constitutional justice*, no. 538/2009, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2010)039rev-e*;
6. Draškić, Marija, „Ustavna žalba u Srbiji: prostor za tenzije između Ustavnog suda i Vrhovnog (kasacionog) suda“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019;
7. Корхец, Тамаш, „Уставна жалба – одбацивање или мериторно одлучивање – недефинисана граница са неколик међаша“, *Билтен Уставног суда за 2019. годину* (ур. Т. Шурлан), Београд 2020;
8. Манојловић Андрић, Катарина, „Поступак и обим испитивања уставне жалбе“, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права 1963-2013* (ур. Б. Ненадић), Београд 2013;
9. Ненадић, Боса, „О неким аспектима односа уставних и редовних судова“, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права* (ур. Б. Ненадић), Београд 2013;
10. Majić, Miodrag, „Da li nam je potreban Ustavni sud?“, *https://misamajic.com/2016/12/25/da-li-nam-je-potreban-ustavni-sud/*;
11. Manojlović Andrić, Katarina, „Odnos Vrhovnog kasacionog suda i Ustavnog suda – konflikt koji i dalje traje“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019;
12. Petrov, Vladan, Prelić, Maja, „Odnos Ustavnog suda i sudova u svetlosti ustavnog nadzora nad sudskim odlukama – analiza prakse Ustavnog suda Srbije“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019;
13. *Преглед рада Уставног суда у 2021. години*, Београд 2022;
14. *Преглед рада Уставног суда у 2022. години*, Београд 2023;
15. Препорука бр. R(94)12 Савета Европе, *https://www.vk.sud.rs/sites/-default/files/attachments/Preporaka%2094%20R.pdf*;
16. Simović, Darko, „Institucionalna fizionomija ustavne žalbe u Republici Srbiji u svetlosti uporednopravnih rešenja“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019;
17. Симовић, Дарко, „Уставна жалба – теоријскоправни оквир“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012;
18. *Ставови Уставног суда – пречишћен текст* (ур. С. Стојковић), Београд 2009;
19. Стојановић, Драган, *Уставно правосуђе – Уставно процесно право*, Ниш 2016;
20. Трифуновић, Предраг, „Судска одлука и уставна жалба“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3/2009, Београд 2009;

21. Ћирић, Јован, „Уставне жалбе у Србији – проблеми великог броја“, *Билтен Уставног суда за 2018. годину* (ур. Т. Шурлан), Београд 2019;
22. Zekavica, Radomir, „Analiza instancionog karaktera odluka Ustavnog suda Republike Srbije u postupku po ustavnoj žalbi“, *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Sarajevo 2019;
23. Шурлан, Тијана, „Примена међународног права у поступцима по уставној жалби Уставног суда Републике Србије“, *Билтен Уставног суда за 2019. годину* (ур. Т. Шурлан), Београд 2020.

Правни прописи и судске одлуке

1. Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011;
2. Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 99/11;
3. Одлука Уставног суда Србије, ИУз-1047/2010 од 18. новембра 2010. године;
4. Одлука Уставног суда Србије, ИУз-1047/2010 од 18. новембра 2010. године;
5. Одлука Уставног суда Србије, ИУз-97/2012 од 20. децембра 2012. године;
6. Одлука Уставног суда Србије, ИУз-97/2012 од 20. децембра 2013. године;
7. Одлука Уставног суда Србије, Уж-2486/2017 од 26. децембра 2019. године;
8. Одлука Уставног суда Србије, Уж-2849/2010 од 10. марта 2011. године;
9. Одлука Уставног суда Србије, Уж-3456/2016 од 21. марта 2019. године;
10. Одлука Уставног суда Србије, Уж-5523/2017 од 2. октобра 2018. године;
11. Одлука Уставног суда Србије, Уж-5523/2017 од 2. октобра 2018. године;
12. Одлука Уставног суда Србије, Уж-6855/2013 од 24. септембра 2013. године;
13. Пресуда Европског суда за људска права „Винчић и други против Србије“ (представка бр. 44698/06 и др.) од 1. децембра 2009. године.

Full Professor Slobodan Orlović, LL.D.

Faculty of Law, University of Novi Sad

ON THE CONSTITUTIONAL APPEAL AND THE CONSTITUTIONAL REGULATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT CONTROL OF COURT DECISIONS IN SERBIA

Summary

The constitutional appeal in Serbia, during fifteen years of practice of the Constitutional Court, has become a common and expected legal remedy. Over time, it began to be seen as a logical continuation of court proceedings in cases where the party (the applicant of the constitutional appeal) is not satisfied with the outcome. This led to a legal conflict and a strained relationship between the Supreme Court, which considered that the Constitutional Court had no legal grounds to annul court decisions, and the Constitutional Court, which did so. In order to overcome this situation, the Law on the Constitutional Court was amended in favor of the judicial authority. However, one section of the Law was also declared unconstitutional (in favor of the Constitutional Court) so that, eventually, with the Constitutional amendment from 2022, the Constitutional Court received a constitutional basis to review (and annul) court decisions.

Key words: *Constitutional appeal; Constitutinal Court; Court decisions; Serbia; Constitutiona*.

UDC/УДК 342.728
342.565.2
341.645
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Full Professor Goran Marković, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

FREEDOM OF ASSOCIATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS

The European Court of Human Rights case law regarding the protection of freedom of association is rich. The Court has issued numerous judgments confirming or challenging the decisions of national authorities on the ban of associations' activities. This paper focuses solely on the ban on political parties, considering their significance in public life. I analysed the Court's reasoning in order to understand its decision-making motives, keeping in mind the fact that the Court's decisions significantly impact the protection of human rights. Additionally, I paid attention to the issue of ideological and political approaches in decision-making and the (non)existence of mechanisms to prevent the influence of ideology and politics on the Court's decisions.

Key words: Languages of law; Doctrinal study of law; Ius/lex; Rules/norms; Conceptualisation; Systemicity.

1. INTRODUCTION

Freedom of association is one of the basic human rights. It is guaranteed by the national constitutions and the international instruments for protecting human rights, including the European Convention for Human Rights (ECHR; Convention). Freedom of association is a precondition of the (efficient) fulfilment of numerous human rights. It started its constitutional and practical existence as a political right since it had to guarantee the citizens' political participation in public life. However, since new human rights were guaranteed in the economic, social, and cultural spheres the freedom of association became indispensable for their fulfilment.

Goran Marković, *goran.markovic@pravni.ues.rs.ba.*

Therefore, the freedom of association is political in the widest possible sense. It is not necessary only for the fulfilment of political democracy but for a guarantee of human subjectivity in other areas of social life (for example, in the economic and cultural spheres).

One of the basic issues concerning the freedom of association is its content and consequently its protection by the courts. Does the freedom of association have to be absolute? If the answer is negative, another tough dilemma arises: what are the cases in which it is acceptable to limit this freedom? If there are limits, they have to be prescribed exclusively by a constitution. However, since the constitutional provisions are general and can't regulate all possible concrete situations in which this freedom can or should be limited, the dilemma arises regarding how to define acceptable limitations. It is easy to say that they should not be too strict or too wide. The constitution framer has to match the point in the sense that the freedom of association should not be guaranteed to the enemies of freedom and democracy while at the same time, it should not be defined so strictly as to be guaranteed only to those who advocate the existing social order or political regime. New dilemmas arise: who has the "sacred" right to judge whether a subject is an enemy of freedom and democracy; what are the activities which jeopardize freedom and democracy; is it enough to judge the enemies of freedom and democracy only according to their ideologies and political programs or the practical activities should be exclusively judged as contrary to the sense and nature of the freedom of association?[1]

The national courts and the European Court for Human Rights (ECtHR; Court) have rich practices in protecting the freedom of association. Many answers to previously defined dilemmas can be found in these practices. It is very important how to understand the freedom of association and to interpret the constitutional provisions on it. The practice undoubtedly helps one to understand this. On the other hand, the courts' practice opens new dilemmas. The judges are only humans, with their interests, social belonging and roots in different social groups, ideological and political positions and prejudices. Therefore, it is not possible to expect the judges to be as independent and objective as it is necessary in some politically sensitive cases. This is why one has to be cautious when analyzing the courts' decisions on the freedom of association. For example, if an organization were defined as undemocratic by a court, its freedom of association could easily be neglected. The question would be what arguments would be used by a court – an organization's ideological and political positions and/or its practical political functioning. Another question is how

[1] Between 1945 and 2015, in 20 European countries considered democratic, 50 political parties were banned. – A. Bourne, „Party Bans and Populism in Europe", *Verfassungsblog On Matters Constitutional*, *https://verfassungsblog.de/party-bans-and-populism-in-europe/*

they would be understood. While practical political functioning could relatively easily be evaluated as democratic or undemocratic (although this is not an easy task), the problems with ideological and political positions estimated as undemocratic could be very hard to solve. However, the courts' practice is an important source for theoretical analysis and generalization.

In this paper, we analyze a part of the Court's extensive case law, in which the Court has formulated all fundamental issues related to the ban of political organizations. The focus of the analysis is, therefore, the Court's case law concerning the freedom of association of political parties. The case law is quite extensive, although certain fundamental positions that the Court adopted in earlier cases are repeated in the judgments analyzed. Therefore, we did not analyze all the judgments but only those we considered important due to the issues the Court addressed and the positions it took.

2. FREEDOM OF ASSOCIATION FOR ALL?

The first question is how the freedom of association has to be defined. Surely, it should not be limited only to the political sphere since there is a need to make associations in different spheres of social life. The question is whether it should be an absolute freedom in the sense that everyone has the right to exercise it in all circumstances regardless of the aims and activities of an association. If the issue were to be solved this way, there would be no dilemma for the subjects having this freedom since all the subjects would have it guaranteed. Additionally, the dilemma of whether freedom should be guaranteed to the enemies of freedom would no longer exist. There would also be no dilemma on the issue of who an enemy of freedom is and what freedom means.

In theory, there is discussion about anti-system parties, which, in certain cases, are subject to prohibition. These are parties that question the legitimacy of the system, or the system itself. According to Sartori, they are not an opposition on specific issues but a principled opposition. They do not challenge individual policies but oppose the system as a whole. For the system, it may or may not be most effective to defend itself from such parties by banning them. This approach can be doubly harmful or dangerous. First, if an anti-system party enjoys significant support from the electorate, banning it may be counterproductive for the system itself., i.e. for its legitimacy Second, the fact that a party is anti-system does not, in itself, mean it should be banned. A ban may be justified in exceptional, narrowly

interpreted cases, to protect freedom of association in the vast majority of cases.[2]

Generally speaking, the freedom of association is not absolute. Some constitutions do not explicitly regulate this issue neither limiting nor giving it absolute character. That is the case with the Austrian Constitution, which provides in Article 10 that the Federation has legislative and executive powers, among other issues, regarding the right of association. It has not been prescribed whether it has the authority to limit this right. Moreover, if it has this authority, it should be explicitly prescribed by the Constitution since the state should not have the authority to grant and limit human rights without previous constitutional regulations of the cases when their limitations are acceptable.

The Constitution of Belgium provides in Article 27 that the freedom of association cannot be subjected to any preventative measure. Implicitly, it means this freedom can be limited in some circumstances although the Constitution does not give any ground for the answer when it would be justified and constitutional. The Constitution only forbids preventative measures which is still insufficiently clear. The unconstitutional acting of an association which deserves to be forbidden can be done only after an association is organised according to the freedom of association. It is impossible to claim that the actions of an association will be unconstitutional and that they have to be limited or even prohibited despite the freedom of association. It has to be seen if its actions will be such. In that sense, preventative measures have to be constitutionally prohibited.

Another issue is problematic. What about the programmatic goals of an association? Can the prohibition of the very existence of an association be justified only by its ideology or program? The Constitution does not answer this question although it seems that it could not be possible. Namely, if an authority estimates that an association has to be prohibited since its existence, regarding its stated goals, would be unconstitutional, a preventative measure would be taken not for an association's unconstitutional acting but for its unconstitutional goals.

The Constitution of Croatia explicitly prescribes cases in which the freedom of association can be limited. Article 43 (2) prescribes that it will be in the cases of violent threat to the democratic constitutional order and independence, unity and territorial integrity. These cases have been rela-

[2] In Israel, a distinction has been made between anti-state (disloyal) parties, which should not be allowed to participate in elections, and anti-democratic parties, which must be allowed to participate.– See: D. Gordon, „Limits on Extremist Political Parties: A Comparison of Israeli Jurisprudence with that of the United States and West Germany", *Hastings International and Comparative Law Review* Vol. 10, No. 2/1987, 347–348.

tively precisely defined. It is not easy to interpret them as to claim that their purpose is to unjustifiably limit the freedom of association. However, a political and ideological approach to interpretation is possible. For example, when does the violent threat to the democratic constitutional order exist? Some circumstances in which such a threat exists can easily be identified. Some other circumstances cannot or at least cannot easily be identified as a violent threat although relevant institutions can claim that such a threat exists. Suppose a mass general strike or a political demonstration shakes a government or a whole system. In that case, one may say that such circumstances threaten the constitutional order although we disagree with such an interpretation. These circumstances can pose a threat to the system although not necessarily a violent threat. However, a relevant institution may find that an association, organizing or leading a strike or a demonstration, intends to violently overthrow a regime or a system even if this event is not or is not predominantly a violent one, and even if the intention for violent overthrow cannot be proved.

Article 78 of the Constitution of Denmark is more detailed and more problematic than the previous one. It prescribes that "Associations employing violence, or aiming at attaining their object by violence, by instigation to violence, or by similar punishable influence on people of other views, shall be dissolved". This provision can be ideologically interpreted. Such an approach may limit the freedom of association. Take as an example a part of the provision that an association aims to attain its objective by violence. This provision is necessary and therefore justified if it has to be used to limit the freedom of those associations which advocate the direct use of violence for their purposes. However, what about an association which claims that it would use violence only if pushed by a violent and therefore unconstitutional behaviour of state institutions? Or, what about an association which does not advocate violence but which in theory develops a thesis that a radical social change is not possible or is hardly possible by peaceful means? A court or another institution may claim that this association aims to reach its objectives by violence. There is no answer to this dilemma which will be acceptable and obvious to all. While some jurists will try to interpret this constitutional provision using the legal method of interpretation, others will employ political and philosophical approaches.[3]

It is considerably similar to the Constitution of Estonia, which prescribes in Article 48 that the organizations, trade unions, and political parties "whose aims or activities are directed at changing the constitutional order of Estonia by force" are prohibited. At first sight, this provision is

[3] What these approaches mean, I shall explain using one of the first cases after World War II, the case against the Communist Party of Germany in 1956.

clear and justified. It does not limit the freedom of association beyond justified cause since the state protects its constitutional order this way. If an association openly advocates violence or takes steps in that direction, it is not hard to decide to prohibit it. Again, the problem may arise with the real intention of an authority interpreting the constitutional provision, i.e., whether an association in a concrete case aims at violently changing the constitutional order. What does the violent change mean and when does it exist? It is not only a practical question but a philosophical one as well. It is one thing if an association explicitly and for all imaginable circumstances advocates a violent change of the constitutional order. In that case, a violent change of the constitutional order is an indispensable part of an association's nature, ideology, and philosophy. It is another thing if an association does not advocate a violent change of the constitutional order but only understands such a change as a possibility triggered by unconstitutional acts of a falling regime. In other words, what if an association theoretically understands that social change is not an ideal course of events since either a political regime or opposition can decide to use violence for its purposes? In such circumstances, one cannot argue that an association advocates a violent change of the constitutional order. The violent overthrow of a regime or a system is not its aim. It only declares its understanding of a violent political and social struggle as possible or even indispensable although not desirable outcome.

The Constitution of Italy stipulates in Article 18 that "citizens have the right to form associations freely and without authorisation for those ends that are not forbidden by criminal law".[4] At first sight, the provision gives practically unlimited freedom of association since it seems obvious that no one can expect to have activities prohibited by criminal law. In "normal", ordinary political circumstances the state probably will not prohibit the activities of any association except for the one which explicitly advocates for violent change of a regime or a system. However, the aims forbidden by criminal law may be changed by ordinary law whenever a parliamentary majority finds it necessary. It may decide to prohibit activities that have been legal until then not only because they become harmful to society but also because a parliamentary majority may make them illegal for political purposes. In other words, such activities have become harmful to a regime or a system.

The Constitution of the Netherlands prescribes in Article 8 that the freedom of association may be restricted in the interest of public order. This is a widely defined legal basis to limit the freedom of association. The authority may use discretionary power to conclude that an association

[4] The Constitution of Portugal contains similar provision in its Article 46.

threatens the public order with its aims or activities. Although the notion of public order was often used in theoretical works and legal acts, it is nevertheless wide and relatively unprecise. It is impossible to precisely define by a constitution or a law when the public order has to be protected restricting the existence of an association. Since an authority decides on a restriction, it interprets the meaning of the notion of the public order and gives it content which it finds appropriate. One may doubt if an interpretation would be predominantly legal or political.

The Constitution of Poland opens still more space for a political approach to the issue in its Article 58. It prescribes that associations whose purposes or activities contradict the Constitution or statutes will be prohibited. The question is what it means that purposes and activities contradict the Constitution or a statute. It is not prescribed explicitly that only violent purposes and actions are prohibited. One may argue that this was the intention of the Constitution-maker although there are no firm proofs that it is the case. On the contrary, an authority may decide to prohibit an association for a reason potentially dangerous and contrary to the Constitution or a statute.

The Romanian Constitution goes even further in its Article 40. It prescribes that the organizations which militate, among other things, against political pluralism and the rule of law shall be unconstitutional. Again, this provision looks acceptable, with no possible objections or doubts. Indeed, who could advocate against a provision protecting the principle of the rule of law or political pluralism? However, the important question is how one understands the principle of the rule of law. One may take for example the principle of the unity of powers as a counter principle to the principle of the separation of powers. Usually, the separation of powers is understood as one of the inseparable elements of the principle of the rule of law. What if an organization advocates the principle of the unity of powers as the opposite of the separation of powers? What if organization thinks that the balance between legislative and executive powers is not a good solution and that the legislative power should have the upper hand? One may take another example as well. The guarantee of the property right is usually understood as one of the elements of the rule of law. What if an organization finds out that the property right has to be limited and regulated by a constitution and a statute exactly for the purpose of guarantee of some more fundamental principles and human rights than the property right is? In other words, does this constitutional provision mean that an authority may define the principle of the rule of law using its discretionary power, i.e., employing its philosophical attitudes on the issue of the rule of law? In our opinion, this should not be the case. If an authority has this discretionary power, it could use it to shape a constitutional order according to its

philosophical and ideological attitudes rather than to the real political wishes of the electorate as a formal bearer of sovereignty.

The Constitution of Serbia prescribes in Article 55 that "Constitutional Court may ban only such associations the activity of which is aimed at violent overthrow of constitutional order, violation of guaranteed human or minority rights, or inciting of racial, national and religious hatred". This constitutional provision sounds clear and understandable. However, it may cause misunderstandings and different interpretations in a few cases before the Constitutional Court.

The Constitution of Slovenia prescribes in Article 42 that the freedom of association may be restricted where required for national security and public safety or in the cases of spreading infectious diseases. Who decides if national security is endangered? Still, more importantly, what are the prerequisites for making such a decision? The Constitution does not answer these important questions. It would be natural for the Constitutional Court to decide if national security or public safety is endangered. Since the freedom of association is guaranteed by the Constitution, and the task of the Constitutional Court is to interpret and protect it, it is the Court's task to decide whether this freedom has to be restricted in a particular case. Two problems occur here. The first one is connected with the problem of the legitimacy of the Constitutional Court to decide if the conditions exist for the prohibition of an association. While the Court has sufficient knowledge and authority to decide this issue, the dilemma is whether it should have the right to do so. In other words, the problem is whether it has legitimacy for fulfilling this task. Since the judges do not have the legitimacy earned at the direct election, their right to decide this issue has to be restricted and tightly defined.

Another question is under what conditions the Constitutional Court makes its decision. Does it have any guidelines? The answer is that the conditions have not been defined and that there are no guidelines. This is potentially a dangerous situation since the Court has almost unlimited authority to decide if the conditions for restriction of the freedom of association exist. To sum up, the situation is as follows: an essentially illegitimate institution with no limitations and guidelines may restrict one of the basic freedoms.

Now I can make some general remarks on the constitutional provisions. Some constitutions guarantee the freedom of association in the most general way, with only one the most general provision. This means that such constitutions neither define the content of the freedom of association nor its limitations. Such an approach may be interpreted in two opposite ways. The first approach is based on the opinion that the freedom of association is absolute since there is no constitutional basis for its restriction.

Therefore, this freedom may not be restricted since any restriction has to have an explicit constitutional foundation. The freedoms may be restricted by a statute only when there are explicit constitutional foundations for the restriction. Freedoms are so important for a human and society that they cannot be restricted whenever state power finds it appropriate but only when there is a constitutional basis for that.

The opposite approach is based on the opinion that it is impossible to conclude anything about the constitution-maker's attitude on the content of the freedom of association, i.e., his attitude on the freedom of association has to be absolute. Therefore, the legislative body may regulate the freedom of association as it wishes, i.e., as it finds appropriate and necessary. It means that the freedom of association may be restricted since the Constitution does not explicitly prescribe that it is and that it should be absolute.

Another group comprises constitutions that explicitly define the freedom of association as relative. In other words, they define conditions which allow for the restriction of this freedom. Although it is important who decides on the restriction of the freedom of association, it is not the most important issue. Since the parliament is a legislator, it should decide on the restriction, i.e., it is the sole institution with the power to impose the restrictions. This authority should not be given to the government let alone the head of state since neither of these institutions has the democratic legitimacy for such a decision. Moreover, the head of state is an individual institution and it would be exposed to tremendous temptation to misuse his/her power.

However, the most important issue is how the parliament defines the restrictions on the freedom of association. In other words, do the legal or ideological considerations prevail? It would be better if the former would prevail. In that case, the ideological and political reasons and interests would be limited. However, even if the legal considerations prevail, it is still unclear what their content is, and how the parliament reaches them.

Since the parliament is a political institution, political and ideological considerations inevitably prevail when the restriction on the freedom of association has to be prescribed. Members of Parliament are political leaders and primarily focus on their ideological positions and political interests. Moreover, few MPs are legal professionals who could approach the issue of limiting freedom of association as experts, even if they want to give priority to legal over political criteria and considerations. Constitutional norms are general and contain legal standards. By nature, legal standards can and must be fulfilled with different content, depending on the range of specific circumstances. One of those circumstances is who defines and interprets them. Two institutions do this – the parliament and the constitutional court. Both do so by interpretation of the constitution.

The parliament interprets the constitution when passing laws, as it attempts to understand the intention of the constitution framers regarding the definition of freedom of association and the cases in which it can be limited. Although the constitution should define the cases in which freedom of association can be limited, these are never elaborated in detail. There is a need for them to be more thoroughly regulated by law. This creates a certain freedom for the parliament to interpret what the framers intended regarding the limitation of freedom of association. There is no doubt that MPs because they are political figures unskilled in legal interpretation, inevitably give priority to ideological and political arguments when interpreting constitutional norms.

The constitutional court should be able to provide a legal, expert, theoretically grounded interpretation of the constitutional norm and determine the framers' intentions when prescribing freedom of association and its possible limitations. The question is, however, whether constitutional court judges have the necessary knowledge to resolve these dilemmas and whether they possess the professional integrity that makes them independent of political elites. This question cannot be answered uniformly for all constitutional courts at all times. The more difficult question is how to prevent ideological-political views from decisively influencing the interpretation that judges provide, even when there is no pressure on them. There are no guarantees that judges will be able to think without the influence of their ideological-political commitments. It's not about the judges' formal party affiliations, which certainly do not exist. Even though they are not party figures, judges have political views and an ideology which they likely adopted long before they were appointed to the constitutional court. These views and ideologies influence the formation of their opinions on certain issues, especially if they have an ideological and political basis.

Article 11 of the Convention protects freedom of association. However, it is not absolute, as there are conditions under which it can be restricted: 1) if prescribed by law; 2) if necessary in a democratic society; 3) if required by national security, public safety, the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, or the protection of the rights of others.

Although the freedom of association is not explicitly guaranteed to political parties by the Convention, the Court has taken the position that political parties are also included in the Convention's norms. There is no doubt that political parties are a form of association, a type of organization, and it is a civilizational achievement to consider that political parties, as a form of association, are equal to other associations in terms of protecting this human right.

The conditions under which it is permitted to restrict or deny freedom of association are defined relatively broadly. The drafters of the Convention have thus left wide discretionary powers to the Court to assess whether the restriction or denial of freedom of association is justified. We will see that the Court regularly refers to these conditions for restricting freedom of association in its judgments and examines whether they are met in each specific case. However, this does not solve the problem of the excessive freedom that the Court has and uses in this process. Such freedom creates the possibility, which the Court does not necessarily have to use, for a subjective, ideological approach when making decisions.

3. IS POLITICAL IDEOLOGY IMPORTANT?

3.1. The first case. The ban of the Communist Party of Germany

One of the first cases addressed by the European Commission of Human Rights (hereinafter: the Commission) in 1957 was the case of *KPD v. FR Germany* (*Communist Party of Germany v. Federal Republic of Germany*). The Commission opted for a typical ideological approach in making its decision, by which the KPD's application was dismissed as inadmissible. The Commission found that, based on Article 17 of the Convention, no one can use rights to undermine the rights of others and therefore there was no legal basis to enter into the merits or to rule on whether there was a violation of Articles 9, 10, and 11 of the Convention.

The Commission made the decision of inadmissibility based on an analysis of the concept of the dictatorship of the proletariat, which was one of the fundamental tenets of KPD's ideology. Since it considered that the concept of the dictatorship of the proletariat leads to the establishment of a totalitarian order, which involves the violation of human rights, the advocacy of this concept was, for the Commission, incompatible with the democratic character of society and the exercise of freedom of association. In other words, the Commission was guided by the understanding that there is no freedom for the enemies of freedom. Consequently, the decision of the German Federal Constitutional Court, which outlawed the KPD, and then the Commission's decision, did not violate the freedoms guaranteed by Articles 9 to 11 of the Convention but rather protected them from those (KPD) who would use those freedoms to abolish them for their opponents. Furthermore, the Commission found it sufficient to refer to Article 17 of the Convention, which stipulates that no state, group, or individual may engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms outlined in the Convention, or their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.

This approach, however, has to be criticized. The Commission started from the provisions of the aforementioned articles of the Convention, according to which the mentioned rights may be limited by the state, under the conditions provided by the Convention. There is no doubt that the legal basis for restricting freedom of association by the Commission existed. The question arises, however, whether the Commission, by invoking this legal basis, used legal or ideological arguments for its decision. In other words, was it guided by legal or ideological criteria? By all accounts, it was guided by ideological criteria. Namely, it accepted the approach of the German Federal Constitutional Court, which delved into the analysis of the idea of the dictatorship of the proletariat. The Communist Party was defined as a totalitarian movement that should be prevented from using the principles contained in the Convention to further its interests.

To avoid any confusion, the issue was not that the KPD might have advocated achieving its goals through violent means or unconstitutional methods. The Commission stressed that, even if the KPD were prepared to use only the constitutional means of political struggle available to it under the Basic Law of Germany, it would still be justified to ban it because its ideological and programmatic goals are contrary to the democratic principles of the Basic Law. In other words, the problem lies in the ideology itself. The problem was not in the methods the KPD intended to use to achieve its aims.

The Commission believed that the dictatorship of the proletariat implied the abolition of numerous human rights and freedoms guaranteed by the Convention. Since this was not explicitly stated in the programmatic documents of the KPD, the Commission had to resort to its interpretation of the concept of the dictatorship of the proletariat. A "clear" situation would have existed if the Commission had based its opinion on the official documents of the KPD. Even the theoretical works of individual members, or even leaders of the KPD, could not serve as a reliable source of valid evidence, since the views of any individual are not necessarily the official views of an organization. From what has been said so far, we see that the Commission did not have evidence for its claims because the KPD did not advocate the abolition of human rights in its program or other documents, nor did it provide any practical reasons for such a conclusion. Moreover, it participated in elections and, until 1956, was a parliamentary party, at the federal level or at least at the level of federal units.

In its brief decision, the Commission did not even attempt to explain what in the concept of the dictatorship of the proletariat was contrary to the human rights contained in the Convention. Therefore, one is left to believe the Commission's claim that the dictatorship of the proletariat is contrary to the Convention, even though no arguments were presented to support

this opinion, despite it being the foundation of the decision made by the Commission.[5]

The Federal Constitutional Court of Germany was more meticulous in this regard.[67] It sought to prove its position that the existence of the KPD was contrary to Article 21, Paragraph 2 of the Basic Law of Germany,[8] based on which this party was to be banned.[9] As it has been justifiably highlighted in literature, the court could not avoid questions of political philosophy.[10] The interpretation of Article 21, Paragraph 2 had to be carried out precisely based on political and philosophical premises. The constitution-maker intended to introduce political (and party) pluralism, but at the same time wished to protect the (social and political) order that was constitutionally established. This idea or intention is not problematic because it can be assumed that organizations aiming to abolish the democratic order will appear. However, even at this point, the Federal Constitutional Court faced a fundamental problem that, in our view, it did not resolve adequately. The fundamental question is when an organization can and should be considered to threaten the democratic order established by the constitution. Is it sufficient to argue that this organization, through its program or ideology contradicts to the constitutionally established order? I believe it is not. If that were enough, the competent authority (e.g., the constitutional court) could simply declare the ideology of the organization

[5] For comparison, when the Turkish government sought to ban the Socialist Party, partly because it advocated for the dictatorship of the proletariat, the Constitutional Court did not find the ban justified. This was because the Court did not find anything in the party's program that would indicate a violation of democratic constitutional principles.

[6] In theory, it has been argued that the Court's decisions on banning political parties are evidence of how the government can use it for political purposes. – D. P. Kommers, „The Federal Constitutional Court in the German Political System", *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 4/1994, 473.

In this paper, I deliberately do not address the Court's second decision from 1952, which banned the activities of the neo-Nazi party called the Socialist Reich Party. This party, founded in 1949 and having around 10,000 members, was openly Nazi, and such an ideology is notoriously anti-democratic. There have never been disputes about this in either theory or practical politics. Neither Nazi ideologues nor politicians ever contested their hatred of democracy, regardless of whether democracy is understood in a liberal or socialist sense.

[7] The court was evidently guided by the idea of militant democracy. – About the concept, see: B. Low, "The Centre Cannot Hold: Reflections on Militant Democracy in Germany", *Trinity College Law Review*, Vol. 21/2018, 136–158.

[8] The provision from the mentioned ruling stipulates that political parties whose goals or actions of their followers aim to destroy the free democratic order or threaten the existence of the Federal Republic of Germany will be deemed unconstitutional.

[9] In theory, it is justified to highlight the view that the Court's decision in the *KPD v. Germany* case was used to pursue Cold War politics. – D. P. Kommers, 473.

[10] E. McWhinney, 301.

unconstitutional, i.e., contrary to the constitutional principles of the democratic order. The fate of the organization, or the possibility of exercising freedom of association, depends on how a few people, i.e., the majority of the constitutional court judges, understand the ideology of that organization and whether they consider it contrary to the democratic principles of the constitution.

This raises another question: what right do a few people have to authoritatively interpret what democracy is, or how to interpret democratic constitutional principles? The answer to this question is clear: they have this right based on the constitution itself, which authorized them to interpret the constitution, including its fundamental principles. Although this answer is clear and, at first glance, unquestionable, systemic tensions and contradictions are found within it. Firstly, the constitution-maker established a system in which a few people have the right to interpret the constitution without the possibility of appeal, even though the legitimacy of these people is extremely limited. Even if an organization enjoys undeniable support from a sufficient number of voters to enter parliament, and even to influence the formation of the government, constitutional judges can declare it unconstitutional simply because they believe its ideology is unconstitutional. This functioning of the system, to say the least, suffers from a lack of any democratic legitimacy and sense.

Moreover, the question of objectivity and competence for such interpretation arises. Constitutional court judges have their ideological beliefs. These can even be very pronounced, especially considering that their appointment is never free from political considerations and calculations. The judges of the Federal Constitutional Court of Germany were anti-communists, regardless of their closer ideological beliefs, because in Germany at that time, anti-communism was a common characteristic of both Christian Democrats and Social Democrats. Therefore, when deciding on the ban of a communist party, judges could not, even if they wanted to, avoid considerations based on their ideological positions.

The judges are neither political scientists nor philosophers, but rather lawyers. There is no evidence that they know much about specific ideologies or the concepts that are part of those ideologies. They may be familiar with them to some extent, but it is also possible that their knowledge is limited to what they learned in university or read in the press. Take, for example, the concept of the dictatorship of the proletariat, which was contentious for the Commission and the German Federal Constitutional Court. There are theoretical disagreements about what the dictatorship of the proletariat means. Marxist theorists sometimes have opposing views on this issue. How can one expect judges of a constitutional court or members of a

Commission, who are neither Marxists by conviction nor by desire to study Marxism, to understand the true meaning and implications of this concept?

Nonetheless, the Federal Constitutional Court undertook an analysis of the works of Marx and Engels. It is noteworthy that the Court could not find any confirmation in these theorists' works that the dictatorship of the proletariat contradicts the idea of human rights or implies the establishment of a totalitarian and dictatorial regime. Since it could not find any quotes to support its view, it had to explain its interpretation without any evidence. An additional problem with this interpretation is that in such cases, it cannot be asserted with reasonable certainty that a particular interpretation is valid. The concept of the dictatorship of the proletariat has been interpreted differently throughout history and was interpreted differently at the time of the ban on the KPD. The Federal Constitutional Court (and later the Commission) could not conclude anything reliably about the KPD's understanding of the dictatorship of the proletariat other than from the party's program. The program did not contain anything about the abolition of human rights or the establishment of a totalitarian system.

The Federal Constitutional Court concluded that the dictatorship of the proletariat and the free democratic order are incompatible. The Commission confirmed this view. It did not even bother to explain its position. The Court could only have done this by presenting its ideological stance, i.e., its ideological understanding of the dictatorship of the proletariat. Its reasoning was entirely meta-legal.

Moreover, during the proceedings, the state argued, and the Court accepted, that the dictatorship of the proletariat is incompatible with the existing constitutional order. The KPD representatives did not dispute this. However, it cannot be *a priori* claimed that the KPD's ideology is contrary to freedom of association, as one of the fundamental human rights. The question arises: what was being judged in this process: the ideology of the KPD as such, or an ideology that is contrary to the idea of human rights, which are guaranteed not only by the Basic Law of Germany but also by the Convention? If the judgment was on the ideology of a political party fundamentally different from the constitutional ideology, then the ban on the KPD was expected, normal, and ultimately necessary. However, the Court did not base its decision on this, or at least it should not have, because the question was whether the KPD was an organization whose existence was contrary to the free democratic order.

The organization could be deemed contrary to the democratic order in two cases, either alternatively or cumulatively: 1) if the KPD advocated in its program and other political documents for the establishment of a totalitarian regime that is contrary to democratic ideas, including the idea of human rights; 2) if the KPD demonstrated through its practical actions that

it was pursuing such an aim. The Federal Constitutional Court did consider the political goals of the KPD and it examined them in the context of the concept of the dictatorship of the proletariat, treating this dictatorship as the KPD's ultimate goal. At the same time, it operated under the hypothesis that the dictatorship of the proletariat is contrary to the free democratic order as understood by the Basic Law of Germany.

However, it failed to address two fundamental questions. The first question is how the dictatorship of the proletariat is contrary to the free democratic order, specifically in what way it contradicts the idea of human rights. The second question is whether a political party has the right to advocate for a different type of democracy if it is fundamentally different from the one prescribed by the Basic Law of Germany. In other words, is every political party that advocates for a democratic order, even if it is significantly different from the constitutionally established one, considered anti-democratic and therefore subject to prohibition? It appears that the German Federal Constitutional Court and the Commission provided an affirmative answer to this question. Or, they answered that the Court had the right to assess if the democratic order advocated by a particular party is compatible with the democratic order established by the Basic Law.

In the literature, it is entirely justified to highlight the view that the decision of the German Federal Constitutional Court, and consequently the Commission, had significant ideological implications.[11] That conclusion is undoubtedly accurate, as both bodies analyzed the program and ideology of a political party, in this case, the KPD. In such instances, the deciding body inevitably adopts an ideological stance and highlights its ideological preferences. It cannot be otherwise because the competent authority cannot base its decision on value-neutral and detached legal reasoning alone.[12] The court may have decided to ban the KPD relatively easily, but we cannot agree with the view that this was solely because the Basic Law explicitly contained a provision for banning political parties whose goal was to overthrow the free democratic order.[13] The court could have made the decision easily only because it placed ideological reasoning above legal reasoning. The same applies to the decision made by the Commission.

It is also significant that the German Federal Constitutional Court changed its understanding of the justification for banning a political party. When deciding on the ban of the neo-Nazi National Democratic Party of Germany (NPD) in 2017, the Court took the position that there was no need to ban the party if there was no prospect of it gaining power and im-

[11] D. P. Kommers, 474.

[12] B. Low, 147–148.

[13] Vid.: D. P. Kommers, 474.

plementing its program. This stance can be accepted from the perspective of the ultimate goal of banning the party or restricting freedom of association. The Court considered that banning a political party was unnecessary if its anti-constitutional activities would not threaten fundamental constitutional principles, and such principles could only be effectively threatened if the party were to gain power.

However, two problems arise here. First, can the Federal Constitutional Court always accurately assess when a political party will be able to gain power? If a party secures 2% of the vote in elections, it is unlikely to gain power. It is probably not even feasible if it gains 20% of the vote. However, a sudden increase in votes is possible and conceivable. Moreover, a political party might gain significant coalition potential and suddenly have a chance to become part of a coalition government if its vote percentage increases sharply.

Second, and more importantly, if a political party advocates ideas and goals contrary to the free democratic order, should it be guaranteed freedom of association? It is not just a matter of whether such a party might have a chance to gain power, but that, even if it has no chance to participate in government, it can freely spread ideas and goals contrary to the constitutional order and thereby influence public opinion. When deciding on the fate of the NPD, the Federal Constitutional Court was significantly more liberal and inclined to respect freedom of association than when it decided on the fate of the KPD, whose electoral influence at the time of the ban was also small.

It is emphasised in the literature that the active, combative, and aggressive[14] KPD's stance towards the political order constituted the basis for its ban.[15] The same criterion was applied to a party with the opposite orientation—the National Democratic Party of Germany (NPD), but it was not banned. The differences between the KPD and the NPD are not only in their ideologies and political programs but also in their practical actions. Some NPD leaders were arrested, and there were suspicions that the NPD supported (logistically or politically) an illegal terrorist extreme right-wing organization (National Socialist Underground, NSU). No similar accusations were made against the KPD five decades earlier. Despite two attempts, the NPD was not banned. The reason given was that this party could not realistically gain power and, therefore, could not threaten the constitutional order. The same argument could have been applied to the

[14] It remains at the very least unclear in what way this party's aggressive stance towards the political order was manifested unless it referred to radical (ideological and political) opposition to it. However, this in itself should not have constituted a basis for restricting the freedom of association.

[15] A. K. Bourne, 128.

KPD in 1956, but it was not. It can be argued that the different approaches to banning the two parties, albeit with a 50-year gap, reflect the maturation of the Federal Constitutional Court and the development of doctrinal concepts. However, whether this is the reason or domestic and global political factors influenced these decisions remains.

3.2. Evolution: Rejection of the Confirmation of the Ban on Turkish Leftist Parties

We see a contrasting approach by the European Court of Human Rights in the case of the *United Communist Party of Turkey v. the Republic of Turkey* (*TBKP v. Turkey*, application no. 19392/92).[16] The essence of this case was that the public prosecutor sought to ban the newly founded Communist Party, raising the following objections: 1) the party advocates the domination of one social class over other classes; 2) the party includes the word "communist" in its name, which is prohibited by law; 3) the party's activities aim to undermine the territorial integrity of Turkey and the unity of the nation; 4) the party declared itself as the successor of the previously banned Turkish Workers' Party (TIP). Significantly, TBKP was banned before it began any activities, meaning it was banned solely based on the content of its program and statutes.

Therefore, the Constitutional Court of Turkey applied ideological criteria when making its decision, as it could not find any arguments to suggest that this party was acting to overthrow the constitutional order, especially not to undermine the state's territorial integrity. The issue was its ideology, or rather the interpretation of that ideology by the Constitutional Court. The Constitutional Court of Turkey rejected almost all of the public prosecutor's objections. However, it accepted one related to the TBKP's programmatic positions on the Kurdish issue and the internal organization of the Turkish state.

The Constitutional Court delved not only into ideological but also sociological and political considerations regarding the existence of two nations in Turkey – the Turkish and the Kurdish – where the court took the position that all citizens in Turkey, regardless of their ethnic origin, constitute one Turkish nation and that the proposals in the party's program, which support non-Turkish languages and cultures, aim to create minorities at the expense of the unity of the Turkish nation. To reach this conclusion, the Constitutional Court first had to interpret the party's program and then answer whether the program contradicted the Turkish Constitution. In both instances, the Constitutional Court far exceeded the application of

[16] In principle, on the freedom of association in Turkey, see: I. Ö. Kaboğlu, "De la liberté d'association en Turquie", *Dicle University Journal of Law Faculty* 4/1988, 3–44.

legal methods and engaged in an analysis that was not only political but also ideological.

It can even be said that the Constitutional Court misinterpreted (whether intentionally or not) the programmatic positions since the TBKP did not advocate separatism nor propose a solution to the Kurdish issue in any way that could endanger Turkey's territorial integrity. On the other hand, whether the TBKP's positions on resolving the Kurdish issue are dangerous to the unity of the nation is purely an ideological question to which only an ideological answer can be given. Since the program does not contain any positions on secession or the creation of a Kurdish state, the Constitutional Court truly could not find justification for the stance that promoting non-Turkish languages and cultures poses a danger to the Turkish nation and territorial integrity. Lastly, though not least important, the TBKP spoke of the Turkish and Kurdish nations in an ethnic sense, while the Constitutional Court, completely wrongly, started from a legal-political concept of the nation. When it, without any basis in the TBKP's program, started from this position, it could reach various impossible conclusions about two nations (not in the ethnic sense, but in the sense of the entirety of citizens), from which it then derived conclusions about the state's vulnerability.

The European Court of Human Rights, in its decision (paras. 40–41), found that, based on Article 11 of the Convention, there could be at least one legitimate aim justifying the ban on the TBKP, namely national security. This security could be threatened by the recognition of the Kurdish nation, which might lead to the redistribution of state territory. This conclusion is entirely arbitrary. Not only could this aim not be found in the TBKP's program, but it is also unclear why and how the recognition of the Kurdish nation could lead to a threat to Turkey's national security. This possible consequence is not even explained in the court's decision.

A certain evolution in the European Court of Human Rights' stance is noticeable compared to the views expressed by the Commission in the case of the KPD against Germany. Namely, ideologically speaking, the TBKP was not at all or hardly different from the KPD. Nevertheless, while the KPD's advocacy for the dictatorship of the proletariat was deemed contrary to Germany's democratic order, the same advocacy by the TBKP was not judged to be contrary to the democracy proclaimed by the Turkish Constitution. The Turkish government indeed considered the TBKP to be a party advocating a totalitarian and thus anti-democratic ideology, but the European Court of Human Rights did not accept this interpretation of the party's program. In paragraph 46 of the analyzed decision, the European Court of Human Rights expressed the view that the freedom of association is so important that its restriction must be an exception, and cases, where it is

justified, must be narrowly interpreted. This stance is in principle justified and acceptable. However, the question remains, which the Court did not address, of how the approach that allows for the broad interpretation of political and ideological positions aligns with the narrow interpretation of cases of restriction. It seems to us that such an interpretation cannot be subsumed under narrow interpretation because the Court essentially has unlimited freedom to interpret the program and ideology of a political party.

The European Commission of Human Rights took the position that there was no basis for banning the TBKP because this party did not call for violence but rather advocated achieving its goals through peaceful means, by the Turkish legal order. The Commission could have taken the same stance when making its decision to ban the KPD (but did not), since the KPD's program also did not advocate violence. However, the Commission interpreted the party's ideological positions on the dictatorship of the proletariat as a violation of human rights, without explicit basis in the program. In principle, situations where the Court must make decisions by primarily or exclusively interpreting the program or ideology of a political party cannot be avoided. This will especially be the case when the Court believes that the party's program itself provides sufficient grounds for banning its activities. The question arises as to what limits the Court can set. There is no definitive answer to this question. The answer is that the Court has not set this limit, but rather assesses in each specific case whether the conditions for banning a party's activities have been met.

Let's again take the example of the TBKP case. The Turkish government believed that this party should be banned because it advocated the domination of one social class, which would imply that members of all other social classes would be discriminated against. The Constitutional Court of Turkey and the European Court of Human Rights did not accept this view of the Turkish government. Although their conclusion that the TBKP did not advocate the domination of one class is correct, the reasoning, which again had an ideological foundation, is problematic. These institutions had in mind domination in the formal legal sense, that is, a legal (and political) situation where members of one social class have different rights and a different legal-political position compared to all others. However, domination can also be understood in a sociological and political sense, as predominance or as the greatest power in society, as an institutional system and production relationship in which one class has the most influence in decision-making processes, just as the ruling majority has decision-making power that the opposition does not have, even though the latter is not discriminated against because of this.

The Constitutional Court of Turkey also banned the Labor Party (EMEP or EP) at one point, and the European Court of Human Rights overturned that decision as a violation of Article 11 of the Convention in the case of *Emek Partisi and others v. Turkey* (application no. 39434/98). The reason was the party's stance on the Kurdish issue, although the party's program also contained positions unrelated to the Kurdish issue that did not constitute grounds for the ban. For example, the program stated that imperialism is the final stage of capitalism and the prelude to a global proletarian revolution. This political party defines its primary goal as preparing the working class for the impending final phase of imperialism. These programmatic positions could be ideologically interpreted in various ways. They could be interpreted as the EP preparing for an armed revolution and a violent change of order, which is a common, though not accurate, understanding of revolution. Such an interpretation could also have been rejected, given that the EP did not advocate a violent overthrow of the constitutional order in its program, and did not advocate the establishment of a regime based on human rights violations.

Perhaps the Constitutional Court of Turkey refrained from such interpretations as a basis for the ban because it focused on an issue which it considered indisputable, namely that the EP's advocacy for resolving the Kurdish issue would mean undermining national unity and territorial integrity. In the program, Kurds are explicitly identified as a people, or as an ethnic group distinct from the Turkish one. The party advocates for the abolition of all bans related to the Kurds and for equality among ethnic cultures, nationalities, and languages. The Turkish state prosecutor, seeking to ban this party, argued, among other things, that it also questioned the official language in the state. The Constitutional Court, as in the case of TBKP, held that Kurds are citizens of Turkey and as such constitute the Turkish nation, while ethnic origin and language are not sufficient conditions for a group to be recognized as a minority. The Court emphasized that citizens of Kurdish origin enjoy the same rights as other citizens and that a contrary claim would mean accepting the arguments of terrorist organizations.

As in the case of TBKP, the Constitutional Court had no basis for concluding that the EP advocated separatism, the establishment of a Kurdish state, and thus the threat to Turkey's territorial integrity. The Constitutional Court reached this conclusion based on the fact that the EP recognized the Kurds as a distinct ethnic community, or as a distinct people. The conclusion on separatism can only be drawn from an exclusively ideological stance. The same applies to the Constitutional Court's view on the threat to Turkish as the constitutionally recognized official language. Granting Kurds the right to speak their language cannot be considered a threat to the

Turkish language, especially since the Kurdish language would not be an official language equal to Turkish, which was not even advocated in the party's program.

Before the European Court of Human Rights, the question arose whether the ban on this party was necessary in a democratic society (para. 22). The necessity in a democratic society can be viewed in the context of the political situation in Turkey, characterized by armed conflicts between the Turkish government and armed Kurdish formations in certain parts of the country, which the state labelled as terrorist organizations. The Turkish government believed that the EP repeated or justified the political views of terrorists, so it was necessary to ban its activities. The European Court of Human Rights had to address this argument.

What the Court stated in para. 25 of its judgment is significant. The question arises as to whether a political party can advocate changes to the constitutional structures of the state. The key issue is to which extent a party can advocate social change. The Court sets out two conditions that, in its view, must be met: 1) the means used by the party in its struggle must be legal and democratic; 2) the changes being advocated must be by fundamental democratic principles.

These conditions, in themselves, are not problematic. The issue lies in how narrowly they are interpreted. For instance, what are "fundamental democratic principles"? Are they solely liberal-democratic principles, or can this term be interpreted more broadly? Is a political party only allowed to advocate acceptable changes if it operates within liberal-democratic frameworks, or can it advocate for radically different democratic principles? The Court did not address this fundamental question in its judgment, leaving the possibility for the concept (standard) of fundamental democratic principles to be interpreted by the specific circumstances of each case in future cases. The Court emphasized that a political party advocating for violent regime change, human rights violations, or the disregard of one or more democratic rules cannot expect protection. However, what constitutes democratic rules remains unclear and subject to different interpretations.

Ultimately, the Court found that the ban on the Labor Party was not legally justified, because there was nothing in the party's program contrary to fundamental democratic principles, nor was there any call for human rights violations or advocacy of separatism. Significantly, the Court did not consider the disputed evaluations of the Labor Party concerning the nature of imperialism and the global proletarian revolution as a result. True, the Labor Party did not specify what it meant by a global proletarian revolution, how it thought it would be achieved (at least in Turkey), nor did it claim that its result would be a social and political order based on any monopoly and the abolition of human rights. The Court likely did not find

grounds to conclude that the ban on this party was justified for these reasons.

The third case in which the European Court of Human Rights dealt with the banning of Turkish parties was that of the *Socialist Party of Turkey and Others v. Turkey* (application no. 21237/93). This case is somewhat similar to the previous cases, as it involved the Turkish state persistently attempting to ban the activities of radical left parties, which repeatedly tried to organize legally, albeit under different names. The peculiarity of this case is that the European Court of Human Rights had to assess publicly stated statements by party leaders. In other words, it had to evaluate the political party activities rather than its program. This obligation of the Court creates the possibility of an ideological approach, as it raises the question of whether the Court could objectively assess political statements and positions of political leaders. Naturally, there are real prospects that it may fail to do so if it cannot find objective, legally-based criteria for evaluation.

The second ban procedure for this party, founded in 1988, began in 1991. The Constitutional Court rejected the first request for the party's ban, based solely on the government's views on the party's programmatic positions, as it had not yet started any activities. The second request for a ban was submitted based on speeches and articles by party leaders, and the government claimed to have "tangible" evidence of unconstitutional activities by the party. Fundamentally, the request was based on the party's stance on the "Kurdish question". The government contested the party's activities from the perspective of undermining national unity and territorial integrity. Controversial statements included the view that different cultures exist in society and that the Turkish and Kurdish peoples should freely decide on their shared lives. The party was deemed separatist despite advocating for brotherhood between Turks and Kurds. Although the Socialist Party recognized the right of Kurds to self-determination up to secession, it considered the creation of a voluntary union of peoples based on completely equal rights to be justified. By acknowledging the Kurds' right to decide whether they want to live in a common state with Turks, the Socialist Party advocated the idea of a federal republic, indicating it was not a separatist party.

As in previous cases, the European Court of Human Rights first had to assess whether there was a violation of the freedom of association guaranteed by Article 11 of the Convention. If there was a violation, and the Court found there was, it needed to determine whether this violation was in line with the Convention. To answer this question, the Court, as in previous cases, had to address three questions: 1) Was the restriction on the freedom of association prescribed by the law of the specific state? 2) Did

the restriction achieve a legitimate aim? 3) Was the restriction necessary in a democratic society?

Thus, the Turkish government had to demonstrate that restricting freedom of association (specifically, denying it to members of the Socialist Party) achieved one or more legitimate goals. It identified these goals as the protection of national security, public safety, human rights, and territorial integrity. The Court found that banning the party achieved at least one of these goals, namely national security. Apart from this brief conclusion in paragraph 36 of the judgment, the Court did not further elaborate on this issue, leaving unclear what its reasoning was—whether it was the same as that of the Turkish Constitutional Court or another. In any case, the Court should have explained its view that the Socialist Party posed a threat to national security.

In this case, the Court also considered a principled issue: the relationship between Articles 10 and 11 of the Convention. Article 10 protects freedom of expression, with limitations permitted under the article itself. Freedom of expression is not of lesser value than freedom of association. The two freedoms must be considered to each other. Freedom of expression is realized not only through a political party, i.e., through the exercise of freedom of association. However, freedom of association may be questioned if there are justified cases of limiting freedom of expression. In this specific case, the question was whether freedom of expression could be justifiably restricted and, in this context, whether this should result in restricting freedom of association.

The Court emphasized that freedom of expression includes the right to express ideas that might provoke, shock, or offend. Thus, freedom of expression requires tolerance towards those who exercise it. It must be broad enough to be meaningful. Those exercising this freedom must be able to express their views without fear of consequences, even if those views are not in line with prevailing opinions.

In the specific case, the Court examined whether the leader of the Socialist Party, in his public statements, advocated violence, rebellion, or changes to the constitutional order contrary to democratic principles. The Court did not find it problematic that the Socialist Party advocated for a significantly different state structure for Turkey (federation), which the official Turkish position equated with separatism and threats to territorial integrity. Even the party leader's statements about the Kurds' right to decide their status through a referendum were considered in context. The Court noted that a referendum on secession was only part of a political process and that secession itself was not a party goal, nor did the Socialist Party leader advocate secession as a desired or ultimate outcome.

An important point made by the Court in paragraph 47 is that a political party's program being inconsistent with the current constitutional order does not necessarily mean it is inconsistent with democratic principles.[17] The essential feature of democracy is that political parties should be allowed to advocate various constitutional and political concepts, provided that this does not threaten democracy. The Court does not elaborate further on this position. However, it should be somewhat problematized. It is not disputed that the pluralism inherent in democracy can exist only if different and opposing political programs and ideologies are permitted. Freedom means little if it is only held by those who share the same views or those whose views differ to some extent but still fall within the same legal, political, and economic principles. In other words, freedom must mean the freedom of different and opposing goals, not just the freedom of different paths to the same goal. In principle, the Court accepted such reasoning. It did not develop it in this judgment, nor did it express it in the way we have just done. Nevertheless, considering the program and ideology of the Socialist Party, it is evident that such reasoning by the Court existed.

[17] Essentially, the same argument was made by the Court in the case of the *Democratic Society Party (DTP) and Others v. Turkey* (applications nos. 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10, and 37272/10). The Court emphasized that the DTP, in its program and statutes, did not propose changes to the Turkish constitutional order in a way that would be contrary to fundamental democratic principles. To some extent, the Court explained what it means by this: 1) condemnation of violence; 2) promotion of political solutions that are democratic and in accordance with the rule of law and human rights.

Here, ideological elements explicitly appear in the Court's reasoning. These are not problematic per se, as it is impossible to deny that a political party should respect the principles of the rule of law and the protection of human rights. However, it is more challenging to answer the question of what criteria the Court applies when determining whether a political party respects these principles. The answer is evidently that the Court has discretionary power in assessing whether this condition is met. It can be added that it does so based on a certain value system, for example, liberal-democratic principles, as liberal democracy is the dominant ideological system within the Council of Europe.

Such reasoning would be problematic on several grounds. First, the fact that an ideological system is dominant does not mean that it should be the basis for judicial decisions, as there is no a priori evidence that this system is a valid basis for judicial reasoning. Second, placing any ideological system at the centre of attention, if not accompanied by valid legal criteria, is problematic in itself. Third, freedom of association and freedom of thought should not be recognized only for political entities that accept the dominant ideological system but also for those who question it. The question arises whether the Court should accept the ban on all political parties that advocate different and opposing ideologies. The answer to this question must be negative. Indeed, the Court does give such an answer. However, there is a concern that the Court might interpret the programmatic positions or activities of a political party in such a way that they are considered acceptable and democratic only if they align with an ideology that a majority of judges accept as the only democratic one.

The fundamental question is what constitutes democratic principles, who determines their content, and how. In the Court's practice, it is the Court itself that determines this. Therefore, the content of democratic principles depends on the judges' understanding. Democracy is what the Court says it is. This approach is contradictory. On one hand, it is logically formal because the Court can only draw conclusions based on its interpretation of terms. On the other hand, since these terms are political, they are inevitably ideological. Thus, whether mentioning the dictatorship of the proletariat in a political party's program sounds anti-democratic depends on various factors of an ideological, political, diplomatic, and other nature. Party programs, other party documents, statements by party leaders, and party activities are important and unavoidable elements, but the fact remains, which is also a problem, that they can be interpreted with discretion that is almost unlimited by the Court.

In the specific case, what "saved" the Socialist Party was the Court's view that, although there might be a legitimate aim for its ban, there was no societal need, and the ban as a measure was not proportional to the legitimate aim. The Court held that restrictions on freedom of association must be viewed restrictively and that only compelling reasons can justify limiting freedom of association.

The Court paid attention to the content of the program and statements by party leaders in the case of the ban on the People's Democracy Party (HADEP) as well,[18] the pro-Kurdish party that had achieved significant successes in parliamentary and local elections. The case involved a political party that was already registered and participating in political life at the time of the ban, making it possible to analyze not only its political program but also its practical activities, including the public statements of its leaders. This case is interesting also because the Court could have assigned purely ideological significance to certain statements and expressions in the HADEP party's positions, though it did not do so. The example of this case shows how a purely ideological approach can be implemented, and the freedom of association can be abolished based on the broadest possible interpretation of terms.

One example, cited by the Turkish Constitutional Court during the ban on this party, but not accepted by the European Court of Human Rights, was the condemnation of the so-called dirty war by HADEP officials, referring to the military operations of the Turkish army in the southeastern part of the country. The Constitutional Court interpreted these statements as an expression of support for the Kurdistan Workers' Party (PKK), which was designated a terrorist organization in Turkey. The Court held a contra-

[18] *HADEP and Demir v. Turkey*, appl. no. 28003/03.

ry view, considering that this statement must be assessed, first, about the party program, which was oriented exclusively towards peaceful means of political struggle, and second, about other statements by party leaders, from which it could not be concluded that HADEP incited anyone to hatred or armed struggle. The Court concluded that statements about the dirty war could also be interpreted as a sharp critique of government policy.

This implies that the Court believes it is necessary to conduct a connected analysis of the fundamental political positions contained in the program and current political positions expressed by party leaders, interpreting both as much as possible in the interest of achieving freedom of association (and, consequently, freedom of thought and expression).

A similar conclusion, though with a different outcome, was formulated by the Court in the *Batasuna* case,[19] the radical left-wing political organizations or coalitions in the Basque Country that advocated for Basque secession. The ban followed due to alleged support these organizations provided to the terrorist organization ETA. The Court upheld the ban imposed by the Spanish state, citing the positions of the party leaders. There was no material evidence of participation in terrorist activities, nor did the political program explicitly promote terrorism as a method of political struggle. However, the Spanish Constitutional Court, when deciding on the constitutional appeal of these organizations, emphasized that a political organization's refusal to condemn terrorist activities could, in certain cases, be an expression of political support for terrorism. The Spanish Supreme Court based its decision on the ban, among other things, on the claim that these organizations were formed as a result of an agreement with ETA and represented its political wing. The Court accepted this reasoning despite the lack of reliable evidence to support this stance.

Both views of the Spanish state organs are problematic for several reasons. First, the restriction of freedom of association is only permitted in cases where it is clear that there is an abuse of this freedom or when there is a justified reason and higher interest for such a decision to be made. Therefore, there must be unequivocal evidence that a political party was formed as a result of an agreement with a terrorist organization. Second, the absence of a clear condemnation of terrorist actions may indicate that a political party supports terrorist activities, but alone it cannot be taken as conclusive evidence without other proof. A political party may refuse to condemn terrorist activities for other reasons, which may be political or propagandistic and does not necessarily support terrorism as a means of political struggle. The Court trusted the argument that the ban on these parties was a consequence of efforts to prevent support for the terrorist

[19] *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, appl. nos. 25803/04 and 25817/04.

organization ETA and to remove threats to democracy, human rights, and pluralism (para. 62 and 63). The Court did not provide a detailed explanation of its stance but adhered to the reasoning of the Spanish courts, which, as mentioned, was not convincing when it came to the support for terrorism by the banned parties. These courts considered two forms of behavior by the leaders of the banned parties: behavior that led to creating a climate of social conflict and behavior that signified implicit support for ETA's terrorist activities. The Court, therefore, evaluated both negative and positive actions of the leaders of these parties. The problem, however, is how reliably to determine what constitutes implicit support for terrorism and how broad the discretion of the Spanish courts, and subsequently the Court, is in assessing the existence of such implicit support. Similarly, the concept of "creating a climate of social conflict" is evidently a meta-legal and thus vague category. The Court cited slogans chanted at a political rally ("Struggle is the only way", "You, fascists, are the real terrorists", "Long live ETA"). Only the last slogan could be considered explicit support for the terrorist organization, while the first two slogans may not be so (though they can be interpreted as such, the factual basis for this is questionable). Even concerning the third slogan, it can be debated whether the leaders of the banned parties had any connection to it and whether its display could be evidence of these parties supporting the terrorist organization.

The Court pointed to arguments that are easily verifiable and carry more weight, such as the argument that ETA leaders were honoured as honorary citizens in some towns where the authorities were controlled by the two banned parties.

In this case, the Court had to assess whether the activities of members of the aforementioned parties could be classified as freedom of expression, as claimed by their representatives in the proceedings before the Court. This once again presented a severe dilemma regarding the restriction not only of freedom of association but also of freedom of expression. The Court held that in these cases, it could not be simply a matter of members of the banned parties exercising their freedom of expression, because the means used to exercise that freedom were neither lawful nor in accordance with fundamental democratic principles (para. 87).

An example of an ideological approach to freedom of association, albeit from national courts which the Court did not support, is visible in the case of the refusal to register the New Communist Party of Romania.[20] The courts in Bucharest rejected the registration of the New Communist Party of Romania (PCN) because they believed its goal was to introduce an in-

[20] *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, appl. no. 46626/99.

humane social order similar to that which existed until 1989. The ideological approach of the Romanian courts is evident in the following aspects.

1. From the program documents of the PCN, no conclusion can be drawn that its goals are aimed at undermining democratic principles and human rights. There are no calls for violence as a means of political struggle.
2. The PCN explicitly advocates for party pluralism, respect for human rights, and a democratic order. It also explicitly states that no political follower of the party that governed Romania until the end of 1989 is part of the PCN.

The Romanian courts ignored these programmatic statements and made decisions based on their (evidently ideological) stance on communism as a doctrine and political movement, without considering that the PCN offered an interpretation of communism clearly contrary to what the courts concluded. In other words, the Romanian courts did not assess the nature of the party's ideology and political goals based on its own program, but rather on their own interpretation of an ideology, which is just one possible interpretation and was not accepted by the PCN.

The European Court of Human Rights took the position that it is not permissible to restrict a political party that adheres to democratic principles merely because it challenges the existing order (para. 55). The Court stated that it does not "shy away" from considering the historical context, given Romania's experience with the regime that existed until the end of 1989. However, the Court refused to conclude that this context provided a basis for rejecting the PCN's registration. Although this stance did not lead to a decision denying the freedom of association in this particular case, it remains methodologically problematic. Highlighting the terminological similarity in the name of the PCN with the party that was in power until 1989, which was associated with an undemocratic regime, would not be a valid basis for upholding the Romanian courts' decisions since the PCN's program explicitly and radically criticized the legacy of the former ruling party in Romania.

3.4. Explicit violation of constitutional principles and freedom of association

A contrasting example was the ban on the Welfare Party (*Refah Partisi*),[21][22] an Islamist party that openly challenged one of the fundamen-

[21] *Refah Partisi and Others v. Turkey*, appl. nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98.

tal constitutional principles – secularism. This principle was one of the foundations of the Republic of Turkey, explicitly declared by the Turkish Constitution. Therefore, although the issue of ideology was emphasized here as well, it was less acute in terms of whether a political party, using the freedom of association, threatened one of the fundamental constitutional principles. However, it seems that even this approach might not have been sufficient for banning a political party. To reiterate, challenging constitutional principles alone should not be enough for a ban. If it were, pluralism would lose its significance, as it would only reflect a pluralism of parties advocating the same principles, which essentially would no longer be pluralism. Thus, in such cases, it should be considered whether a political party challenging a constitutional principle simultaneously threatens human rights. This may, but does not necessarily, be the case.

The Court considered that the criterion for a legitimate aim was fulfilled in the decision of the Turkish Constitutional Court to ban *Refah*. Considering that the principle of secularism has essential significance for the Turkish constitutional system, the Court believed that banning this party was justified to protect the following legitimate aims: public safety, national security, prevention of disorder, and protection of human rights (para. 40). Unfortunately, the Court did not provide a detailed explanation of how banning the *Refah* party served to protect these aims.

The Court essentially repeated its considerations regarding the application and limitation of freedoms of association and their connection to freedom of thought and expression. A new element introduced into the analysis was Article 9 of the Convention, which, among other things, relates to the protection of freedom of religion. The Court stated that the state should be an impartial organizer of the expression of different religious feelings (para. 51) and that in a multi-confessional society, it is permissible to restrict freedom of religion if it is necessary to protect the freedom of all religions, as well as the freedom of atheism, agnosticism, and other non-religious beliefs. The Court allows for the possibility of restricting freedom of religion if it is necessary to ensure the equality of members of all religious communities.

These considerations were important because freedom of religion was linked to the principle of secularism, which in turn is linked to the rule of law and human rights (after all, freedom of religion is one of the human rights). The Court contrasted the principle of secularism with a theocratic regime, highlighting that, given Turkey's history and the fact that Muslims

[22] Here, the Court followed the concept of militant democracy. One of the understandings within this concept suggests that the state cannot wait for a political party to demonstrate its anti-constitutional nature through the use of freedom of association.

are a majority in the population structure, it is not inconceivable for theocracy to be re-established. The procedure had to determine whether *Refah* had become a "center of anti-secular ideas" (para. 66) and whether the party aimed to establish a theocratic regime. If this could be proven, it would be indisputable that *Refah* was an anti-constitutional and anti-systemic party. However, in our opinion, this fact alone would not be sufficient for the party's ban; it would also be necessary to prove that the party was undermining fundamental democratic principles, such as human rights. In other words, in our view, the anti-constitutional character of a political party alone is not a sufficient condition and reason for its ban.

The Court adopted similar reasoning, which it had to do if it did not want to uphold the ban on *Refah* solely based on the opinion or conclusion that the party sought to establish a different constitutional system. The party advocated for the establishment of pluralism of legal orders, as Sharia law would apply to Muslims. Given that they constitute a large majority of the population, this would lead to their dominance and, consequently, discrimination against all others, which is a problem of human rights violations. There was also the issue of the means required to achieve these goals, one of which was jihad. Such a system would fundamentally alter the organization of state power, as legislative procedures would differ for each religious community, with specific legal systems required for each community. Similarly, courts would only judge members of specific religious communities, meaning that parallel judicial systems would exist. As we can see, the Court had to resort to a complex analysis to reach a conclusion on whether the ban on Refah was justified.

The Court assessed that such a state arrangement would be incompatible with the Convention system because it would undermine the principle of non-discrimination and prevent the state from fulfilling its role as an impartial guarantor of human rights. This approach by the Court was significant because it found legal, rather than purely ideological, arguments, based on the Convention itself, that could justify the ban on this party. Legal arguments were also found in statements by some party leaders, from whom the party did not distance itself, about jihad as a means of achieving party goals. Jihad, as a holy struggle, involves the use of violence to gain power and deal with opponents of the Islamic regime, which means that party leaders openly advocated for violent seizure of power.

In para. 77, the Court emphasized the fact that the political goals of the *Refah* party were achievable and not just theoretical or illusory. This partially demonstrated a similar approach to the problem of banning freedom of association as the German Federal Constitutional Court. The argument of the achievability of political goals was just one of the arguments for the ban on the *Refah* party. It cannot be claimed that the party was banned

solely because the Court assessed that the achievement of its political goals was a real outcome of political struggles. It must be acknowledged that this part of the Court's reasoning is weak. First, it is based on the fact that *Refah* won about a third of the parliamentary seats, meaning it was close to the spheres of power. However, this did not mean that it could achieve a dominant influence in decision-making processes, nor could it be concluded from any reliable evidence that *Refah* could achieve dominance in the foreseeable future. Second, the Court's reference to historical events when religious movements gained power has no evidential value, as it did not provide any conclusions about whether *Refah* could seize power.

4. CONCLUSION

The Court's practice regarding the protection of freedom of association is extensive. The Court has decided in numerous cases about the justification and legality of banning political parties, which is the focus of this discussion. The states whose authorities have imposed bans are many, and the reasons for these bans vary. However, the majority of cases involved parties identified as anti-systemic, radical left, or radical right. Only in a few, even negligible, cases did the bans involve parties connected with terrorism or explicitly calling for violence.

When deciding on the justification for banning political parties, which national authorities have already decided upon, the Court has always considered Article 11 of the Convention, which stipulates under what circumstances it is justified to limit or deny freedom of association. The Court's principled stance is that the prohibition of political parties should not be taken lightly, meaning it has aimed to interpret cases where such decisions were made with strict scrutiny.

The nature of freedom of association affects the adoption of political positions. Ideological and political arguments are difficult to avoid, and it remains to be seen whether legal arguments can counter and outweigh them. The discretionary powers of the Court are broad, and judicial practice shows that it has not always been able to use them scrupulously or avoid ideological-political biases in its decisions. The arguments used in some cases where the Court upheld party bans were unconvincing and more ideological-political than legal.

To determine the justification for banning political parties, the Court has resorted to analyzing their programs and the positions of party leaders. This approach was necessary, but the way the Court reached its conclusions was sometimes problematic. The Court evaluated and interpreted statements contained in the political parties' programs or the public statements of party leaders. This carries real risks for several reasons.

First, there is the question of whether the Court was competent to judge ideologies and political programs in some cases. Judges could form their own opinions on these matters, but there is doubt as to whether they, even as esteemed and experienced lawyers, could make substantive decisions on meta-legal issues for which they are not specialists.

Second, these issues are inevitably filled with ideological and political content. Judges, like other citizens, have their own political views and beliefs. The question is whether they can separate their ideological and political preferences from objective and impartial judgments about the ideologies and programs of political parties.

Third, when it comes to political positions of party leaders, often related to current political issues, there is doubt about whether judges understood the context, which is crucial for understanding political positions. Again, there is concern about whether they were able to judge as impartial analysts of events that necessarily lead to subjectively colored conclusions (terrorism, ethnic discrimination, etc.).

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Bourne, Angela, „Party Bans and Populism in Europe", *Verfassungsblog On Matters Constitutional, https://verfassungsblog.de/party-bans-and-populism-in-europe/*;
2. Bourne, Angela K., *Democratic Dilemmas. Why Democracies Ban Political Parties*, Routledge, New York and London 2019;
3. Franz, Paul, "Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German–American Comparison", *Boston College International and Comparative Law Review* Vol. 5, No. 1/1982;
4. Gordon, Dan, „Limits on Extremist Political Parties: A Comparison of Israeli Jurisprudence with that of the United States and West Germany", *Hastings International and Comparative Law Review* Vol. 10, No. 2/1987;
5. Kaboğlu, Ibrahim Ö., "De la liberté d'association en Turquie", *Dicle University Journal of Law Faculty* 4/1988;
6. Kommers, Donald P., „The Federal Constitutional Court in the German Political System", *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 4/1994;
7. Low, Benjamin, "The Centre Cannot Hold: Reflections on Militant Democracy in Germany", *Trinity College Law Review*, Vol. 21/2018;
8. McWhinney, Edward, „German Federal Constitutional Court and the Communist Party Decision", *Indiana Law Journal*, Vol. 32, 3/1957;
9. Moe, Christian, „Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey", *The International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 6, 1/2003,

https://web.archive.org/web/20080925194912/http://www.icnl.org/KNOWLEDGE/ijnl/vol6iss1/special_5.htm;

10. Nadaždin Defterdarević, Mirjana, *Evropska konvencija prema praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Izdavač autor, Mostar 2007;
11. Popović, Dragoljub, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Službeni glasnik, Beograd 2012.

Legal acts and documents

1. *Emek Partisi and others v. Turkey* (apllication no. 39434/98);
2. *HADEP and Demir v. Turkey*, appl. no. 28003/03;
3. *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, appl. nos. 25803/04 and 25817/04;
4. *Komunistička partija Njemačke protiv Savezne Republike Njemačke*, Evropska komisija za ljudska prava, Predmet br. 250/57;
5. *Partidul Cemomunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, appl. no. 46626/99;
6. *Partija za demokratsko društvo (DTP) i ostali protiv Turske* (apl. br. 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 and 37272/10;
7. *Proclamation by the Central Committee of the Communist Party of Germany* (June 11, 1945), German History in Documents and Images (GHDI) website, *https://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?-docpage_id=3252*;
8. *Refah Partisi and Others v. Turkey*, appl. nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98;
9. *Socialist Party of Turkey and others v. Turkey*, application no. 21237/93;
10. *Ujedinjena komunistička partija Turske protiv Republike Turske* (*TBKP v. Turkey*, aplikacija br. 19392/92.

Проф. др Горан Марковић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

СЛОБОДА УДРУЖИВАЊА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Сажетак

Пракса Европског суда за људска права у погледу заштите слободе удруживања богата је. Суд је донио већи број пресуда у којима је потврђивао или оспоравао одлуке надлежних националних органа о забрани рада удружења. У овом раду, бавимо се само забраном рада политичких странака, имајући у виду њихов значај у јавном животу. Анализирали смо начин расуђивања Суда, како бисмо разумјели његове мотиве за одлучивање, имајући у виду чињеницу да Суд својим одлукама значајно утиче на заштиту људских права. Осим тога, обратили смо пажњу на проблем идеолошког и политичког приступа у одлучивању, и (не)постојање средстава за спречавање утицаја идеологије и политике на доношење одлука Суда.

Кључне ријечи: *Слобода удруживања; Политичке странке; Европски суд за људска права; Устав; Људска права.*

УДК/UDC 352.07(497.6РС)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Милан Пилиповић

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

ИЗВРШНА ВЛАСТ У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Устав Босне и Херцеговине ниједном нормом не одређује, нити регулише локалну самоуправу па се тако локална самоуправа у цјелини налази у надлежности ентитета који у својим уставима и законима садрже правне основе њеног организовања и функционисања. У оба ентитета јединице локалне самоуправе су општине и градови у којима нормативну функцију обавља скупштина општине/града, као представничко (политичко) тијело, док извршну функцију обавља начелник општине, а у граду градоначелник. Предмет овог рада је анализа правног положаја органа извршне власти у јединицама локалне самоуправе у Републици Српској. У раду ће бити анализиран положај градоначелника/начелника општине у Републици Српској, са аспекта начина избора, надлежности, односа према скупштини, са фокусом на могућност његовог опозива и могућим посљедицама које, притом, могу настати по локалну скупштину. Циљ рада је да се осврјетли положај и мјесто градоначелника/начелника у систему локалне самоуправе у Републици Српској, са полазном хипотезом да у јединицама локалне самоуправе имамо „јаку“ извршну власт. Пракса функционисања локалних органа власти у околностима када већина у скупштини и непосредно изабрани градоначелник/ начелник не припадају истој политичкој опцији (кохабитација) показује да између њих често долази до несугласица, сукоба. То нам даје повод за расправу о два питања које ће аутор размотрити у овом раду и покушати дати одређене одговоре. Прво, да ли би требало извршити одређене корекције, измјене и допуне важећих нормативних аката који се односе на правни положај начелника/градоначелника и њиховог односа према скупштини, притом, не доводећи у питање постојећи монократски тип (концепт) локалне самоуправе? Друго питање је, да ли монократски тип организовања локалне извршне власти треба и даље да егзистира, или би се, пак, могло (и требало) размишљати о другачијем концепту организације локалне извршне власти у правцу увођења колегијалног типа локалне извршне власти?

Кључне ријечи: Начелник/градоначелник; Општина; Скупштина; Извршна власт; Локална самоуправа; Република Српска.

Милан Пилиповић, *milan.pilipovic@pf.unibl.org.*

1. УВОД

Локални систем власти изграђен је од три врсте институција, односно организација које су међусобно повезане, али се разликују по својим функцијама, структури, методама рада и персоналном саставу. Централно мјесто у том сегменту припада локалном представничком (политичком) тијелу чије су чланове изабрали грађани на непосредним изборима, које је у суштини највиши орган локалне власти. На другој страни, налазе се управне организације (локална управа и локалне јавне службе) у којима професионални службеници обављају јавне послове из дјелокруга јединице локалне самоуправе. Између та два сегмента локалног система налазе се извршне институције састављене од једног или више индивидуалних функционера и/или колегијалних тијела које врше извршну власт са задатком да повежу политичке и управне елементе локалног система. Питање организације и функционисања извршне власти јединице локалне самоуправе је једно од централних питања у локалној самоуправи, а од статуса носиоца извршне власти и односа између извршне и представничке власти, зависи облик организације локалне самоуправе. „Овдје наравно постоје различити приступи код одређивања структуре и међуодноса локалних тијела у оквиру јединица локалне самоуправе. У том смислу, више је аутора анализирало различите организационе моделе локалне самоуправе, у којима поједина тијела имају више или мање изражену улогу. Овдје се полази начелно од трију модела организације извршних тијела: монократског типа локалних извршних функција, колегијалног типа локалних извршних функција те плуралног типа локалних извршних функција.“[1] Наведена типологија обухвата различите организационе облике, у оквиру којих се осигурава дјеловање извршних институција у локалној самоуправи. Избор носиоца извршне власти, у складу са изборним прописима, врши се непосредно од грађана или посредно, када носиоца извршне власти бира скупштина јединице локалне самоуправе.

Устав Босне и Херцеговине не регулише локалну самоуправу, а на нивоу Босне и Херцеговине, не постоји закон о локалној самоуправи. Босна и Херцеговина је ратификовала Европску повељу о локалној самоуправи, „која поставља општеприхватљиве стандарде положаја локалне самоуправе. Ипак, довољно је погледати својствености развоја локалних заједница и специфичности појединих држава па да се са извесношћу може закључити да једнообразност локалне самоуправе у

[1] M. Klarić, „Izvršna tijela u lokalnoj samoupravi – komparativni primjeri i hrvatsko iskustvo“, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta* Sveučilišta u Osijeku 3-4/2017, 94

Европи не може бити постигнута.“[2] Локална самоуправа у БиХ у цјелини налази у надлежности ентитета који у својим уставима и законима садрже правне основе њеног организовања и функционисања.[3] Локална самоуправа се у Босни и Херцеговини развија „кроз два одвојена и у извјесној мјери различита субсистема – онај у Републици Српској и онај у Федерацији БиХ. Овој тврдњи не треба давати вредносну конотацију и поготово је не треба схватати као једну дисквалифицирајућу политичку чињеницу јер БиХ није једина земља у којој паралелно постоје и функционишу различити системи локалне самоуправе. У том погледу стање у БиХ највише личи на оно у Њемачкој гдје је локална самоуправа у надлежности савезних јединица (*Länder)* које према властитом нахођењу, спознајама и искуствима успостављају себи одговарајуће структуре локалне самоуправе и прописују им надлежности.“[4] У оба ентитета јединице локалне самоуправе[5] су општине[6] и градови у којима нормативну функцију врши скупштина општине, односно града, као представничко, политичко тијело, док извршну функцију врши начелник општине, односно у граду градоначелник.

Предмет овог рада је анализа извршне власти, односно правног положаја органа извршне власти у јединицама локалне самоуправе у Републици Српској. Имајући у виду теоријске поставке које се односе на локалне извршне функције, у раду ће бити анализиран положај начелника/градоначелника у Републици Српској, са аспекта начина избора, надлежности, односа према скупштини, са фокусом на могућност његовог опозива и могућим посљедицама које, притом, могу

[2] С. П. Орловић, „Уставноправни положај локалне самоуправе у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015, 1651.

[3] Вид. C. Jokay, “Local Government in Bosnia and Herzegovina“, *Stabilization of Local Governments* (ed. E. Kandeva), Local Government and Public Service Reform Initiative, Budapest 2001, 89–141.

[4] Z. Zlokapa, „Lokalna samouprava u komplikovanoj državi – lokalna samouprava u Bosni i Hercegovini“, *Modeli organizacije lokalne samouprave. Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Makedonija, Srbija* (ur. Z. Zlokapa, D. Damjanović), Palgo centar, Beograd 2008, 93.

[5] „У БиХ јединице локалне самоуправе имају утврђене изузетно значајне надлежности у чијем су опсегу, у мањој или већој мјери, готово све области свакодневних животних потреба грађана као што је комунална, стамбена, социјална, образовна (основно и предшколско), здравствена, сигурносна и др.” – J. Hušić, „Lokalna samouprava u Bosni i Hercegovini“, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku* 1/2017, 117.

[6] „Општине Републике Српске имају већи број надлежности од општина у Федерацији Босне и Херцеговине, јер између општине и ентитета нема још једне регионалне, територијалне и организационе цјелине/нивоа власти, као што су то у Федерацији Босне и Херцеговине кантони.” – M. Mujakić, *Lokalna samouprava u BiH,* Udruženje Pravni institut u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2016, 96.

настати по локалну скупштину. Пракса функционисања локалних органа власти у околностима када већина у скупштини и непосредно изабрани начелник/градоначелник не припадају истој политичкој опцији (кохабитација) показује да између њих често долази до несугласица, сукоба. Због проблема у функционисању органа локалне самоуправе, сматрамо да се у будућем периоду организација и положај извршне власти у јединицама локалне самоуправе може кретати у два правца. Први је задржавање садашњег монократског концепта локалне самоуправе у Републици Српској, али уз побољшање нормативног оквира кроз измјену законских норми, а други, напуштање садашњег концепта и увођењу колегијалног типа локалне извршне власти.

2. НОРМАТИВНИ ОКВИР ОРГАНИЗАЦИЈЕ ВЛАСТИ У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Локална самоуправа, због свог значаја, „по правилу представља уставну категорију. Највишим правним актом се најчешће само јамчи локална самоуправа и предвиђају принципи њене организације“.[7] У једном од својих првих чланова Устав Републике Српске сврстава локалну самоуправу у саме темеље на којима почива уставно уређење земље односно „локална самоуправа је стављена уз бок оним основним институцијама на којима су усидрене све модрене демократије“[8]. С друге стране, “локална самоуправа је на неки начин минимизирана у Уставу. То се могло видети из поглавља Устава која третира локалну самоуправу. Назива се само „територијална организација“, иако се у ствари односи на локалну самоуправу и треба да буде названа у складу са тим.”[9] Основни правни оквир за функционисање локалне самоуправе представља Закон о локалној самоуправи,[10] при чему треба истаћи да осим њега, законодавни оквир локалне самоуправе чине и други прописи.[11]

[7] Д. Симовић, В. Петров, *Уставно право (треће, измењено и допуњено издање),* Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2018, 358.

[8] Н. Врањеш, И. Лешчен, „Локална самоуправа у Републици Српској у времену транзиције“, *Политеиа* 5/2013, 268.

[9] N. Milićević, “State and problems of local self-government in Bosnia and Herzegovina“, *Local Self Government and Decentralization in South – East Europe*, (ed. R. Pintar), Friedrich Ebert Stiftung Zagreb, Zagreb 2001, 113.

[10] Закон о локалној самоуправи Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 97/16, 36/19 и 61/21.

[11] Закон о територијалној организацији Републике Српске, Изборни закон БиХ и Изборни закон Републике Српске, Закон о буџетском систему, Закон о комуналним дјелатностима, Закон о грађевинском земљишту, Закон о уређењу простора, Закон о пољопривредном земљишту и др.

Организација и функционисање јединице локалне самоуправе заснована је на принципу подјеле власти, на представничку власт, коју врши скупштина јединице локалне самоуправе (скупштина града у граду, а скупштина општине у општини, у даљем тексту: скупштина) и извршну власт коју врши градоначелник, односно начелник општине.[12] Градска, односно општинска управа нема својство органа јединице локалне самоуправе, већ је дио извршне власти у функцији градоначелника/начелника општине, као носиоца извршне власти, који руководи градском, односно општинском управом и одговора за њен рад.

Скупштина јединице локалне самоуправе, коју чине скупштински одборници, је представнички орган власти, чије чланове бирају грађани на начин прописан изборним прописима, на мандат од четири године.[13] Скупштина је орган одлучивања и креирања политике јединице локалне самоуправе, а извршавање надлежности[14] скупштине првенствено се огледа кроз њену нормативну функцију. Скупштина доноси статут, друге опште акте и даје аутентично тумачење одлука и општих аката које доноси, те утврђује политику јединице локалне самоуправе.

Извршна власт се може организовати путем колективног или инокосног органа, а сваки овај облик има своје позитивне и негативне карактеристике. Законом о локалној самоуправи Републике Српске из 1999. године напуштен је колективни извршни орган јединице локалне самоуправе и успостављен инокосни орган – градоначелник, односно начелник општине, који се бира на непосредним изборима, а први пут је биран на локалним изборима одржаним 2000. године. Непосредни избор градоначелника/начелника општине чини носиоца извршне власти политички стабилнијим и независнијим у односу на скупштину као носиоца представничке власти.

[12] Чл. 36 Закона о локалној самоуправи.

[13] Поступак избора чланова скупштине, као и дјелокруг њене надлежности, скупштини дају статус органа којем грађани повјеравају овлашћење да у њихово име обављају јавне послове од локалног значаја.

[14] Надлежности јединица локалне самоуправе проистичу из изворних и самосталних надлежности општине, дефинисаних Уставом, законом и статутом општине. Исто вриједи и за надлежности начелника општине, који је за свој рад и законитост свих аката које предлаже скупштини општине њој и одговара.

3. ГРАДОНАЧЕЛНИК/ НАЧЕЛНИК ОПШТИНЕ – ИЗВРШНИ ОРГАН ВЛАСТИ У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Градоначелник у граду, односно начелник општине у општини, је извршни орган власти јединице локалне самоуправе. Његова основна функција је да заступа и представља јединицу локалне самоуправе, те руководи градском, односно општинском управом и одговоран је за њен рад.[15] Градоначелника/начелника општине, бирају грађани на општим непосредним изборима за период од четири године у складу са изборним прописима.[16] Избори за градоначелника/начелника општине се спроводе истовремено са избором за одборнике у скупштини јединице локалне самоуправе и његов мандат се поклапа са мандатом одборника одређеног скупштинског сазива (локални избори). Начин спровођења локалних избора уређују се Изборним законом Босне и Херцеговине и Изборним законом Републике Српске.[17] Позитивним прописима није ограничен број мандата градоначелника/начелника, тако да тренутно појединац може бити изабран на позицију начелника небројено пута, све док има подршку бирача. Са становишта демократије ту нема ништа спорно, јер грађани бирају кандидата за којег сматрају да може најбоље одговорити на њихове интересе. Ипак, са становишта одговорног управљања локалним заједницама, неограничен број мандата једне особе може водити успостављању квазипрофесионалних и личних односа у управљању, персонализације власти. Стога би требало законом дефинисати укупни могући ангажман појединца на функцији начелника, те то евентуално прописати у трајању од два узастопна мандата. Ограничавање броја мандата начелника/ градоначелника, на нпр., два узастопна мандата, даје довољно времена појединцу да на тој позицији донесе промјене и резултате којима може унаприједити стање општине, омогућава постојање динамике у управљању општинама, док се, с друге стране, смањује могућност за персонализацију власти и деформацију у управљању локалном заједницом.

Престанак мандата градоначелника/начелника општине и његов опозив прије истека мандата спроводи се у складу са изборним про-

[15] Чл. 54 Закона о локалној самоуправи.

[16] Чл. 58, ст. 1 Закона о локалној самоуправи. Градоначелника, односно начелника општине бирају грађани који имају пребивалиште на подручју јединице локалне самоуправе и уписани су у бирачки списак који се води за подручје јединице локалне самоуправе.

[17] Начин избора градоначелника/начелника општине не мијења његов положај у односу на скупштину, он и даље извршава њене одлуке и политику коју она утврђује и одговара скупштини за свој рад и рад локалне управе.

писима. О опозиву градоначелника/начелника касније ће бити више ријечи, а на овом мјесту истичемо да у вези с овим питањем постоји одређена неусклађеност два закона у Републици Српској. Наиме, Изборни закон предвиђа да у случају престанка мандата начелника општине опозивом, Централна изборна комисија Босне и Херцеговине доноси одлуку о расписивању ријевремених избора.[18] Из овакве формулације произилази да би до ријевремених избора могло и требало доћи увијек када је градоначелник/начелник опозван, без обзира у којем тренутку се опозив десио и колико је преостало времена до краја (истека) редовног мандата. Изборни закон није поставио никакво ограничење по том питању. Међутим, према Закону о локалној самоуправи, у случају престанка мандата у складу са изборним прописима (опозив, оставка) или трајне спријечености градоначелника/начелника општине да обавља функцију, *а преостало је више од годину дана до краја мандата*, (курзив је мој) расписују се избори у року од 60 дана,[19] а изборе расписује Централна изборна комисија Босне и Херцеговине у року од 60 дана од престанка мандата градоначелника, односно начелника општине. Према овом закону, дакле, ако је до опозива дошло онда када је до краја мандата остало мање од годину дана произилази да нема ријевремених избора, док Изборни закон није поставио никаква ограничења у погледу преосталог времена до истека редовног мандата. Ово може представљати проблем у пракси, нпр. у ситуацији да је до опозива дошло осам мјесеци до истека мандата, поставља се питање како ће реаговати и поступити Изборна комисија БиХ? Према Изборном закону требала би расписати ријевремене изборе, док према Закону о локалној самоуправи не би. Логично је и сврсисходно да се у овој ситуацији не расписују ријевремени избори, али то је требало бити и наведено у Изборном закону Републике Српске. Мандат начелника изабраног на ријевременим изборима траје до истека текућег мандата органа изабраних на редовним изборима. До избора новог градоначелника/начелника општине, функцију са свим његовим правима и дужностима, врши замјеник градоначелника/ општине или вршилац дужности замјеника.[20]

[18] Чл. 46 Изборног закона Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 34/02, 35/03, 24/04, 101/04, 19/05, 24/12, 94/12 – одлука УС БиХ, 109/12, 45/18 и 18/20.

Одлуком о расписивању ријевремених избора утврђује се тачан датум одржавања избора. Ријевремени избори одржаће се у року од 90 дана од дана престанка мандата начелника. Мандат начелника изабраног на ријевременим изборима траје до истека текућег мандата органа изабраних на редовним изборима.

[19] Чл. 58, ст. 2 и 3 Закона о локалној самоуправи.

[20] У случају престанка мандата градоначелника, односно начелника општине прије истека времена на које је изабран у складу са изборним прописима, а замјеник је

Градоначелник/начелник општине има замјеника који му помаже у вршењу дужности. Замјеника градоначелника/начелника општине именује скупштина, искључиво на приједлог градоначелника/начелника општине.[21] Мандат замјеника траје до краја мандата скупштине која га је изабрала.[22] Замјеник извршава дужности које му повјери градоначелник/начелник општине, замјењује га и дјелује у његово име када је он одсутан или спријечен у извршавању својих дужности. Замјеник градоначелника/начелника општине, дакле, нема карактер општинског органа и његове дужности се могу свести у двије групе послова: извршава дужности које му повјери градоначелник/начелник општине и замјењује градоначелника/начелника општине, дјелући у његово име када је он одсутан или пак спријечен да извршава своје дужности. За свој рад замјеник одговара градоначелнику/начелнику општине. Замјеник градоначелника, односно начелника општине не може истовремено бити службеник или намјештеник у органу јединице локалне самоуправе. Ако се замјеник изабере из реда одборника у скупштини јединице локалне самоуправе, том лицу престаје мандат одборника, јер је замјеник дио локалне извршне власти, а правила подјеле власти не дозвољавају да исто лице истовремено може да буде дио извршне и представничке власти. Имајући у виду наведено, сматрамо да је постојање замјеника градоначелника/начелника непотребно и да би га требало укинути.[23] Умјесто постојања тог локалног функционера, законом би требало прописати да градоначелник у случају потребе, када је одсутан, спријечен да обавља функцију, треба да одреди једног од начелника одјељења који ће га мијењати. Или, ако већ постоји замјеник градоначелника/начелника, треба га бирати непосредно као и градоначелника или да замјеника именује градоначелник из реда неког од посланика

спријечен да обавља дужности или јединица локалне самоуправе нема замјеника, скупштина бира вршиоца дужности замјеника, у складу са статутом и пословником, на приједлог 1/3 одборника до избора новог градоначелника, односно начелника општине, који има све надлежности извршног органа власти у складу са законом (чл. 57, ст. 2 Закона о локалној самоуправи).

[21] Чл. 56 Закона. Према ранијем Закону о локалној самоуправи мандат замјеника начелника трајао је до краја мандата градоначелника, односно начелника општине, односно скупштине јединице локалне самоуправе. Новина овог закона је да се мандат замјеника искључиво веже за мандат скупштине која га је изабрала. Избор, опозив и разрјешење замјеника врши се посредно, од скупштине и Закон не уређује ове поступке, осим што захтијева да се исти врше по поступку предвиђеном за избор, опозив и разрјешење предсједника скупштине, који се уређују статутом јединице локалне самоуправе и пословником о раду скупштине.

[22] Чл. 55 Закона о локалној самоуправи.

[23] Вид. Г. Марковић, *Уставни лавиринт – апорије уставног система Босне и Херцеговине,* Службени гласник, Београд 2021, 541.

скупштине града. Мандат замјеника би требало везати за мандат градоначелника. Ако би градоначелник/начелник био опозван, престао би мандат и његовом замјенику, а в. д. замјеника градоначелника, до нових избора, би именовала скупштина града.

Градоначелник/начелник општине, као носилац извршне власти у јединици локалне самоуправе, има значајна овлашћења и ауторитет која произлазе из његовог статуса и овлашћења, као и овлашћења локалне управе којом руководи и која му је одговорна. Наиме, законом је таксативно прописано двадесет надлежности градоначелника/начелника општине,[24] али и да је одговоран за законитост свих аката које предлаже скупштини. Надлежности градоначелника/начелника општине могу се систематизовати[25] у сљедеће групе: представља и заступа град, односно општину; предлаже скупштини статут јединице локалне самоуправе, одлуке и друга општа акта и одговоран је за законитост ових приједлога; извршава локалну политику, одлуке и друга општа акта која доноси скупштина; извршава пренесене послове републичке управе; доноси планове, програме и друга акта из свог дјелокруга; оснива градску, односно општинску управу и уређује њену унутрашњу организацију; руководи градском, односно општинском управом укључујући и одлучивање о правима, дужностима и одговорностима запослених у тој управи и има сва права и дужности послодавца; одлучује по жалбама у управном поступку против првостепених рјешења градске, односно општинске управе у пословима из самосталног дјелокруга локалне самоуправе.[26]

Градоначелник/начелник општине је одговоран скупштини јединице локалне самоуправе и грађанима за извршење послова из самосталног дјелокруга локалне самоуправе, а републичким органима (али и грађанима) за извршење пренесених послова републичке управе. Одговорност градоначелника, односно начелника општине према скупштини и грађанима има првенствено политички карактер (доводи до престанка мандата опозивом), а одговорност републичким органима има првенствено правни карактер.

[24] Чл. 59 Закона.

[25] Д. Вујић, М. Шопин, М. Драгојевић, Закон о локалној самоуправи са коментарима, 44–45, *https://www.alvrs.com/UcitaneSlike/admin/Dokumenti/zakon-o-lokalnoj-samoupravi-sa-komentarima-2.pdf*.

[26] Начелник општине појављује се као другостепени орган у управним стварима, односно управном поступку по актима које донесе административна служба, односно одређени њен одјел у првом степену, чиме се остварује начело двостепености у управном поступку.

3.1. Градска / општинска управа

Градска/општинска управа је дио извршне власти у дјелокругу локалне самоуправе, надлежна за извршење свих управних, стручних и других послова у надлежности јединице локалне самоуправе. Послови градске/општинске управе су: извршавање и спровођење прописа скупштине и градоначелника, односно начелника општине; припремање нацрта одлука и других аката које доноси скупштина и градоначелник, односно начелник општине; извршавање и спровођење закона и других прописа и обезбјеђење вршења послова чије је извршење повјерено јединици локалне самоуправе; вршење стручних и других послова које јој повјери скупштина и градоначелник, односно начелник општине.[27] Градска/општинска управа нема статус општинског органа, већ је иста саставни дио извршне власти јединице локалне самоуправе коју представља и њоме руководи градоначелник/начелник општине.

Градоначелник/начелник општине оснива градску/општинску управу и утврђује њену структуру и унутрашњу организацију, у законом утврђеним општим границама.[28] Он у циљу организовања и функционисања градске/општинске управе, самостално и без утицаја скупштине доноси одлуку о оснивању градске/општинске управе, којом уређује њену организацију по основним и унутрашњим организационим јединицама, дјелокруг њихових послова у складу са надлежностима утврђеним законом и статутом, руковођење организационим јединицама и друга питања од значаја за организацију и функционисање градске/општинске управе. Градоначелник/начелник општине доноси и правилник о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста управе, којим у складу са одлуком о оснивању (организовању) градске/општинске управе, утврђује радна мјеста по основ-

[27] Чл. 61 Закона о локалној самоуправи. Градска, односно општинска управа је дио извршне власти у дјелокругу локалне самоуправе, надлежна за извршење свих управних, стручних и других послова у надлежности јединице локалне самоуправе, који се могу груписати у сљедеће цјелине: извршавање општих аката које доносе органи јединице локалне самоуправе у оквиру самосталног дјелокруга локалне самоуправе; израда нацрта општих и других аката које доносе органи јединице локалне самоуправе; извршавање програма, планова и појединачних аката органа јединице локалне самоуправе; извршавање закона и других прописа који су пренесени на локалну самоуправу од републичког нивоа власти; вођење управног поступка у дјелокругу градске, односно општинске управе; непосредни инспекцијски надзор, укључујући и комунално-инспекцијски надзор, у дјелокругу градске, односно општинске управе; вођење одговарајућих службених евиденција и издавање одговарајућих докумената на основу тих евиденција; извршавање других стручних и осталих послова које јој одреде органи јединице локалне самоуправе.

[28] Чл. 60 Закона о локалној самоуправи.

ним и унутрашњим организационим јединицама, послове који се врше по појединим радним мјестима, опште и посебне услове за распоређивање запослених на радна мјеста, усклађене са релевантним прописима којима се утврђују занимања и број извршиоца на појединим радним мјестима.

Из наведеног произилази закључак да је градоначелник/начелник општине, као носилац извршне власти у јединици локалне самоуправе, надређен цјелокупној градској/општинској управи и одговоран за њен рад. Међутим, једно законско рјешење заврређује пажњу. Наиме, начелнике одјељења у градској/општинској управи бира скупштина јединице локалне самоуправе на приједлог градоначелника/начелника након претходно расписаног јавног конкурса. Вјероватно се оваквим рјешењем настојала постићи извјесна равнотежа власти, у смислу да и скупштина има одређеног утицаја на рад градске управе именовањем начелника одјељења. Међутим, у ситуацији када градоначелник припада једној политичкој опцији, а скупштинску већину чини супротна политичка опција, (као нпр. тренутно у Бањој Луци, или Бијељини) у пракси може настати, (а у Б. Луци је и настао) проблем, у избору и именовању начелника одјељења, јер обје стране желе да именује „своје“ личности.[29] То је довело до ситуације да Град Бања Лука ни након три године нема именоване све начелнике одјељења што ствара проблеме у функционисању и раду градске управе и њених служби, што се опет негативно рефлектује и на рад скупштине односно функционисање локалне заједнице у цјелини. Притом, одговорност за неизбор начелника одјељења и проблеме који због тог настају, градоначелник и скупштина пребацују једни на друге. Овдје се намеће питање и недоумица: ако је већ градоначелник/начелник носилац цјелокупне извршне власти на локалном нивоу, надређен градској управи, самостално доноси сва акта у вези с њеном организацијом и структуром, одговара за њен рад и сл., да ли би онда и избор начелника одјељења требао бити у надлежности градоначелника? То би онда, подразумијевало и да градоначелник преузима апсолутну одговорност за (не)рад начелника одјељења, за (не)рад одјељења којима ти начелници руководе, а свакако је одговоран за рад цјелокупне градске/општинске управе. У недоумици смо да би то било боље рјешење од садашњег. Овако, конкретно у Бањој Луци, умјесто начелника одјељења којих нема, градоначелник је овластио одређена лица у одјељењима за потписнике аката, („овлаштени потписник“) што је упитно са аспекта законитости, а те и такве акте онда скупштина града (не)прихвата као

[29] Законска обавеза расписивања јавног конкурса за пријем на рад на мјесто начелника одјељења у пракси се ипак своди на политичку орјентацију кандидата који су се пријавили на конкурс.

валидне. Скупштина инсистира на избору начелника, градоначелник их не предлаже, а иза свега тог стоји непостојање политичког договора између градоначелника и скупштинске већине. Иако се начелници одјељења предлажу и бирају након спроведеног јавног конкурса, међутим, у пракси се то ипак своди на политички договор између градоначелника и скупштинске већине, којег у Б. Луци, нема.

3.2. Међусобни односи скупштине и градоначелника/начелника општине

Према законским нормама, међусобни односи скупштине и градоначелника/начелника општине заснивају се на принципима међусобног уважавања и сарадње, уз појединачну одговорност за остваривање властитих надлежности и заједничку одговорност за функционисање јединице локалне самоуправе.[30] Градоначелник/начелник општине дужан је да редовно информише скупштину о остваривању политике јединице локалне самоуправе, да одговара на одборничка питања и иницијативе на начин и у роковима утврђеним статутом и пословником, док је, с друге стране, Скупштина дужна да размотри приједлоге аката, односно извјештаја и информација које поднесе градоначелник, односно начелник општине и о њима се изјасни у роковима утврђеним статутом и пословником.[31] То се односи на све акте, информације и извјештаји које скупштини подноси градоначелник, односно начелник општине, а статутом и пословником треба да се конкретизују начин и рокови извршавања ових обавеза скупштине. Органи јединице локалне самоуправе заједно одговарају заједници за рјешавање проблема и стање у одређеној области, али и јединици локалне самоуправе у цјелини.

У пракси су присутни проблеми у односима скупштине и градоначелника/начелника општине, прије свега због недовољног уважавања права и одговорности оног „другог“. То је нарочито присутна појава у случајевима кохабитације, када градоначелник односно начелник и скупштинска већина долазе из различитих и супротстављених политичких партија и коалиција. У таквим околностима долазило је до покретања поступка опозива начелника (у неким локалним заједницама и по два пута) што је била сва чешћа појава.

[30] То значи да на примјер градоначелник, односно начелник општине одговара за предлагање одговарајуће одлуке за уређивање одређених односа у одговарајућој области и за уставност и законитост приједлога, а скупштина одговара за доношење одлуке којом се ти односи уређују, било у тексту који је предложио градоначелник, односно начелник општине, било у неком другом тексту.

[31] Чл. 70 и 71 Закона о локалној самоуправи.

4. ЛОКАЛНА ВЛАСТ У УСЛОВИМА КОХАБИТАЦИЈЕ – МОГУЋНОСТ ОПОЗИВА ГРАДОНАЧЕЛНИКА/НАЧЕЛНИКА И РАСПУШТАЊА ЛОКАЛНЕ СКУПШТИНЕ

У међусобном функционисању и раду начелника општине и скупштине општине, важну улогу има чињеница да ли начелник општине долази из политичке опције која истовремено има већину одборника у скупштини општине, или пак из супротног политичког блока (опозиције). Са правног и политичког аспекта оваква ситуација може одражавати и висок ниво демократије на локалном нивоу, гдје већина грађана указује повјерење одборницима једне политичке опције, док та већина при избору начелника даје повјерење кандидату друге политичке опције у којег имају више повјерења да ће бити бољи у локалној заједници. Грађани на локалним изборима непосредно бирају и одборнике и начелнике општина и од њих очекују одговоран рад на проблемима својих заједница. Изабрани представници су, с тим у вези, одговорни да власт након избора функционише нормално, а не да се међусобно оптужују за опструкцију. Међутим, у пракси се показало да, уколико (градо)начелник припада једној политичкој опцији, а скупштинску већину чине одборници друге политичке опције, доношење и провођење одлука од стране скупштине општине и начелника иде веома тешко, споро или никако. Само у посљедњој деценији а и данас[32], свједоци смо бројних случајева нефункционисања локалних власти уз међусобно оптуживање одборника и начелника за тренутно стање. (Пре)често се мијењају скупштинске већине, смјењују или именују кључни људи локалних администрација (начелници одјељења, директори локалних јавних установа, стално се траже, а ријетко

[32] Нпр. У Бањој Луци, у којој у околностима кохабитације, има проблема у функционисању Града и међусобним односима градоначелника и скупштине, о чему медији готово свакодневно извјештавају. Вид. „Banja Luka ni večeras nije dobila budžet, nastavljen sukob Stanivukovića i odbornika“, *https://avaz.ba/vijesti/bih/641514/banja-luka-ni-veceras-nije-dobila-budzet-nastavljen-sukob-stanivukovica-i-odbornika?fb_comment_id=4168238726521848_4168;* „Banja Luka: nova politička blokada i sukobi“, *https://www.gerila.info/banjaluka-nova-politicka-blokada-i-sukobi-video/*, „Politički sukobi usporili rad gradskog parlamenta. Građani ispaštaju dok se većina u Skupštini i gradonačelnik svađaju“, *https://vijestisrpske.com/politicki-sukobi-usporili-rad-gradskog-parlamenta-gradjani-ispastaju-dok-se-vecina-u-skupstini-i-gradonacelnik-svadjaju-foto-video/*; „Otkazana sjednica banjalučke Skupštine, sukob gradonačelnika i skupštinske većine“, *https://bhrt.ba/otkazana-sjednica-banjalucke-skupstine-sukob-gradonacelnika-i-skupstinske-vecine;* „Nastavljena kriza u odnosima gradonačelnika i skupštinske većine u Banjaluci“, *https://federalna.ba/nastavljena-kriza-u-odnosima-gradonacelnika-i-skupstinske-vecine-u-banjaluci-ys1fl*; „Svađa oko nestalih miliona! Sednica Skupštine grada Banjaluka o rebalansu budžeta u znaku verbalnih sukoba“, *https://www.novosti.rs/republika-srpska/vesti/1044231/svadja-oko-nestalih-miliona-sednica-skupstine-grada-banjaluka-rebalansu-budzeta-znaku-verbalnih-sukoba*.

спроводе тумачења министарства за локалну самоуправу, итд.) што за посљедицу има неусвајање (ребаланса) буџета, планова рада и других кључних докумената за чије су постојање одговорни управо и одборници и начелник. Стога можемо рећи, да један орган, на неки начин, кочи и блокира рад другог органа локалне самоуправе. Исто тако, пракса у Републици Српској показује да су овакве појаве више настајале као резултат промјене скупштинске већине због преласка појединих одборника из једне у друге политичке партије, или због уласка/изласка политичких партија из скупштинске већине, него ли због воље бирача у смислу да након одржаних избора начелник и већина одборника долазе из различитих политичких опција. Међутим, на локалним изборима 2020. године, у Бањој Луци и Бијељини настала је и та ситуација – изабрани градоначелник припада једној политичкој опцији док су скупштинску већину чине одборници из супротне политичке опције.

У посљедњих десетак година због сукоба начелника општина и скупштинске већине који су били из различитих политичких опција, односно проблема у раду и нефункционисању локалног парламента, било је покретања поступака за опозив начелника и изјашњавања грађана у више општина.[33] Током процеса опозива начелника функционалност локалних скупштина је значајно смањена. Због политичке припадности кључних особа у одјељењима општинских служби као и фокусирања рада скупштине на процес опозива, долази до застоја у дјеловању локалних самоуправа. Политичке партије мобилишу своје ресурсе у сврху политичке борбе са опонентима, при чему су виђенији појединци из општинских администрација примарно укључени. Осим физичког ангажмана битних појединаца из администрације, присутан је и застој из политичких разлога, при чему свака страна успорава процесе како би онемогућила другу партију да постигне некакав резултат и тиме поправи своје шансе у референдуму о опозиву начелника. Јалове расправе без резултата у скупштинама, у условима бројних одлука које треба донијети јесу класичан облик опструкције рада, при чему цијену плаћају грађани и привреда очекујући те одлуке у недоглед. У половини случајева опозиви су били неуспјешни, а на губитку су највише били грађани. То су, уосталом, и били поводи за увођење института распуштања локалне скупштине, као

[33] У Кнежеву (2014. и 2015. године), у 2015. години у општинама Котор Варош, Србцу, Милићима, Шипову; у 2018. у Рудом и у 2019. години у Теслићу, а 2022. у Вишеграду, у 2023. у граду Бијељина. У појединим општинама „опозив је спровођен просто зато што је већина у представничком тијелу жељела да након опозива дотадашњег начелника обезбједи избор новог начелника из својих редова“. – Г. Марковић, 536.

превентивне мјере за спречавања олаког покретања опозива начелника, али и као излазне стратегије за нежељене ситуације у локалним самоуправама.[34]

4.1. Опозив начелника/градоначелника и распуштање локалне скупштине

Према новом Закону о локалној самоуправи из 2016. године, Народна скупштина може на приједлог Владе да распусти скупштину из неколико разлога,[35] а један од њих је и неуспјешан опозив начелника/градоначелника. Неуспјешан опозив начелника/градоначелника, као разлог због којег локални парламент може бити распуштен, привлачи највише пажње у стручној, а и широј јавности у Републици Српској, јер је прије доношења Закона о локалној самоуправи 2016. године, било покушаја опозива начелника, а убрзо након доношења закона, десила су се два неуспјела опозива, у општини Рудо и Теслић. Анализа ова два неуспјела опозива начелника општине у Рудом и Теслићу показују да је да приликом доношења Закона о локалној самоуправи требало пажљивије анализирати и Изборни закон Републике Српске и извршити њихово усаглашавање и прецизирање у погледу поступка опозива, јер у садашњем облику садрже конфузна рјешења у процедуралном смислу. Да би то доказали, неопходно је претходно навести поступак опозива начелника који је регулисан Изборним законом Републике Српске.[36]

---

[34] Превентивни утицај овог института се огледа у томе да начелник и одборници разумију да су заједно одговорни да власт буде успостављена у разумном и прописаном року, и да се буџет и други кључни документи морају донијети такође у разумним роковима, тј. да у укупном смислу локална власт функционише. Такође, двије стране морају разумјети да се неће моћи окористити било каквом блокадом јер уколико постоји блокада то значи да локална власт не функционише и да ће такво стање имати негативне посљедице по њихове приходе, као и статус у крајњем случају. Обје стране ће имати интерес да се договоре јер у противном могу доћи у позицију да ризикују своје позиције на ванредним изборима, што не мора резултирати позитивно по њих. Можда буду, а можде и не, поново изабрани на своје добре функције. Могућност расписивања пријевремених избора за оба локална органа власти представља и излаз из ситуација потпуне блокаде рада локалних власти, од чега проблеме и губитке имају управо и једино грађани.

[35] Ти разлози су: 1) ако се не конституше скупштина у року од три мјесеца од дана потврде резултата избора од надлежног органа; 2) ако скупштина у законом одређеном року не донесе буџет јединице локалне самоуправе који је предложен на начин, у роковима и по поступку прописаним законом, 3) ако не одржи сједницу скупштине дуже од три мјесеца; 4) ако након спроведеног поступка опозива градоначелник, односно начелник општине не буде опозван (чл. 152 Закона).

[36] Чланови 45, 45а, 45б, 45в, 45г Изборног закона Републике Српске. О опозиву начелника општине и градоначелника вид. G. Marković, “On the recall of a mayor in Republika Srpska“, *Collection of papers Faculty of Law Niš* 99/2023, 143–167.

Иницијативу за опозив начелника, која мора бити образложена, могу покренути једна трећина одборника или 10% бирача уписаних у бирачки списак општине. Скупштина општине дужна је да све иницијативе за опозив начелника стави на дневни ред. Одлуку о покретању опозива начелника скупштина општине доноси већином гласова од укупног броја одборника.[37] Поступак опозива спроводи се у року од 30 дана од дана ступања на снагу одлуке о покретању поступка за опозив начелника. Грађани одлучују у поступку опозива непосредним тајним гласањем. Начелнику општине мандат престаје ако се за његов опозив изјасни натполовична већина од броја бирача који су изашли на гласање за опозив.[38] Истовремено са доношењем одлуке о покретању поступка за опозив начелника, скупштина општине именује Комисију за спровођење поступка опозива начелника општине (у даљем тексту: Комисија).[39] Према Изборном закону Комисија, између осталог, „сачињава и подноси извјештај скупштини општине о резултатима изјашњавања грађана о опозиву начелника општине“. Скупштина општине усваја извјештај Комисије и доставља Републичкој изборној комисији (РИК) одлуку о усвајању извјештаја Комисије и гласачки материјал. РИК провјерава законитост одлуке скупштине општине о усвајању извјештаја Комисије, као и цјелокупног спроведеног поступка за опозив. Уколико је донесена одлука о опозиву начелника, РИК доставља извјештај о спроведеном поступку за опозив начелника са одговарајућим подацима Централној изборној комисији Босне и Херцеговине, ради провјере законитости престанка мандата у складу са Изборним законом Босне и Херцеговине.

Након прва два неуспјела покушаја опозива начелника општина, (Рудо, Теслић)[40], након ступања на снагу новог Закона о локалној самоуправи, то се у правној политичкој, и у широј јавности наметнуло питање да ли ће до распуштања локалних скупштина заиста и

[37] Средства за спровођење поступка опозива начелника обезбјеђују се у буџету општине. Одлуком о покретању поступка за опозив начелника општине утврђује се: питање о којем ће се грађани изјашњавати у поступку за спровођење опозива, датум изјашњавања грађана и финансијска средства потребна за спровођење поступка опозива начелника.

[38] Ако начелник општине не буде опозван, поступак поновног опозива не може се окренути прије истека рока од годину дана од дана изјашњавања бирача о његовом опозиву

[39] Комисија има три, пет или седам чланова, од којих је један члан предсједник. Предсједник и чланови Комисије имају замјенике. Број чланова Комисије једнак је броју чланова општинске изборне комисије, и у њен састав могу бити именовани чланови општинске изборне комисије. За предсједника и чланове Комисије именују се лица која испуњавају услове за именовање чланова општинске изборне комисије.

[40] И у једној и у другој локалној заједници, скупштинска већина није „подржавало“ начелника и спровођење било каквих одлука практично је било онемогућено

доћи. Имајући у виду релевантне одредбе Изборног закона и Закона о локалној самоуправи можемо рећи да нормативни оквир не садржи цјеловита и прецизна правила што се прије свега, односи на поступак распуштања локалног парламента. Исто се може рећи и за одредбе Изборног закона Републике Српске којим је прописан поступак опозива начелника општине, односно градоначелника. То се прије свега односи на чињеницу да је Закон о локалној самоуправи прописао да Влада предлаже Народној скупштини распуштање локалне скупштине, али није прецизирано ко покреће иницијативу према Влади за распуштање локалне скупштине, ако је испуњен неки од разлога? Да ли је неопходна иницијатива начелника општине за распуштање скупштине? Или ће Министарство управе и локалне самоуправе (даље: Министарство), по службеној дужности, на основу властите процјене и оцјене, поднијети приједлог Народној скупштини за распуштање, без постојања било какве иницијативе, односна да иста није ни била неопходна? Ова питања су дошла до изражаја након неуспјелог опозива начелника у ове двије општине. Након неуспјелог опозива и један и други начелник су послали иницијативу за распуштање скупштине, али је Министарство, притом, заузимало различите ставове. Наиме, Министарство је у двије идентичне ситуације поступило различито, па и контрадикторно у тумачењу и примјени прописа. У случају општине Рудо, начелник је доставио иницијативу која је прихваћена у Министарству, разматрана, била на сједници Владе која је усвојила. У случају Теслића, начелник исто доставља иницијативу, међутим, Министарство у саопштењу „обавјештава јавност да начелник општине није овлаштен да покреће процедуру за распуштање Скупштине јединице локалне самоуправе“.[41] Ако прихватимо став Министарства да начелник није овлашћен да покрене процедуру, поставља се питање, ко јесте? С обзиром на то да Министарство у складу са Законом о локалној самоуправи врши надзор над радом органа јединице локалне самоуправе, могло би се закључити да, уколико наступи један од разлога за распуштање скупштине јединице локалне самоуправе, Министарство иницира, односно предлаже Влади Републике Српске покретање поступка за распуштање скупштинске јединице локалне самоуправе. Ако прихватимо такав став, намеће се питање да ли Министарство поступа *ex officio*, или је ипак, неопходна иницијатива начелника који је остао на функцији, као што је то био случај код општине Рудо? Када је Министарство дужно да то учини и у којем року? Треба истаћи и једну битну чињеницу а то је да Скупш-

[41] „Министарство управе и локалне самоуправе – Теслић - Саопштење за јавност“ *http://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/muls/media/vijesti/Pages/teslic-referendum.aspx,* објављено 23. јула 2019, приступљено: 29. јануара 2024.

тина Рудог усвојила Извјештај комисије о спроведеном поступку за опозив, како то и предвиђа Изборни закон Републике Српске, док Скупштина у Теслићу није усвојила тај Извјештај. Ту долазимо и до мањкавости Изборног закона Републике Српске који прописује опозив начелника. Суштина је у томе да у случају да опозив не успије, односно ако грађани дају подршку начелнику или градоначелнику, скупштина општине која је покренула опозив може једноставно да не усвоји извјештај комисије коју је формирала, што се и десило у Теслићу. Изборни закон садржи норму само о усвајању извјештаја у позитивном смислу, тј. у смислу „усваја се извјештај....“ те наводи сљедећи корак, који је у надлежности РИК-а. Међутим, закон не предвиђа нити даје одговор на питање: шта ако извјештај Комисије, скупштина општине не буде усвојила, без обзира да ли је референдум о опозиву начелника успио или не? То је мањкавост Изборног закона која је присутна била и до сада, а сада још више долази до изражаја јер неуспјели опозив начелника представља разлог који може довести до распуштања локалне скупштине. Дакле, опозив начелника и распуштање локалне скупштине[42] су међусобно повезани институти.[43] Стога су неопходне измјене оба закона с циљем да се прецизније ријеши питање опозива челних људи локалних заједница и распуштања локалних парламената у случају неуспјелог опозива, чиме би се увело више одговорности у рад одборника у локалним парламентима.

У том смислу, прије свега, поставља се питање: да ли је уопште потребно формирање *ad hoc* комисија за спровођење референдума о опозиву начелника општина, као и усвајање њеног извјештаја, када већ постоје Општинске/Градске изборне комисија, као стална изборна тијела, и изнад ње Републичка изборна комисија? Сматрамо да је непотребно именовање *ad hoc* комисија за спровођење референдума које формирају локалне скупштине, као што предвиђа постојећи закон, већ да тај поступак треба да спроводе општинске изборне комисије које већ постоје у општинама. Коначне резултате референдума би, као и до сада, верификовала Републичка изборна комисија, с тим што би одмах по њиховом објављивању почели да теку прецизно утврђени рокови или за избор новог начелника, ако је опозив успио, или (ако није успио), рок за покретање поступка за распуштање

[42] „У раздобљима кохабитације, предност је тог института да подстиче сарадњу. Негативна страна је она финанцијска, посебно ако је ријеч о малим општинама које имају мала средства и буџете. Осим финансијског, није занемарив ни онај временски ефект. Након проведених избора, потребно је неко вријеме да се поново конституише представничко тијело и започне с нормалним радом“. M. Crnković, „Raspuštanje lokalnih predstavničkih tijela“, *Hrvatska i komparativna javna uprava (HKJU – CCPA)* 3/2012, 830.

[43] Оба института имају и добре и лоше стране. О томе вид. Г. Марковић, 536–540.

локалне скупштине, коју би (ако се за то одлучи) иницирао начелник општине, а поступак спровело Министарство. Одлуку о распуштању локалне скупштине би доносила Влада (или Народна скупштина) при чему би се та одлука могла оспоравати пред судом, који би о томе морао приоритено, у кратком року, одлучивати. Притом, начелник општине може иницирати распуштање скупштине.

Рећи ћемо, на крају да је у поменута два случаја, Влада прихватила иницијативу[44] оба начелника за распуштање локалне скупштине и упутила приједлог Народној скупштини да се донесе одлука о распуштању, што Народна скупштина није усвојила. Примјећујемо да је Народна скупштина одлучивала о приједлогу Владе за распуштање скупштине општине Рудо, тек након девет мјесеци. С обзиром на то да је Влада већ раније, крајем марта прихватила иницијативу начелника општине Рудо, односно Министарства за распуштање локалне скупштине, поставља се питање зашто Народна скупштина приједлог Владе није имала раније на дневном реду, односно зашто раније већ није одлучивала о томе, под условом да је Министарство односно Влада и доставила приједлог? Или, зашто се Влада огласила о (не)прихватању иницијативе за распуштање локалне скупштине у Теслићу након више мјесеци? То се могло десити из разлога што Закон о локалној самоуправи није предвидио рокове у којем би Влада требала да разматра иницијативу, односно да поднесе приједлог Народној скупштини за распуштање локалног парламента, нити предвиђа рок у којем би Народна скупштина требала о томе да одлучује. Тиме се обезвређује смисао овог института, односно губе његови ефекти.

Важећим законским нормама се може приговорити и да не уважавају у довољној мјери вољу грађана – бирача.[45] Наиме, иницијатива за иницирање процеса опозива начелника, коју тренутно може поднијети 10% регистрованих бирача у једној општини, не мора резултирати референдумом јер скупштина то не мора прихватити. Слажемо се са мишљењем да „није демократски легитимно да група од 16 људи (или мање, у зависности од броја посланика у локалној скупштини) може

[44] Влада Републике Српске, 28. марта 2019. прихватила иницијативу за распуштање Скупштине општине Рудо, а исто тако, 19 септембра 2019, Влада је прихватила и иницијативу за распуштање Скупштине општине Теслић. Притом, Министарство управе и локалне самоуправе је било задужено да иницијативе достави Народној скупштини Републике Српске на даље поступање. Народна скупштина, на сједници одржаној 10. децембра 2019, након обједињене скупштинске расправе, одлучивала је о приједлогу Владе за распуштање скупштине општине Рудо и Теслић, и, притом, није усвојила приједлоге одлука о распуштању.

[45] Постоје случајеви у којима одборници и начелници изгубе кредибилитет за свој (не)рад код грађана али они (грађани) не могу ништа учинити већ чекати у недоглед.

да одбије иницијативу коју су поднеле хиљаде, па чак и десетине хиљада бирача..... Демократски потенцијал опозива био би поткопан ако би локална скупштина била јача од било ког броја бирача. То је сада случај, што се мора критиковати. Законодавац је намјеравао да ефикасно ограничи учешће грађана у процесу опозива и успио је у томе, што је супротно принципима демократског легитимитета и народног суверенитета.“[46] Садашње законско рјешење чини овај демократски механизам прилично бесмисленим и оставља грађане без могућности утицаја у случајевима нерада локалних власти. „Због тога што је локална власт најближа грађанима, механизам доношења одлука треба да буде отворен за непосредно учешће локалног становништва“.[47] Са друге стране, овакав механизам у рукама грађана био би врло легитиман – уколико нпр. 10% или 20% бирача изашлих на задње локалне изборе одређене општине или града потпише петицију (уз релевантне личне информације како би се избјегле злоупотребе), онда то значи да актуелне власти више не раде у интересу оних који су их бирали и треба да провјере свој статус на ванредним изборима. Консеквентно, овакав механизам, ће ојачати одговорност у раду изабраних представника, посебно одборника, који морају схватити да имају одговорност за свој рад и да током свог мандата могу и отићи са тих функција уколико јавна средства троше без позитивних ефеката по квалитет живота грађана.

На основу анализе нормативног оквира локалне извршне власти у Републици Српској, заступљене у инокосном облику у виду начелника/градоначелника и (не)функционисању у пракси, сматрамо да се у будућем периоду организација и положај извршне власти у јединицама локалне самоуправе може кретати у два правца. Први је задржавање садашњег монократског концепта локалне самоуправе у Републици Српској, али уз побољшање нормативног оквира кроз измјену законских норми, о чему смо до сада говорили. Друга опција је напуштање садашњег концепта и (поновно) увођење колегијалног типа локалне извршне власти. У наставку рада ћемо покушати изнијети и начин таквог организовања локалне извршне власти, који би, по нашем мишљењу, можда и више одговарао у политичким, друштвеним околностима у Републици Српској. У сваком случају, „каква ће локална самоуправа бити у једној држави и у коликој ће се мјери

[46] G. Marković, 153–154.

[47] С. П. Орловић, *Уставно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018, 376.

остваривати, зависи од многих фактора, али је то, у првом реду, ствар политичке процјене највиших органа државне власти”.[48]

5. ИЗВРШНИ ОДБОР КАО КОЛЕГИЈАЛНО ИЗВРШНО ТИЈЕЛО У ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ – КОНЦЕПТ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ?

У колегијалном типу локалне извршне власти, извршне функције обавља више појединаца који у формалном смислу чине једно колегијално извршно тијело које има различите називе (одбор, комисија, вијеће итд.). То тијело има, са једне стране, политичко-извршне задатке, а с друге стране и управно-координативне. Наиме, оно покреће, припрема, организује процес одлучивања у локалној скупштини, али и брине о провођењу донесених одлука и по потреби доноси акте и одлуке за извршавање скупштинских одлука. Осим тога, то колегијално извршно тијело усмјерава, усклађује и надзире рад локалне управе и других управних служби.[49]

Колегијални тип који такође има четири варијанте по начину селекције: а. извршни одбор – бира га локално представничко тијело, у правилу из реда својих чланова (нпр. у Аустрији); б) управни одбор – у њему су предсједник и/или чланови именовани као професионалци (нпр. магистратско уређење у неким земљама Њемачке); ц) комунални одбор – његове чланове непосредно бирају грађани (нпр. у кантонима Швајцарске); д) одбор на челу са предсједником – у његовом избору судјелује централна власт.[50] Имајући у виду политички, друштвени амбијент и укупне околности у Републици Српској, сматрамо да би од наведених варијанти за наше прилике најадекватнији био концепт са извршним одбором.

5.1. Извршни одбор као колегијално извршно тијело

За систем извршног одбора карактеристично је да се у њему већина извршних функција повјерава колегијалном органу, а све њих бира локално представничко тијело, у правилу, из реда својих чланова. Тај

[48] С. Савић, И. Милинковић, „Уставноправни оквир локалне самоуправе у Републици Српској“, *Модерна управа (часопис за управно-правну теорију и праксу, Агенција за државну управу Републике Српске)* 3-4/2010, 13–14.

[49] Обично су међу њима задужења подијељена, али све важне извршне одлуке доносе на сједницама, при чему су сви чланови колегија у начелу равноправни. Чак ако предсједник тог тијела има нека самостална овлашћења, што је размјерно често, он је у одлучивању на сједницама формално изједначен с осталима те може остати у мањини.

[50] S. Ivanišević, *Izvršne institucije u lokalnoj samoupravi – tipologija strukturnih oblika i komparativni pregled*, Institut za javnu upravu, Zagreb 2008, 22–23.

се начин данас примјењује у већини развијених европских земаља, с тиме да се начин избора разликује у детаљима. Најчешће се кандидати бирају из реда чланова локалног представничког тијела, а тада је критериј избора примарно политички. Изабран ће бити онај кандидат који ужива повјерење већине чланова локалног представничког тијела, при чему је у другом плану питање у којој мјери кандидат има потребно стручно знање и способности за обављање функције. Тај се колегиј сматра подређеним локалном представничком тијелу, те му је у формалном смислу одговоран за обављање извршних послова. Ако локално представничко тијело није задовољно дјеловањем свога извршног органа, може му изгласати неповјерење и тако изнудити његову оставку. Међутим, ваља истаћи да је стварна позиција тог извршног колегија у локалном систему много јача него што би се могло закључити из његове формално дефинисане улоге. Најприје, извршни је одбор главни иницијатор процеса одлучивања у локалном представничком тијелу у којем се већина одлука доноси на основу његових приједлога. Ако је неки други субјект (нпр. одборник или одређени број грађана-бирача) предложио локалном представничком тијелу доношење одлуке, о том се приједлогу не може одлучивати без претходног мишљења извршног одбора. А ако се извршни одбор не слаже с тим приједлогом, мала је вјероватноћа да ће га већина у локалном представничком тијелу прихватити супротно образложеном мишљењу извршног одбора. Извршни се одбор брине о провођењу нормативних аката и других одлука локалног представничког тијела. У тој улози обично је овлаштен доносити прописе неопходне за извршавање аката скупштине, а којима се детаљније и регулише конкретна материју. Провођење често укључује доношење појединачних аката којима се у конкретним случајевима рјешавају одређена питања од општег интереса, као и провођење одређених мјера и акција ради остварења дефинисане локалне политике. Коначно, али не и најмање важно, извршни одбор обично има широка овлашћења у усмјеравању, усклађивању и надзору над дјеловањем локалних управних организација, од именовања и разрјешења челних људи у тим организацијама до додјељивања и ускраћивања одобрених буџетских средстава. Укратко, може се рећи да је у систему извршног одбора у правилу остварена концентрација утицаја на једном ужем тијелу које формира локална скупштина. Два су главна разлога за такву концентрацију овлашћења и утицаја у извршном одбору, организационо-технички и политичко-интересни. С једне стране, због потребе да у њему буду адекватно представљени поједини дијелови локалног становништва, локалне скупштине у правилу имају већи број чланова. Обично одборници имају своје редовно занимање, те уз њега обављају и одборничку функцију, па се може поставити питање њихове посвеће-

ности и енергије коју улажу у раду локалног парламента. Скупштина се повремено састаје, а и кад се састане, одборници морају у релативно кратком времену одлучивати о великом броју разноврсних проблема дефинисаних у већем броју тачака дневног реда, којима могу посветити само ограничену пажњу. Све то има као посљедицу сразмјерно низак степен оперативности и мањка континуитета у вођењу локалних послова. Стога је са аспекта осигурања континуитета и оперативности у локалном управљању нужна концентрација на једном ужем, оперативнијем тијелу. С друге стране, тамо гдје се у локалним изборима примјењује сразмјерни (пропорционални) изборни систем, а то је случај код нас, локалне скупштине имају релативно висок степен политичке хетерогености. У огромној већини јединица локалне самоуправе у Републици Српској, мандате у скупштини добије већи број странака, што се односи и на скупштинску већину. Обично ниједна политичка странка нема ону већину у локалној скупштини која је потребна да би се могла донијети одлука, већ је за доношење одлуке потребно прибавити сагласност других, а то захтјева постизање компромиса при предлагању одлуке. Да се то усклађивање не би проводило сваки пут наново и тако отежао, а понекад и онемогућио процес одлучивања, потребно је успоставити трајну платформу за усклађивање интереса и за одржавање доминантне политичке коалиције у скупштини. Такву трајну платформу политичко-интересне интеграције представља колегијални извршни орган. У њему се налазе изабрани представници оних политичких партија које чине владајућу коалицију у скупштини, те се на његовим сједницама филтрирају различити захтјеви, усклађују интереси и стајалишта те формулирају приједлози одлука које ће потом прихватити већина у локалном представничком тијелу. Док би се организационо-технички проблем функционисања локалног система управљања у начелу могао ријешити и успоставом монократске извршне структуре, дотле је за рјешавање политичко-интересног проблема потребно формирати колегијални извршни орган, јер се само на тај начин може осигурати трајно одржавање владајуће коалиције у условима кад ниједна политичка партија не контролише већину мјеста у локалном представничком тијелу,[51] као што је то случај у већини локалних заједница у Републици Српској. Стога сматрамо да би и у Републици Српској требало размислити о увођењу модела колегијалног извршног тијела у локални систем власти, што би, према нашем мишљењу, допринијело бољем функционисању

[51] Стога су бројне европске земље прихватиле такав тип извршног одбора локалног представничког тијела, неријетко га комбинирајући с неким елементима монократског модела.

локалне власти а тиме би се унаприједио и квалитет живота грађана у локалним заједницама.

6. ЗАКЉУЧАК

У Републици Српској јединице локалне самоуправе су општине и градови у којима нормативну функцију обавља скупштина општине/града, као представничко (политичко) тијело, док извршну функцију обавља начелник општине, а у граду градоначелник. Његова основна функција је да заступа и представља јединицу локалне самоуправе, а као носилац извршне власти, надређен је и одговоран за рад цјелокупне градске/општинске управе која нема статус општинског органа, већ је иста саставни дио извршне власти. Градоначелника/начелника општине, бирају грађани на општим непосредним изборима за период од четири године у складу са изборним прописима, у складу с којима се проводи и његов опозив. Позитивним прописима није ограничен број мандата градоначелника/начелника, што није добро рјешење, те би требало би ограничити број мандата. Градоначелник/начелник општине, има значајна овлашћења, али је одговоран за законитост свих аката које предлаже скупштини.

У пракси су присутни проблеми у односима скупштине и градоначелника/начелника, прије свега због недовољног уважавања права, и одговорности оног „другог“. То је нарочито присутна појава у случајевима кохабитације, када градоначелник/начелник и скупштинска већина долазе из различитих и супротстављених политичких партија и коалиција. У таквим околностима између њих често долази до несугласица, сукоба. Само у посљедњој деценији а и данас, свједоци смо бројних случајева нефункционисања локалних власти уз међусобно оптуживање одборника и начелника за такво стање. Долазило је до покретања поступка опозива начелника (у неким локалним заједницама и по два пута) што је била сва чешћа појава. Према Закону о локалној самоуправи из 2016, године, Народна скупштина може, на приједлог Владе да распусти скупштину из једног из неколико разлога, а један од њих је и неуспјешан опозив начелника/градоначелника. Опозив начелника и распуштање локалне скупштине су, дакле, међусобно повезани институти. Истичемо да у вези с овим питањем постоји одређена неусклађеност два закона у Републици Српској: Изборног закона и Закона о локалној самоуправи. Потребно је извршити њихово усаглашавање и прецизирање у погледу поступка опозива, јер у садашњем облику садрже конфузна рјешења у процедуралном смислу, односно не садрже цјеловита и прецизна правила и у погледу поступка распуштања локалног парламента, и у погледу поступка опозива начелника/ градоначелника. Стога су неопходне измјене оба закона

с циљем да се прецизније ријеши питање опозива челних људи локалних заједница и распуштања локалних парламената у случају неуспјелог опозива, чиме би се увело више одговорности у рад одборника у локалним парламентима.

Задржавање садашњег монократског концепта са непосредно изабраним начелником/градоначелником захтијевало би побољшање нормативног оквира. Друга могућност је промјена концепта организације локалне извршне власти у смислу увођења колегијалног извршног тијела, којег би заједно са предсједником, бирала скупштина града/општине. Требало би размислити о увођењу модела колегијалног извршног тијела у локални систем власти, што би, према нашем мишљењу, допринијело бољем функционисању локалне власти у Републици Српској.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Врањеш Невенко, Лешчен Ивана, „Локална самоуправа у Републици Српској у времену транзиције“, *Политеиа* 5/2013;
2. Вујић, Драгана, Шопин, Миланка, Драгојевић, Милиана, *Закон о локалној самоуправи са коментарима, https://www.alvrs.com/UcitaneSlike/admin/Dokumenti/zakon-o-lokalnoj-samoupravi-sa-komentarima-2.pdf*;
3. Zlokapa, Zdravko, „Lokalna samouprava u komplikovanoj državi – lokalna samouprava u Bosni i Hercegovini“, *Modeli organizacije lokalne samouprave. Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Makedonija, Srbija* (ur. Z. Zlokapa, D. Damjanović), Palgo centar, Beograd 2008;
4. Ivanišević, Stjepan, *Izvršne institucije u lokalnoj samoupravi – tipologija strukturnih oblika i komparativni pregled,* Institut za javnu upravu, Zagreb 2008;
5. Jokay, Charles, “Local Government in Bosnia and Herzegovina“, *Stabilization of Local Governments* (ed. Emilia Kandeva), Local Government and Public Service Reform Initiative, Budapest 2001;
6. Klarić, Mirko, „Izvršna tijela u lokalnoj samoupravi – komparativni primjeri i hrvatsko iskustvo“, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta* Sveučilišta u Osijeku 3-4/2017;
7. Marković, Goran, “On the recall of a mayor in Republika Srpska“, *Collection of papers Faculty of Law Niš* 99/2023;
8. Марковић, Горан, *Уставни лавиринт – апорије уставног система Босне и Херцеговине,* Службени гласник, Београд 2021;
9. Milićević, Neđo, “State and problems of local self-government in Bosnia and Herzegovina“, *Local Self Government and Decentralization in South*

– *East Europe*, (ed. R. Pintar), Friedrich Ebert Stiftung Zagreb, Zagreb 2001.

10. Mujakić, Muhamed, *Lokalna samouprava u BiH,* Udruženje Pravni institut u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2016;
11. Орловић, Слободан П., *Уставно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018;
12. Орловић, Слободан П., „Уставноправни положај локалне самоуправе у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015;
13. Савић, Снежана, Милинковић, Игор, „Уставноправни оквир локалне самоуправе у Републици Српској“, *Модерна управа (часопис за управно-правну теорију и праксу, Агенција за државну управу Републике Српске)* 3-4/2010;
14. Симовић, Дарко, Петров Владан, *Уставно право (треће, измењено и допуњено издање),* Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2018;
15. Crnković, Mateja, „Raspuštanje lokalnih predstavničkih tijela“, *Hrvatska i komparativna javna uprava (HKJU – CCPA)* 3/2012;
16. Hušić, Jasmin, „Lokalna samouprava u Bosni i Hercegovini“, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku* 1/2017.

Правни извори

1. Закон о локалној самоуправи Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 97/16, 36/19 и 61/21;
2. Изборни закон Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 34/02, 35/03, 24/04, 101/04, 19/05, 24/12, 94/12 – одлука УС БиХ, 109/12, 45/18 и 18/20.

Интернет извори

1. “Banja Luka: nova politička blokada i sukobi“, *https://www.gerila.-info/banjaluka-nova-politicka-blokada-i-sukobi-video/*;
2. „Banja Luka ni večeras nije dobila budžet, nastavljen sukob Stanivukovića i odbornika“, *https://avaz.ba/vijesti/bih/641514/banja-luka-ni-veceras-nije-dobila-budzet-nastavljen-sukob-stanivukovica-i-odbornika?fb_comment_id=4168238726521848_4168*;
3. „Nastavljena kriza u odnosima gradonačelnika i skupštinske većine u Banjaluci“, *https://federalna.ba/nastavljena-kriza-u-odnosima-gradonacelnika-i-skupstinske-vecine-u-banjaluci-ys1fl*;
4. „Otkazana sjednica banjalučke Skupštine, sukob gradonačelnika i skupštinske većine“, *https://bhrt.ba/otkazana-sjednica-banjalucke-skupstine-sukob-gradonacelnika-i-skupstinske-vecine*;
5. „Politički sukobi usporili rad gradskog parlamenta. Građani ispaštaju dok se većina u Skupštini i gradonačelnik svađaju“, *https://vijesti-*

srpske.com/politicki-sukobi-usporili-rad-gradskog-parlamenta-gradjani-ispastaju-dok-se-vecina-u-skupstini-i-gradonacelnik-svadjaju-foto-video/;

6. „Svađa oko nestalih miliona! Sednica Skupštine grada Banjaluka o rebalansu budžeta u znaku verbalnih sukoba“, *https://www.novosti.-rs/republika-srpska/vesti/1044231/svadja-oko-nestalih-miliona-sednica-skupstine-grada-banjaluka-rebalansu-budzeta-znaku-verbalnih-sukoba*.

Associate Professor Milan Pilipović, LL.D.

Faculty of Law, University of Banja Luka

EXECUTIVE AUTHORITY IN LOCAL SELF-GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The Constitution of Bosnia and Herzegovina does not determine or regulate local self-government by any norm, so local self-government as a whole is under the jurisdiction of the entities, which in their constitutions and laws contain the legal basis for its organization and functioning. This work focuses on the legal position of executive authorities in local self-government units in the Republic of Srpska. In the Republic of Srpska, local self-government units are municipalities and cities, in which the normative function is performed by the municipal/city assembly, as a representative (political) body, while the executive function is performed by the head of the municipality and, in the city, the mayor. The paper analyzes the position of the head/mayor in the Republic of Srpska, from the aspect of the method of election, jurisdiction, and relationship to the assembly, with a focus on the possibility of his impeachment and the possible consequences that may arise for the local assembly. The paper aims to clarify the role of the head/mayor in the Republic of Srpska's local self-government system, based on the premise that local self-government units possess a robust executive power. The main function of the mayor/head of the municipality is to represent the unit of local self-government, and as the holder of executive power, he is superior and responsible for the work of the entire city/municipal administration, which does not have the status of a municipal body but is an integral part of the executive power. The head/mayor of the municipality is elected by the citizens in general direct elections for a period of four years in accordance with the election regulations, in accordance with which his recall is carried out. Positive regulations do not limit the number of mandates held by the head/mayor, which is not a good solution. Instead, the number of mandates should be limited. The municipality's head/mayor has significant powers but is responsible for the legality of all acts he proposes to the assembly.

In practice, there are problems in the relationship between the assembly and the head/mayor, primarily due to insufficient respect for the rights and responsibilities of the "other." This is a particularly present phenomenon in cases of cohabitation, when the head/mayor and the assembly majority come from different and opposed political parties and coalitions. In such circumstances, disagreements and conflicts often arise between them. Only in the last decade, and even today, we have witnessed numerous cases of non-functioning local authorities, with councilors and mayors accusing each other of such a situation. The impeachment procedure of the chief was initiated twice in some local communities, a more frequent occurrence. According to the Law on Local Self-Government from 2016, the National Assembly can, at the proposal of the Government, dissolve the assembly for one of several reasons, one of which is the unsuccessful impeachment of the head/mayor. As a result, the impeachment of the chief and the dissolution of the local assembly are interrelated institutions. We point out that in relation to this issue, there is a certain inconsistency between two laws in the Republic of Srpska: the Election Law and the Law on Local Self-Government. It is necessary to harmonize and specify them with regard to the impeachment procedure, because in their current form they contain confused solutions in the procedural sense, i.e., they do not contain comprehensive and precise rules regarding the procedure for dissolving the local parliament and regarding the procedure for impeachment of the head/mayor. Therefore, it is necessary to make changes to both laws in order to more precisely resolve the issue of impeaching leaders of local communities and dissolving local parliaments in the event of a failed impeachment. This change would also introduce more responsibility into the work of councilors in local parliaments.

Keeping the current monocratic concept with a directly elected head/mayor would require an improvement of the normative framework. Another option is to alter the structure of the local executive authority by incorporating a collegial executive body, which the city/municipality assembly would elect alongside the president. We should consider introducing the collegial executive body model into the local government system, which, in our opinion, would contribute to better functioning local government in the Republic of Srpska.

Key words: *Head/mayor; Municipality, Assembly; Executive power, Local self-government, Republic of Srpska*.

UDC/УДК 342.573

ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Research Associate Mijodrag Radojević, LL.D.

Institute for Political Studies, Belgrade

REFERENDUMS IN DIVIDED SOCIETIES[**]

The controversial nature and application of direct democracy mechanisms in ethnically heterogeneous societies are frequent topics of research. A referendum can be used to resolve territorial disputes, make decisions on the status of a part of the territory, establish territorial autonomy, or separate from the mother state to form a new state or join another state. The author explains the causes and processes of the spread of this type of referendum in the past century and the different scenarios in its practice. Therefore, this text seeks answers as to whether it is possible to conduct this type of referendum in accordance with the principles of democracy and the rule of law, establishing standards and rules in international and domestic law. The author also considers whether a referendum in politically divided societies is a politically rational tool for conflict resolution. Based on historical examples, such as South Sudan and the experience with the referendum in the territory of the former Yugoslavia, there is no universally acceptable answer. However, the effectiveness and success of referendums in polarized societies are less influenced by institutional arrangements and more by social circumstances and the ability to achieve compromise.

Key words: Direct democracy; Secession; Constitution; Sovereignty; Right to self-determination; Turnout threshold and majority for decision-making.

1. METHODS OF RESOLVING DISPUTES IN DIVIDED SOCIETIES AND ETHNIC CONFLICTS

In my text, which was published in last year's collection of papers from the scientific meeting in East Sarajevo, I discussed and partially explained

Mijodrag Radojević, *miodrag.radojevic@gmail.com.*

[**] This work was created as part of the scientific research activities of the Institute for Political Studies in Belgrade, which is funded by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia.

the basic dilemmas related to referendums in modern legal systems. One of the paradoxes of referendum is their use as a means to solve political problems, such as ethnic conflicts.[1] The rich practice in this area, the frequent use of referendums in divided societies, has sparked theoretical discussions in the past few decades. Different experiences in the application of this mechanism of direct democracy have led to critical comments. On the other hand, influenced by theory and practice, the basic principles and standards of conducting referendums at the national and local levels of government have been defined in accordance with the principles of the rule of law and the protection of human rights.

This paper, analyzes the controversial issue of applying referendums in divided societies from the perspective of direct democracy, as well as other complexities such as the relationship between the principles of self-determination, sovereignty and the recognition of new states.[2] The review of the relevant literature concludes that this topic, especially in the past three decades, is of interest in legal and political theory, as evidenced by a significant number of scientific works. Aspects and arguments from the positions of international and internal public (constitutional) law, as well as political and sociological scientific disciplines intersect in the debates, giving the topic a multidisciplinary character.

A referendum is primarily a tool used to change the constitution or the law. Another important role is solving territorial problems. A quick look at the European political scene shows that after the "referendum tide" since 2014, there has been a simmering demand for an immediate vote on the territorial status of areas and regions in Europe (such as Catalonia, Scotland, Northern Ireland). After the dissolution of Yugoslavia, the referendum remains a relevant issue in Bosnia and Herzegovina and the Republic of North Macedonia. Similar proposals are occasionally heard in other parts of the world, like Quebec, African countries and the territory of the former Soviet Union. In these areas, the question arises - does the local population have the right to self-determination, towards greater autonomy or the establishment of a new state? The most frequently mentioned instrument to achieve these goals is the referendum.

[1] М. Радојевић, „Парадокси референдума у савременим правним системима", Зборник радова *Право између стварања и тумачења*, том I (ур. Горан Марковић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Европска организација за јавно право, Међународни савез правника, Институт за упоредно право, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Источно Сарајево, 2023, 315–316.

[2] A. Mirović, P. Matić, "Regional Separatisms and Independence Referendums in Europe", *Serbian Political Thought*, No. 2/2014, Year VI, Vol. 10, 179–192.

Before we delve into that, let's revisit the concept of a "divided society". This term, in a broader sense, refers to a political community characterized by profound political differences and conflicts among different segments of society.[3] Spain on the eve of the civil war is often cited as an example in literature where the division was based on ideological confrontations. In a narrower sense, a "divided society" is identified with ethnically heterogeneous communities and rival ethnic groups.[4] In plural societies, differences among citizens are typically based on national (tribal) origin or religious affiliation. A prime example would be the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia or the Soviet Union. However, when using these criteria, most European countries are not homogeneous, resulting in varying degrees of ethnic diversity. Political scientist Arend Lijphart suggests that in non-homogeneous societies, there are three possible ways to resolve conflicts: 1) assimilation, involving the dominance of one ethnic or political group over another; 2) consociational solutions or 3) the division of the state into two or more separate homogeneous states.[5] In each of these strategies, the referendum can play a significant role. The first strategy is often utilized by dictatorial and autocratic regimes. The second is only feasible in democratic societies with a high degree of consensus. Despite the criticism, Lijphart believed that the referendum does not necessarily favor the majority over the minority if it is conducted in a society that upholds democratic principles.[6] The final option is to use a referendum as a means to resolve territorial disputes and issues of sovereignty. Depending on the content or subject matter, this type of referendum may be referred to as an ethno-national referendum, territorial referendum, constitutional referendum, self-determination referendum, independence referendum, inter-

[3] According to Levi, the characteristics of a conflict society are as follows: 1. Social divisions and polarization; 2. Common group goals; 3. Low levels of information or lack of information, often linked to a low level of education that hinders understanding the history and values of other groups; 4. Lack of thoughtful approach - deliberative thinking is eschewed in favor of violence; 5. Violence and reactions - active violence is met with repressive measures (R. Levy, "Shotgun Referendums: popular deliberation and constitutional settlement in conflict societies", *Melbourne University Law Review*, Vol. 41, Issue 3, 2018, 1243-1246, *https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0011/277-1597/08-Levy.pdf*, accessed: April 6, 2024).

[4] J. Wheatley, "The Disruptive Potential of Direct Democracy in Deeply Divided Societies", *Direct Democracy and minorities* (ed. W. Marxer), Springer VS, Wiesbaden, 2012, 67.

[5] M. Qvortrup, *Referendums and Ethnic Conflict*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2014, 144.

[6] A. Lajphart, *Modeli demokratije*, CID, Podgorica, 2003, 143.

national referendum, peace referendum or plebiscite.[7] Terminology, like other mechanisms of direct democracy such as the people's initiative, is inconsistent and confusing. However, the outcomes of these referendums may vary, and their ultimate consequences in the future cannot be predicted.

In this article, we focus on the main questions. First, we explore the causes that led to the emergence of referendums as a method for resolving territorial disputes and ethnic conflict. Second, we discuss the advantages and disadvantages of this form of direct democracy, questioning whether a referendum can inherently be an effective tool for addressing issues in divided societies. Lastly, we examine whether assumptions can be made and standards and constitutional designs can be developed to ensure that referendums have democratic qualities and can serve as a "means to problem-solving".[8] In the following section of the paper, a brief history of referendums in comparative law will be explained.

2. REFERENDUM AS A MEANS OF RESOLVING ETHNIC CONFLICTS - EXAMPLES AND DISCOURSES -

Explaining the rise of referendums as a means of resolving territorial disputes and ethnic conflicts requires a look back at the past. Analyzing typical examples and periods in the development of this institution sheds light on its history. The concept of referendums, or "direct popular action" in international relations and "resolving the territorial status of disputed regions", as described by constitutionalist Karl Friedrich, can be traced back to the French Revolution.[9] Other sources trace the origins of this institution back to the Middle Ages.[10] The number of these referendums is impressive. According to empirical data, approximately one hundred referendums were held in divided societies in the previous century.[11] Qvortrup

[7] D. Moeckli, N. Reimann, "Independence referendums in international law", *Research Handbook on Secession, 2020* (eds. J. Vidmar, S. McGibbon, L. Raible), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, 92–93; M. Qvortrup, 2014, 145.

[8] Most authors believe that referendums are more likely to occur in democratic environments. They categorize referendums into two types: those used by elites to increase their power (referred to as a "referendum weapon") and those used as part of conflict resolution processes (referred to as a "referendum - solution", J. Wheatley, 64-65).

[9] Friedrich listed the cities where plebiscites on joining France were organized during and after the Revolution (K. Fridrih, *Konstitucionalna demokratija*, CID, Podgorica, 2005, 453).

[10] İ. G., Şen, *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*, Springer – Cham – Dordrecht, Heidelberg – New York – London, 2015, 17.

[11] The data pertains to the period from 1990 to 1993. During referendums, a side from the territorial question, other inquiries can be made such as constitutional questions, moral

documented over two hundred ethno-national referendums from 1791 to 2012.[12] According to Friedrich, the referendum, as a characteristic tool of direct (radical) democracy, displayed different aspects and solutions in its early history. Plebiscites were utilized in principalities and cities during the process of Italian unification but were not widely embraced in other regions. In multinational states like Austria-Hungary, the restructuring of the empire could only occur "fromm the top down," through the will of the emperor, rather than through the decision of the people Bismarcks considered the plebiscite a legitimate tool for annexing new territories to the German Empire,[13] without threatening its interests.

Leading up to the First World War, the 1905 referendum on the separation of Norway from Sweden was significant, marking the end of the union between the two countries.[14] Sweden requested the plebiscite as it did not recognize Norway's unilateral secession. Norway agreed to the plebiscite due to the lack of international recognition of its independence. Following the referendum, an agreement was reached in which Norway committed to safeguarding the rights of the Swedish minority. The term plebiscite is predominantly used in these cases to distinguish it from the modern understanding of a referendum. Originally rooted in Roman law as a means of expressing citizens' consent to law passage in plebeian assemblies,[15] the term is now commonly used interchangeably with referendum, particularly when citizens are declaring sovereignty or autonomy. Some authors also view plebiscites as manipulative tools in authoritarian and dictatorial systems.[16]

questions (issues of public policy, like abortion, legalization of homosexual marriage, etc.), and other topics. The territorial referendum involves changes and reorganization of borders, including the transfer of national sovereignty to supranational entities (D. Butler, A. Ranney, "Practice", In: D. Butler, A. Ranney (eds.), *Referendums Around the World: The Growing Use of Direct Democracy*, American Enterprise Institute, Washington D. C. 1994, 2).

[12] Refer to table 18. in: M. Qvortrup, 146, 148–150. Another author expand on this list with over three hundred referendums on sovereignty: İ. G., Şen, 1.

[13] In the latter part of the 19th century, plebiscites were conducted in North Schleswig (Schleswig-Holstein), East Prussia and Upper Silesia. Bismarck did not acknowledge the results of the Schleswig Holstein referendum.

[14] A. Pavković, P. Radan, *Stvaranje novih država – teorija i praksa otcepljenja*, Službeni glasnik, Beograd, 2008, 112–113.

[15] A. Romac, *Rječnik rimskog prava, drugo izdanje,* Informator, Zagreb, 1983, 254.

[16] B. S. Issacharoff, C. Bradley, "The Plebiscite in Modern Democracy", *Routledge Handbook of Illiberalism*, A. Sajó, R. Uitz, S. Holmes (eds.), 2022, Routledge, New York, 507. Italian constitutionalist D. Vergottini uses the term plebiscite in two different ways. He refers to it as an "authoritarian version of a democratic referendum", which differs from regular referendums that typically focus on normative measures. Instead, plebiscites are used to make political decisions (Đ. de Vergotini, *Uporedno ustavno pravo,* Beograd, Službeni glasnik, 2015, 267, 398, 399).

Several reasons have contributed to the popularity of referendums in divided societies, with the doctrine of self-determination of people and the rise of direct democracy being prominent among them. The doctrine of self-determination of peoples and nations was advocated by two different sources with varying intentions at the conclusion of the First World War.[17] The liberal concept of self-determination promotes the idea of establishing peace and a global community based on statehood. According to former US President Woodrow Wilson's 14-point peace plan in 1918, every people or nation has the right to self-government (self-determination) and protection from oppression by other peoples or nations. The application of this liberal concept and the principle of self-determination has led to the creation of new states in Europe, replacing old empires. In Lenin's Bolshevik interpretation, which predates Wilson's, self-determination is also emphasized but with a more radical approach. It includes the demand for freedom of secession and the right to create a new state through a referendum, aimed at protecting against capitalism and imperialism.[18] In the later interpretation in the Soviet Union, Lenin's concept no longer had a centripetal but a centrifugal dimension. The right to self-determination was reduced to the form of the right to autonomy (regional autonomy).

After the First World War, the doctrine defined that the people's decision on self-determination and territorial issues is legitimate if expressed through direct voting, typically via a democratic mechanism like a referendum.[19] This immediate decision by the population severs the legal connection of the people and part of the territory with the state. Additionally, referendums serve as tools for territorial delimitations. Between the two world wars, this type of referendum was regulated by constitutions but conducted through interstate agreements and overseen by the international community. In ethnically mixed border areas, citizens used plebiscites to determine which country they would live in, as seen in Austria, Hungary and the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. For example, Carinthia had a referendum in October 1920 based on the Treaty of Saint-Germain, and Oldenburg had one in December 1921 following the principle of self-determination.[20] In South Schleswig, the majority of eligible voters chose

[17] In more detail: R. A. Knudsen, *Ideja slobode i „samoopredeljenje" – borba oko slobode u međunarodnom diskursu,* Helsinški odbor za ljudska prava, Beograd, 2021, 10.

[18] *Ibid.*, 49.

[19] D. Moeckli, N. Reimann, 110.

[20] In Carinthia, despite being predominantly ethnic Slavs, voted against joining the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (F. Cede, "The Plebiscites in Carinthia and Sopron-Ödenburg after World War I - two Cases of Direct Democracy in Action", In: Marxer W. *et. all., Direct Democracy and Minorities.* Wiesbaden: Springer VS, 2012, 15–21).

to remain in the German Empire, while in North Schleswig they opted for Denmark.

Geopolitical changes and global events have promoted the model of direct citizen declaration on territorial disputes in ethnically diverse societies since the First World War, becoming more common during decolonization and the post-Cold War era. The authors aim to identify "distinct patterns" in these referendums.[21] Until the end of the Second World War, referendums were rare, mainly used in Europe for issues related to ethnic groups rights in countries like Germany, Austria, Belgium, Finland, and Turkey. Referendums were also used for secession in four states including Western Australia from Australia in 1933, the Philippines from America in 1935, Iceland from Denmark in 1944, and Mongolia from China in 1945. After the Great War, referendums were constitutionalized in several states like Weimar Germany,[22] Austria,[23] Ireland and Iceland. However, referendums also have a darker side. In Germany, after the Nazis seized power, the citizens' direct vote was manipulated to endorse the establishment of a dictatorship and the annexation of new territories like the Saar region[24] and the Anschluss, Austria's annexation to the Third Reich.[25] Despite this abuse of direct democracy, it was a referendum petition for "German unity" initiated by the Party of Socialist Unity of Germany in May 1948[26] that

[21] M. Qvortrup, 147.

[22] Prior to this, referendums were already established in the Constitution of Switzerland in 1874. The Weimar Constitution of 1919 introduced legislative referendums, constitutional amendment referendums to resolve conflicts between the Reichstag and Parliament, and referendums for territorial transfers and the creation of new provinces within the Reich. A law on plebiscites was enacted shortly after Hitler's rise to power in 1933, granting the government the authority to decide on referendums.

[23] S. Schaller, P. Schmidt, C. Breinschmid, "Direct democracy in Austria: just a tool for the opposition?", S. Blockmans, S. Russack (eds.), Direct Democracy in the EU The Myth of a Citizens' Union, CEPS, Brussels, Rowman & Littlefield International, London, 2018, 121.

[24] Plebiscites at the national level have been significant in various historical events, such as Germany's withdrawal from the League of Nations in 1933, the consolidation of powers in the head of state (merging the functions of chancellor and president) in 1934 and the annexation of Austria in 1938. During the Weimar Republic, popular initiatives led to two plebiscites. In the Saar region plebiscites were held in 1935 and 1957, both resulting in the citizens accepting the annexation of the territory to Germany.

[25] Hitler attacked Austria to prevent a referendum on Austrian independence, as the majority of citizens were not in favor of joining the Third Reich. Following an ultimatum and the dismissal of the Austrian chancellor, a plebiscite was held in which citizens supported the Anschluss. The voting process, under Nazi control was not conducted fairly, as public opinion polls at the time indicated that the majority of citizens were against Austria joining the Third Reich.

[26] A. Rohner, „Direct Democracy in the German Länder: History, Institutions, and (Mal)Functions", *C2D Working Paper Series 38/2011*, C2D – Centre for Research on

had a significant impact on the German constitution-makers after World War II. The Basic Law of 1949 in Germany took precautions to prevent excessive liberalism in direct democracy institutions, leading to no national referendums in the Federal Republic of Germany.[27]

The use of referendums as a means of resolving crises in divided societies in other parts of the world is a result of social changes following World War II. During the era of decolonization, more than thirty referendums were held in former colonies that had gained sovereignty in Africa and Asia.[28] Unlike the French colonies where referendums were used, the autonomous status and independence of former dominions under British rule were typically granted through Acts of Parliament or administrative measures. The United Nations refrained from supporting ethno-national referendums in the newly established states due to concerns about the potential for separatism and violence in countries with fragile democracies.[29] During this period in Europe, referenda were held in Spain and Great Britain.[30] Malta also held a referendum on integration with Great Britain in 1956 and gained independence through a constitutional referendum in 1964.[31]

The practice in Canada is particularly significant for the doctrine of ethno-national referendums or votes on secession. In Quebec, the independence of this federal unit was first voted on in 1980. After the second referendum in Quebec in 1995, in which almost a majority of voters did

Direct Democracy, 2011, 5, *https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/94811/1/C2D_WP38.pdf*, accesed: May 5, 2024.

[27] Changes in the territorial organization of the authorities must be confirmed in a referendum (Volksentscheid) according to Article 29, Paragraph 2 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany. Additionally, a referendum is required for the adoption of a new constitution (as stated in Article. 146). Compared to the Weimar Constitution, the Basic Law limits the use of referendums (E. Brandes, N. von Ondarza, F. Schenuit, "Direct democracy in Germany", S. Blockmans, S. Russack (eds.), *Direct Democracy in the EU The Myth of a Citizens' Union*, CEPS, Brussels, Rowman & Littlefield International, London, 2018, 240).

[28] M. Qvortrup, 149–152, table 18. The table shows that the data on the number of referendums on independence varies depending on the methodology used. More details can be found in the provided source: D. Moeckli, N. Reimann, 95.

[29] S. Tierney, *Constitutional Referendums – The Theory and practice of republican deliberation,* Oxford: Oxford University Press, 2012, 65-66; İ. G., Şen, *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*, Springer Cham Heidelberg New York Dordrecht London, 2015, 95.

[30] In 1973, a referendum was held in Northern Ireland in which the local population had the option to choose between forming a union with the Republic of Ireland or remaining part of Great Britain.

[31] The referendum question did not directly address sovereignty, but instead asked voters to approve the constitution of Malta as proposed by the local government and approved by the assembly.

not support independence, the federal government was forced to make concessions.[32] Quebec acquired the right of veto in constitutional matters. The Supreme Court of Canada in its advisory opinion in 1998, set out the principles of the secession referendum doctrine.[33] According to this view, a referendum does not directly result in secession, but obligates the federal government and the other party to engage in negotiations. Other federal units (provinces) and the federal government do not have the right to refuse secession if the majority of citizens in Quebec have chosen it, but citizens in the provinces do not have the right to unilaterally decide on holding a referendum. The Supreme Court has the authority to determine the validity of a referendum question and the majority needed to reach a decision. The question posed also clearly addresses the quorum of turnout and the majority required for decision-making. In response to this issue, the Law on Clarity was enacted in 2000,[34] establishing additional principles and requirements for conducting a referendum on secession. According to this law, the lower house of the Federal Parliament must approve the content of the referendum question, and the decision must be supported by at least 50% of all voters plus one. The normative framework of the referendum on secession in Canada later served as the basis for formulating standards of good referendum practice in the Council of Europe, as well as influencing the practices of other constitutional courts in countries such as Germany and Spain.

A significant driving force for ethno-national referendums emerged after the collapse of authoritarian societies in the final decades of the previous century. In societies where social cohesion relied on the cult of the leader's personality, the dominance of political ideology, or the monopoly of the ruling party, the decline of these authorities, led to the eruption of ethno-national conflicts. A prime example is the former Soviet Union and SFR Yugoslavia. In countries with more stable institutions and a different environment, such as Spain and Great Britain (including Ireland and Scotland), the resolution of political, religious and ethnic conflicts took a different path, with a lower level of violence. In the Soviet Union, nine out of the 15 Soviet republics conducted referendums on independence, and the referendum in Ukraine marked the dissolution of the Soviet Union on De-

[32] The territory is predominantly inhabited by a French-speaking population. For further details, refer to the source: A. Pavković, P. Radan *Stvaranje novih država – teorija i praksa otcepljenja,* Službeni glasnik, Beograd, 2008, 127–130.

[33] Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, [1998*], https://-decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do*, accessed: August, 14. 2024.

[34] *Clarity act, https://lois-laws.justice.gc.ca/PDF/C-31.8.pdf*, посећено: 14. 8. 2024; M. Seto, „The Issue of Sovereignty: The Clarity act as an effective and legitimate response do Canada-Quebec relation", *Federalism-E*, Vol. 10, 2009, *https://ojs.library.queensu.-ca/index.php/fede/article/view/13632/8818*, accessed: August, 14, 2024.

cember 1, 1991.[35] However, in several post-Soviet states, ethnic conflicts continued and referendums were organized. The international community has not recognized any of these referendums. This occurred in Abkhazia and South Ossetia, Georgia,[36] Nagorno-Karabakh at the end of 1991 (Azerbaijan),[37] Transnistria (Moldova), Donbass, and Crimea (Ukraine).[38] The 2014 referendum in Crimea served as justification for Russia's annexation of the region. Following a military conflict with Ukraine, Russia conducted referendums in the Donbass and Luhansk regions, ultimately deciding to integrate them into the Russian Federation.[39] In the territory of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, all federal units were restructured into individual states. Referendums on state independence were held in five of the six newly created states. Additionally, several unrecognized or illegal referendums were conducted.[40] Examples from post-Soviet re-

[35] S. Tierney, 70.

[36] The referendum on the unification of South and North Ossetia, their independence and accession to Russia was held in 1992. The second referendum on the independence of South Ossetia took place in 2006, followed by a third in 2022. In the same year, South Ossetia became a federal unit within the Russian Federation. A referendum on independence was held in Abkhazia in 1999, and Russia recognized the independence of this area in 2008.

[37] In Nagorno-Karabakh, Azeri, a minority, boycotted the 1991 referendum that declared the independence of the Nagorno-Karabakh Republic. This sovereignty was not recognized by Armenia either. The armed conflict ended with a ceasefire in 1994, but resumed in 2016. Four years later, after a brief war, Armenia accepted defeat. Through a peace agreement, Nagorno-Karabakh was returned to Azerbaijan, leading to the majority of the rebel local population fleeing.

[38] In 2006, a referendum was held in Transnistria (Pridnestrovian Moldavian Republic) in which a decision was made to "freely join the Russian Federation", despite the lack of a direct territorial connection. In all post-Soviet states where the Russian minority participated in independence referendums, state borders are disputed as "administrative" (Б. Н. Вадимович, „Придњестровље као део Новорусије: искуство државне изградње", у: Д. Петровић (ур.), *Конфликтне зоне на постсовјетском простору и регионална безбедност,* Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2021, 171). The situation in this part of Moldova is considered an example of a "frozen conflict".

[39] Referendums on independence were held in four regions in 2014: the Zaporizhia region, Luhansk region, Donbas and Kherson region. Based on the results of these referendums, Russia recognized their independence in February 2022. A few months later, from September 23 to 27, 2022, referendums were held in these areas on their potential joining of the Russian Federation. UN Secretary General António Guterres stated that these referendums on accession represented a "violation of the UN Charter and international law," while the European Union and countries supporting Russia's territorial integrity condemned the referendums as "fake". (European Parliament resolution of 6 October 2022 on Russia's escalation of its war of aggression against Ukraine (2022/2851(RSP) (2023/C 132/12), *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52022IP0353*, accessed: June 14, 2024).

[40] Around twenty official and unofficial ethno-national referendums were held in Yugoslavia (M. Qvortrup, 7, 153).

publics and post-Yugoslav states illustrate the complex nature of international recognition of the country. Despite the referendums being held under similar conditions, the outcomes varied. Following the breakup of Yugoslavia and influenced by constitutional, judicial, and legislative practices in Quebec, the international community had the opportunity to establish guidelines or a doctrine on a legitimate referendum in a divided society.

The third factor contributing to the generation of referendums in divided societies is the ethnic diversity of modern societies and states. The issue with this premise is that ethnically divided societies are present worldwide, yet referendums have primarily been utilized in European countries, with little application or recognition elsewhere. The authors also explored whether constitutional design or institutional construction influences the practice of referendums, ultimately concluding that the impact is minimal. However, the situation is not entirely clear-cut but rather falls into a gray area. Direct democracy is most prevalent in Europe, followed by North America (USA and Canada). This correlation can be attributed to tradition, political culture, and more advanced mechanisms of direct democracy.

Outside of Europe, referendums in divided societies are rarely held unless used as a tool in the process of decolonization or transition after political conflict. A look at the practice shows that it is extremely rare in Latin America (Guatemala, 1999),[41] Asia (East Timor, 1999) or North America (Quebec). In African countries, ethnonational referendums can also be counted on one hand (Eritrea, 1993; or South Sudan, 2011). Referendums in South Sudan, as well as in East Timor, were monitored by the international community,[42] but did not lead to the expected results. One study argues that even when a referendum "leads to political change, its context

[41] The constitutional referendum was envisioned by the Peace Agreement, with the goal of resolving deep societal divisions and protecting the rights of the indigenous population. Unfortunately, the voting was unsuccessful, due to a significant number of citizens choosing not to participate. In societies lacking developed democracy, poverty and structural reform, constitutional reforms and referendums can inadvertently lead to "anti-democratic practices." (R. Brett, A. Delgado, "The role of constitution-building processes in democratization, Case Study Guatemala", International IDEA, Democracy-building & Conflict Management (DCM), *https://constitutionnet.org/sites/default/files/cbp_guatemala.pdf*, accessed: July 17, 2024, 29)

[42] After the independence referendum, pro-Indonesian paramilitary forces and the regular Indonesian army began cracking down on the local population, resulting in the killing and expulsion of a quarter of the population. In response, the United Nations established a civilian administration and deployed peacekeeping forces. East Timor finally gained independence in 2002. (M. Benzing, Midwifing a New State: The United Nations in East Timor, 304-305, *https://www.mpil.de/files/pdf2/mpunyb_benzing_9_295_372.pdf*, accessed: May 5, 2024.). Види и: İ. G., Şen, 101–105.

and environment can produce unintended side effects."[43] Moreover, in South Sudan, tribal bloodshed continued in the newly created state.

2.1. South Sudan - a brief case study

The civil war in Sudan, once the largest African state, resulted in the death of several million people. It ended with the 2005 Comprehensive Peace Agreement (CPA). Based on this agreement a referendum on self-determination was held in South Sudan six years later. South Sudan, an autonomous region with a majority Christian population voted for independence, which was declared on July 9, 2011. The referendum had an almost 98% turnout of voters, lasting for a week. The ballot presented the referendum question in the form of symbols - for unification or independence - allowing illiterate people, who made up a significant portion of the population, to vote. The referendum aimed to resolve tribal and religious conflicts that began after World War II. The process was monitored by the international community and the peace troika (United States of America, Great Britain and Norway), who mediated the signing of the Comprehensive Peace Agreement.[44]

The implementation of the peace agreement and the consequences of the referendum are seen as failures. Not only was legitimacy disputed, but it also pertained to the results of the independence referendum. The referendum did not bring about peace, as tribal disagreements between the Dinka and Nuer peoples escalated into armed conflict even within the newly formed state.[45] A potential cause of the conflict may also be that South Sudan is an area rich in minerals and oil. Not only local groups, but also great powers are involved in the struggle for control over these materials. On the other hand, the United Nations Mission in Sudan (UNMIS) oversaw the implementation of the agreement and the holding of the referen-

[43] B. Virginia *et al.*, *Direct Democracy – The International IDEA Handbook*¸ Stocholm, IDEA, 2007, 5, *https://www.eods.eu/library/IDEA.Direct-DemocracyEN.pdf*, accessed: April 25, 2024.

[44] European Union Election Observation Mission to the Soutern Sudan, *Soutern Sudan Referendum 9-15,* final report, *https://www.eods.eu/library/FR%20SUDAN%-202011_-en.pdf*, accessed, May, 5. 2024; F. Marzatico, „Southern Sudan Referendum on Self–Determination", *Journal of African Elections*, Vol. 10, No. 1, June 2011, *https://www.eisa.org/storage/2023/05/2011-journal-of-african-elections-v10n1-southern-sudan-referendum-self-determination-legal-challenges-procedural-solutions-eisa.pdf?x-99184*, accessed: May 14, 2024); İ. G., Şen, 108.

[45] *https://unmis.unmissions.org/referendum-coverage,* (Resolution 2577 (2021) / adopted by the Security Council on 28 May 2021, *https://digitallibrary.un.org/record/-3927898?ln=zh_CN&v=pdf*, accessed: May 13, 2024).

dum but had no plan for the future after independence.[46] Given that the conflicts have escalated, the International UN Mission has received a new mandate (UNMISS - United Nations Mission in South Sudan),[47] to protect civilians monitor and investigate violations of human rights and provide humanitarian assistance. Additionally, it has been involved in mediating the conflict since 2015, and international sanctions against South Sudan have been extended until 2021.[48] It has become evident that some lessons need to be learned again, as the scenario from Bosnia and Herzegovina and East Timor has been repeated. Mediation by the international community in resolving disputes in divided societies using the referendum mechanism can often be a double-edged sword if other assumptions are not met. In these cases, no viable agreement was reached.

2.2. Yugoslavia – Examples of Ethno-National Referendums

In Yugoslavia, there was an outbreak of ethno-national plebiscites at the beginning of the last decade of the 20th century. Within a short period of time, approximately twenty referendums were conducted where citizens declared the sovereignty of the federal units or the autonomy of their regions. The international community recognized the results of the referendums held at the republics level (federal units) as acts of secession and acknowledged the new states formed based on them. However, the outcomes of referendums organized by ethnic minorities within the federal units were not acknowledged. Typically, these plebiscites were marred by violations of democratic procedures, boycotts by opposing ethnic groups, and ensuing armed conflicts. The referendums in Bosnia and Herzegovina and Montenegro are notable examples of the utilization of this tool in divided societies.

The former Yugoslavia was a complex multinational political entity where the population was divided into two main groups based on ethnicity: South Slavic peoples and national minorities. Religious differences were also present alongside ethnic divisions. According to the 1981 population

[46] Afriyie, F. A., Jisong, J., Yaw Appiah, K., „Comprehensive analysis of South Sudan conflict: determinants and repercussions", *Journal of Liberty and International Affairs*, *6*(1), 2020, 33–47. *https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/67602/ssoar-jlibertyintaff-2020-1-afriyie_et_al-Comprehensive_analysis_of_South_Sudan.pdf*, accessed: May 14, 2024.

[47] *https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/unmis/referendum.shtml*, accessed: May 15, 2024.

[48] Resolution 2577 (2021) / adopted by the Security Council on 28 May 2021, *https://digitallibrary.un.org/record/3927898?ln=zh_CN&v=pdf*, Accessed: May 13, 2024.

census, only 5.4% of the population identified as Yugoslavs.[49] The official policies of socialist Yugoslavia, which emphasized brotherhood and unity during communism, faced significant opposition from those advocating for greater autonomy and decentralization, leading to separatist movements. Prior to the dissolution of Yugoslavia, three primary political blocs emerged: separatist (Slovenia and Croatia), unionist (Serbia and Montenegro) and reformist-confederalist (Bosnia and Herzegovina and Macedonia). With the fall of the Berlin Wall, democratization efforts were seen by opponents of Yugoslav unity as calls for the formation of independent national states. A proposal from academic circles suggesting a general referendum in all Yugoslav federal units to decide on the transformation of Yugoslavia through a constitutional referendum and plebiscite was ultimately rejected.[50]

The Agreement on Constitutional Reorganization was not accepted at the Peace Conference on Yugoslavia.[51] Slovenia (December 1990) and then Croatia (May 1991) took a different path by organizing plebiscites on state independence. Serbs, as a minority in Croatia, boycotted the vote and three months later organized a declaration on the creation of the "Serbian Oblast of Krajina." The referendum on Macedonian independence was held in September of the same year. Albanians, who made up a fifth of the population in the southernmost Yugoslav republic, ignored this referendum because their demand for autonomy was not adopted. In Serbia, in the Autonomous Province of Kosovo and Metohija, the Albanians, representing the majority of the population, acted more radically. The illegal plebiscite on the sovereignty of Kosovo and Metohija (1991) was a response to the adoption of the Constitution of Serbia (1990), which limited the competences of the Autonomous Province.

The 1992 referendum in Bosnia and Herzegovina is one of the most controversial cases of voting on sovereignty in divided societies.[52] It

[49] Nacionalni sastav stanovništva Jugoslavije, knjiga I, Savezni zavod za statistiku, Beograd, 1991, *https://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/G1981/pdf/G19814001.pdf*, посећено: August 22, 2024.

[50] М. Јовичић, „Пре уставног референдума – плебисцит", *Изабрани списи Миодрага Јовичића, књига 6. – Србија на прелому векова,* Службени гласник Београд, 2006, 164–166.

[51] The peace conference was made up to three parts: mediators from the European Community, the Yugoslav delegation and representatives from the republics.

[52] The framework of this paper does not allow for a detailed analysis of these referendums, including a dozen others in the former Yugoslavia. In August 1990, Serbs in Krajina (Croatia) organized a referendum on unification with Serb-populated areas in Bosnia and Herzegovina.

sparked differing opinions.[53] Despite claims that it was successfully organized and implemented in accordance with the right to national self-determination, there are several critical interpretations. The referendum took place based on amendments to the republican constitution (Amendment LX to the Constitution of BiH adopted on July 31, 1990) and the opinion of the European Communities Commission led by the French constitutional law expert Michel Badinter (Badinter Commission).[54] While making decisions,[55] Badinter's commission did not consider the protection of minorities as a key principle. The commission acknowledged the right of Yugoslav federal units to secede, but also acknowledged the republic's borders as state borders. In their opinions, they were guided by pragmatic reasons, giving in to Germany's demands to selectively recognize Croatia's independence.

In Bosnia and Herzegovina, the significant issue revolves around the demos and the holders of the right to self-determination. The problem is whether the holders of this right are constituent nations or citizens. One perspective suggests that each constituent nation has the right to seek secession and veto decisions of other constituent nations. The Serbs supported this perspective by expressing their desire for a "joint Yugoslav state" in a plebiscite held in November 1991. This plebiscite was a response to the Declaration of Independence passed by the Bosnian Parliament. As a result, the 1992 referendum in Bosnia and Herzegovina lacks democratic legitimacy due to overvoting by the majority of other constituent nations, Muslims and Croats. The fact that the Serbs represented almost a third of the population[56] was overlooked by the Badinter Commission and the international community.

[53] E. Fejzić, „Nedostaci i ograničenja referendumske demokratije", *Godišnjak Bošnjačke zajednice kulture „Preporod",* br. 1/2016, 28–29; E. Šarčević, *Ustav iz nužde,* Rabic i ECLD, Sarajevo, 2010, 53–54; O. Hamzić, „Neka razmišljanja povodom 25. godina od održavanja referenduma i početka rata za nezavisnu i suverenu Bosnu i Hercegovinu", *Gračanički glasnik,* br. 43, 2017, 8–9.

[54] Badinter Committee – Arbitration Commission of the Peace Conference on Yugoslavia (A. Pavković, P. Radan, 227–228).

[55] "Conference on Yugoslavia Arbitration Commission: opinions on questions arising from the dissolution of Yugoslavia". *https://www.pf.uni-lj.si/media/skrk_mnenja.badinterjeve.arbitrazne.komisije.1_.10.pdf*, accessed: Juny 13, 2024.

[56] According to some authors, the referendum was politically instrumentalized being "used not only as a weapon by Muslim and Croat leadership against local Serbs leaders and against Belgrade, but also by the EC (*European Community, remark: R. M.*) against Belgrade;" J. Wheatley, "The Disruptive Potential of Direct Democracy in Deeply Divided Societies. The Emergence of Direct Democracy - a Typological Approach", *Direct Democracy and minorities* (ed. M. Wilfried), Springer VS, Wiesbaden, 2012, 68.

The decision to declare independence for Bosnia and Herzegovina exacerbated conflicts between rival ethnic groups,[57] leading some authors to believe that the referendum had a "catastrophic impact on inter-ethnic relations."[58] An incompatible method was chosen to address the constituent peoples' misunderstandings about the future of this federal unit with in a polarized society. Therefore, a vote cannot be considered legitimate if it takes place in an environment of inter-ethnic conflicts, without an agreement between opposing parties on holding a referendum. Voters must have the freedom to form their own opinions. According to the Venice Commission's revised guidelines on referendums, a democratic vote is not possible without the respect of basic human rights, such as freedom of expression, press, movement, assembly, and association.[59]

The specter of the referendum continues to haunt Bosnia and Herzegovina. It is still one of the few countries in the world that does not have an adequate legal framework, as the institutions of direct democracy are regulated only at the entity level. On the other hand, there is ongoing debate about whether an entity has the right to raise the question of self-determination and under what conditions it can exercise this right. Political opinions often take precedence over legal arguments. In Republika Srpska, there are occasional calls for organizing a referendum on independence, while opponents argue that this entity is a "genocidal creation" and therefore does not have the right to self-determination. The emphasis on the referendum as a solution to the crisis surrounding the functioning of the state, highlights the deep ethnic divisions and "frozen conflict" still present in Bosnia and Herzegovina.

Montenegro made decisions about its statehood twice during the breakup of Yugoslavia. The first decision, to remain in a state union with Serbia was made in 1992. The second decision, for independence, was made in a 2006 referendum. Compared to the secession of other federal units, Montenegro's disunification process was peaceful. This was possible because several prerequisites were met. Serbia did not oppose Montenegro's initiative to determine its future, as the two-member federation was dysfunctional. Additionally, an agreement was reached between authorities

[57] "In Bosnia, for example, the Serbian boycott of the independence referendum was disregarded by the international community of the community, adding fuel to the fire that led to the Bosnian War." İ. G. Şen, 275.

[58] The referendum exposed deeper divisions between ethnic groups and highlighted the absence of a single demos in Bosnia and Herzegovina. Reference: S. Tierney, 72, 96.

[59] European Commission for democracy through law (Venice Commission), Revised guidelines on the holding of referendum, CDL-AD(2020)031, Strasbourg, 8 October 2020, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)031-e*, accessed, July 20, 2021.

and the opposition in Montenegro. The international legitimacy of the decision for independence is ensured, as the European Union acted as a mediator in the federation's transformation process and a key player in making important decisions.

The European Union was already involved in the dismantling of Yugoslavia after 2001 and the political changes in Serbia. The Federal Republic of Yugoslavia ceased to exist, and in its place the confederation State Union of Serbia and Montenegro was formed. This action was carried out through a political agreement in the form of the document "Belgrade Agreement" in 2002 and the adoption of the Constitutional Charter of the State Union of Serbia and Montenegro the following year.[60] The process initiated resembled a consensual divorce.[61]

The next step was a referendum on statehood. The right to hold a referendum belonged to both members of the State Union in accordance with Amendment II of the Constitutional Charter of the State Union of Serbia and Montenegro from 2005 (Article 60 of the Constitutional Charter).[62] Serbia did not show initiative to decide its own future, because a strong separatist movement already existed in Montenegro. The European Union and the Council of Europe, based in previous experiences and conflict resolution with international mediation in crisis situations in divided societies, set the condition that the referendum must be organized in accordance with internationally recognized democratic standards. That is why Montenegro passed the lex specialis - a law that regulates the direct voting of citizens on the state-legal status.[63] One of the biggest challenges was determining the majority necessary to make a decision.[64] The European Union imposed a solution requiring a qualified majority of 55% in relation to the total number of valid votes.[65] The qualified majority opinion is a result of the Supreme Court of Canada's practice in the Quebec case and was later formalized in the revised guidelines of the Venice Commission. The decision is considered valid if more than 55% of the citizens who partici-

[60] Р. Марковић, *Уставно право*, Службени гласник, Београд, 2016, 147–148.

[61] Qvortrup, 158.

[62] Ustavna povelja Državne zajednice Srbija i Crna Gora, Službeni list SCG, br. 1/2003 i 26/05 – Amandmani I–III.

[63] Zakon o referendumu o državno-pravnom statusu Republike Crne Gore, „Službeni list RCG", br. 12/2006.

[64] Article 5 of the Law on Referendum of the State Legal Status of the Republic of Montenegro.

[65] The Venice Commission recommends that, in cases of significant importance, decisions should be made by a special majority. A special majority quorum is considered acceptable for referendum issues of "fundamental constitutional importance" (European Commission for democracy through law (Venice Commission), Revised guidelines on the holding of referendum, III.7.)

pated to the referendum voted. On the other hand, the threshold for making a decision was a compromise with the political movement Serbs in Montenegro, who believed that, according to the Constitution, the final decision should be made by the parliament. However, the referendum was not merely consultative but had binding force as the Constitutional Court of Montenegro rejected alternative interpretations.[66]

The key body responsible for the implementation of international monitoring consisted of representatives from the Council of Europe, the Office of the OSCE, and the Venice Commission. It was led by Miroslav Lajcak, a representative of Javier Solana, who was the High Representative for Foreign Policy and Security of the EU at that time. The advice and recommendations of this body were considered binding decisions. The presence of the international community on the ground helped improve the referendum process,[67] leading to it being rated as one of the "fairest procedures for secession."[68] However, critics argued that the election results were falsified and numerous manipulations were observed during the procedure. Despite a relatively high turnout, the decision was made by a narrow majority with a difference of about half a percent or just over a thousand votes. Many rules were broken during the referendum,[69] with two political movements not having equal conditions. The state media in Montenegro conducted a biased campaign in favor of sovereignty, violating the provisions of the law that govern the behavior of referendum participants especially the state authorities, which were grossly violated. One of the objections raised was the unequal treatment of Montenegrin citizens residing in other countries. Citizens in Serbia were not granted the right to vote,[70] unlike other non-resident citizens of Montenegro. Additionally, a significant number of irregularities were observed during the voting process, impacting the results.[71] The International Monitoring Mission of the OSCE also collected remarks highlighting these issues. Despite these ob-

[66] Kancelarija za demokratske institucije i ljudska prava, „Republika Crna Gora – Referendum o državnom statutu 21. maj 2006", *https://www.osce.org/files/f/documents/-5/b/20099.pdf*, посећено: 12. 6. 2024; О томе: Qvortrup, 177–179.

[67] S. Tierney, 180.

[68] G. Landi, 198–199.

[69] V. Džamić, V. Pavićević, „Referendum kao negacija neposredne demokratije: iskustva Srbije i Crne Gore", *Međunarodna politika*, br. 1155–1156, juli–decembar 2014, 125–127.

[70] The OSCE observation mission concluded that making a different decision "would have resulted in a referendum electoral body that differed significantly from the one used for elections in Montenegro for republican institutions. This alternative body would have included individuals eligible to vote in elections in Serbia." (Kancelarija za demokratske institucije i ljudska prava, 10).

[71] Reference: Бијела књига – зборник докумената, Подгорица, 2007, *https://www.-srpskaistorija.com/bijela-knjiga-kako-je-pokraden-referendum/*, accessed: May 23, 2024.

jections, the European Union and the international community acknowledged and recognized the results of the referendum leading to independence.

3. REFERENDUM DOCTRINE IN DIVIDED SOCIETIES

The following sources are important for creating the institution of a referendum in the *de lege ferenda* legal system: decisions and opinions of (constitutional) courts, standards and guidelines of international organizations, such as the Council of Europe, and doctrine. In this paper, the term refers to a set of theoretical concepts and ideas. It is known that there are conflicting points of departure regarding the referendum, as well as other mechanisms of direct democracy. Therefore, there is no one-dimensional view in the theory, but rather claims about the role, importance and opportunity of this institute are confronted. In general, three approaches to the topic dominate. Affirmative viewpoints advocate the use of referendums and state its benefits. Critics start by pointing out shortcomings inherent in direct democracy. The compromise solution accepts the arguments of both sides but believes that the answer should be sought in the specific case if it involves the implementation of the referendum. The effectiveness of this tool depends on whether certain assumptions are met.

According to the first understanding, the direct declaration of citizens is the "most appropriate way" to make a decision on the self-determination of a territory. Several arguments are given in support of the referendum as a method for solving problems in plural societies. Its supporters believe that it is an emanation of the basic principle of democracy - only citizens can make a decision about their future. Although both methods are important, direct democracy is closer to the idea of citizen sovereignty than a representative system. Citizens' direct declaration is a necessary condition (*conditio sine qua non*) for making decisions not only about the sovereignty of the state, but also about other important issues. Secession is legal "only if approved by referendum."[72] Among several alternatives, it certainly provides legitimacy.[73] O'Flynn and Levy cite three specific reasons in favor of using referendums in plural societies.[74] The referendum is suitable for reaching peace agreements and for the process of learning and developing skills in democracies. Given that it requires reaching an agreement, exchange of different opinions, discussion, it leads to making a rational

[72] D. Moeckli, N. Reimann, 102, 105.

[73] İ. G. Şen, 24.

[74] I. O'Flynn, R. Levy, "Deliberative Constitutional Referendums in Deeply Divided Societies Special Section: Deliberative Democracy, Peace Referendums, and Constitutional Settlement", *UBC Law Review* 1/2020 (Vol. 53), 205-240.

political decision. In a democratic atmosphere, the referendum campaign encourages citizens to more carefully examine the answers to some of the questions asked in the referendum. The decision made in this way is of better quality. Referendum in ethnically divided societies transcends ethnic divisions, according to its supporters. In ethnically divided societies, it encourages compromise, reconciliation and reconciliation between political parties representing ethnic groups. According to the so-called "thesis of surpassing", the referendum overcomes divisions, because it opens up space for discussion and deliberation, and thus the transition of these societies into stable democracies.[75] Examples of political transformation of societies and ratification of peace solutions in South Africa in 1992 and Northern Ireland in 1998 are cited in support of this premise.

Opponents of the view that referendums are an adequate tool for solving ethnic problems argue that there are several shortcomings associated with this approach. These criticisms can be divided into two main groups. The first group of arguments focuses on the idea that referendums, as a decision-making mechanism tend to favor the majority potentially threatening the position of minority groups. Unlike in a representative system, there is no voting model that can accurately represent the will of all voters, a challenge that becomes even more pronounced in a referendum setting. These theoretical criticisms are often supported by historical examples, such as Germany between the two world wars, East Timor, South Sudan, Yugoslavia and the former Soviet Union. Critics point out that in divided societies, referendums often lead to undemocratic outcomes, with results ranging from minimal minority representation to civil war in cases where opposing groups are closely matched in power.[76]

Critics also argue that referendums do not contribute to the reduction of ethnic tensions, but instead exacerbate existing divisions and conflicts. In these societies, citizens tend to vote along ethnic or group lines, leading to discrimination against minorities. The belief that these divisions can be easily overcome through a referendum is seen as misguided, as deep-seated group identities perpetuate mistrust and hinder the possibilty of reaching a compromise or integrative solution. The lack of a culture of direct democracy, separation of powers, and rule of law[77] in divided societies further complicates the use of referendums as a tool for resolving ethnic tensions. The International Court of Justice has also suggested that holding a referendum may not always be "completely necessary, given the

[75] I. O'Flynn, R. Levy, 218.
[76] J. Wheatley, 65, 72.
[77] S. Tierney, 39.

special circumstances,"[78] highlighting the limitations of this approach in resolving ethno-national conflict. The example of the dispute between Germany and Denmark over Schleswig-Holstein demonstrates that conflicts can be resolved through other means, such as the development of democracy and improvements in living standards. This was evident in the aftermath of World War II, leading to the adoption of declarations and principles aimed protecting national minorities.

A more balanced approach acknowledges that referendums are not a universal solution for addressing issues in divided societies, but rather under specific conditions. Participatory culture, leadership willing to negotiate, and careful planning of the referendum process are crucial factors that can determine its success. It is essential to ensure that referendums are conducted in peaceful environment, with clear rules and recommendations in place beforehand.[79] In societies burdened by conflicts, it is very important that there are leaders ready to make an agreement. In addition, important assumptions are the design of the referendum and the circumstances under which it is conducted. Certainly, it should be avoided that citizens vote in an atmosphere of violence. It is important that the referendum is well thought out,[80] and rules and recommendations carefully prepared in advance.

The key factor that impacts the success of a referendum is the consensus among the main actors involved. It is crucial for opposing parties to agree on holding a referendum. The purpose of a secession referendum should not be to create division, but rather to find a balance between the interests of different ethnic groups.[81] Our case studies show that this was not achieved in Bosnia and Herzegovina, but was "successful" in Montenegro. Furthermore, it is essential for a referendum to have international support. This support can come in the form of observers, mediators, or active participants in negotiations. In Montenegro, the international community played a significant role, going beyond just mediators to providing recommendations that carried substantial weight in decisions. Additionally, the international community can extend its involvement to ensure the implementation of referendum results and prevent conflicts post-vote, as

[78] D. Moeckli, N. Reimann, 104.

[79] Qvortrup, 159.

[80] N. Loizides, „Negotiated settlements and peace referendums", *European Journal of Political Research*, 2(53), 2014, 243–244.

[81] In the case of East Timor, the second missing factor for a non-violent outcome of the referendum was that it resulted from "negotiations by both parties" (M. Qvortrup, 158). Reference: R. Levy, "Shotgun Referendums: popular deliberation and constitutional settlement in conflict societies", *Melbourne University Law Review*, Vol. 41, Issue 3, 2018, 1239, *https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0011/2771597/08-Levy.pdf*, accessed: Aprril 6, 2024.

seen in South Sudan and Bosnia and Herzegovina. The presence of the international community is crucial as it lends international legitimacy to the referendum, increasing the likelihood of legitimizing any potential secession.

One might wonder under what conditions the international community recognizes independence referendums. One necessary condition is the adherence to democratic standards. The Council of Europe has established guidelines and recommendations that can serve as a foundation for national legislative reforms. These guidelines cover various procedural aspects and offer insights on how to regulate referendums within the legal framework. While some recommendations are more definitive, others are more suggestive in nature. The Venice Commission, in its documents, advises that the referendum institution and its regulations should be governed by the constitution and laws, except for technical matters. While they are not legally binding, they do influence the development of regulations within member states.[82]

Judicial practice also plays a role in shaping the doctrine of referendums in divided societies. In comparative law, the highest courts have the authority to settle disputes and interpret the legal framework, including the material and procedural aspects of referendums, and can even prohibit their holding.[83] For example, the Supreme Court of Canada developed a "theory of positive obligations" in its ruling on Quebec's secession, considering factors such as the required majority for secession. The concept of a democratic majority is being reevaluated, with the Venice Commissions suggesting that important referendums may require a qualified majority.[84] The Constitutional Court of Spain has intervened multiple times by invalidating unconstitutional referendum statutes and acts in Catalonia and the Basque Country. The Court declared unconstitutional the law by which the Court, in accordance with Article 92 of the Constitution of Spain, established that there is no right of citizens in the regions to independently decide on self-determination.[85] In a 2017 decision on the referendum and the right to self-determination, the Constitutional Court referenced United Nations resolutions and rulings from other courts such as the Canadian

[82] Serbia adopted its new Law on Referendum and People's Initiative in 2021 taking into account the opinions and recommendations of the Venice Commission.

[83] İ. G. Şen, 228-231.

[84] M. Qvortrup, L. Trueblood, "The case for supermajority requirements in referendums", *I•CON* 1 (Vol 21), 2023, 192, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=-4087243*, accessed: Jun 11, 2024.

[85] A. G. Muñoz, "Catalan independence in the Spanish Constitution and Courts", *https://oxcon.ouplaw.com/page/675*, accessed: Mart 29, 2024; М. Станковић, „Одлука Уставног суда Шпаније о уставности Статута Каталоније и њене последице", *Анали Правног факултета у Београд,* 2(LX), 2/2012, 234–255.

Supreme Court on Quebec, the Italian Constitutional Court on a referendum in Veneto,[86] and the German Federal Court on a Bavarian independence referendum initiative.[87] Considering the actions of international organizations, courts, and legal scholarship, it is worth questioning whether a doctrine is emerging that establishes customs and rules regarding referendums in divided societies that transcend national borders.

4. CONCLUSION

A referendum is one of the ways to resolve territorial and ethnic conflicts in comparative law. The birthplace of this institution is modern civil states, and its proliferation was facilitated by the development of the concept of direct democracy and the right of the people to self-determination, as well as by political and social changes following major wars and the fall of the Berlin Wall. The collapse of authoritarian regimes in multinational states like Soviet Union and Yugoslavia enabled the uncontrolled implementation of independence referendums. Outside of Europe, the use of referendums in polarized societies is rare due to fragile institutions in multi-ethnic societies a lack of tradition.

An analysis of the referendum on the independence of South Sudan, as well as several countries in the former Yugoslavia, reveals the complex nature of the mechanism, its shortcomings and problems in implementation, but also provides lessons on how to avoid similar issues in the future. The example of South Sudan showed that a referendum does not guarantee long-term peace. In Bosnia and Herzegovina, a lack of agreement between ethnic groups and a lack of respect for democratic standards deepened conflict. However, in Montenegro, conditions were met for a successful referendum on statehood, leading to a peaceful outcome. Political agreeements, involvemenent of the European Union, and improvements in the legal framework by the OSCE all contributed to the success of the Montenegrin referendum. Despite irregularities during the campaign and voting, the European Union and the international community recognized the results of the referendum and Montenegro's independence.

In the field of the importance and role of referendums in divided societies, three distinct perspectives have emerged. Supporters argue that the benefits of this form of direct democracy outweigh the drawbacks. They

[86] The Constitutional court, Judgment No. 118 Year 2015, *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S118_2015_en.pdf*, accessend: 4. August, 2024.

[87] H. M. A. Martos, "The independence referendum in Germany", *https://idpbarcelona.net/docs/blog/referendum_germany.pdf*, accessed: August 11, 2024.

believe that allowing citizens to directly voice their opinions is the most effective way for people to determine their future. Additionally, referendums can promote the development of democracy by helping citizens bridge ethnic divides and reach compromises with rival groups. Referendums also provide a platform for minority groups to address important issues.

Critics, however, highlight the limitations of direct democracy in practice. They point to instances of referendum manipulation by political elites, which often leads to decisions that favor and exacerbate conflicts. Critics argue that direct citizen voting on ethnic conflicts tends to further polarize opposing viewpoints and escalate violence and misunderstandings. A third perspective seeks to find a middle ground between the extremes and emphasizes the utilitarian aspect of referendums. This view suggests that while referendums can be effective in polarized societies, careful consideration of the social context and fulfillment of certain conditions are necessary for success. Authors in this camp aim to identify the prerequisites for a successful referendum, with many agreeing that the constitutional framework is crucial but not sufficient. One key recommendation is that referendums should result from a consensus among conflicting parties. Since reaching such an agreement can be challenging, international mediation and support in improving legal frameworks are often necessary. For a referendum to be legitimate and successful, it must be conducted in a peaceful environment, in line with democratic principles and the rule of law. When those conditions are met, the international community is more likely to recognize the legitimacy of referendums and decisions regarding the independence of regions and territories.

In the last two decades, standards and rules regarding referendums on state status, autonomy, or border disputes have been enhanced. Constitutional courts, like the Supreme Court of Canada, have established fundamental ideas for addressing issues within this institution. The decisions made by constitutional courts have served as a guide for regional organizations, such as the European Organization for Security and Cooperation, in defining a set of guidelines and recommendations for conducting referendums. Most of these recommendations are relevant to ethno-national referenda.

Despite the abundance of theoretical literature, the topic of referendums in divided societies remains under-researched. Methodologically, researcher's must take a multidisciplinary approach and utilize empirical sources, as this topic spans various scientific disciplines and areas, with new cases continually shaping practice. It would be a fallacy to assume that the process of creating new states has concluded. Therefore, this topic remains relevant and poses a challenge for legislators. We believe that this

work represents a modest contribution to the advancement of public policies.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Afriyie Frederick Appah, Jisong Jian, Yaw Appiah Keneth, "Comprehensive analysis of South Sudan conflict: determinants and repercussions", *Journal of Liberty and International Affairs*, *6*(1), 2020, 33-47. *https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/67602/ssoar-jlibertyintaff-2020-1-afriyie_et_al-Comprehensive_analysis_of_South_Sudan.pdf*, accessed: May 14, 2024.
2. Benzing Markus, "Midwifing a New State: The United Nations in East Timor", *https://www.mpil.de/files/pdf2/mpunyb_benzing_9_295_372.pdf*, accessed: May 9, 2024.
3. Beramendi Virginia *et al.*, *Direct Democracy – The International IDEA Handbook*¸ *Stocholm, IDEA, 2007,* https://www.eods.eu/library/IDEA.Direct-DemocracyEN.pdf, accesed: April 25, 2024.
4. Brett Roddy, Delgado Antonio, "The role of constitution-building processes in democratization, Case Study Guatemala", International IDEA, Democracy-building & Conflict Management (DCM), *https://constitutionnet.org/sites/default/files/cbp_guatemala.pdf*, accessed: July 17, 2024.
5. Brandes Eric, Ondarza von Nicolai, Schenuit Felix, "Direct democracy in Germany", Steven Blockmans, Sophia Russack (eds.), *Direct Democracy in the EU The Myth of a Citizens' Union*, CEPS, Brussels, Rowman & Littlefield International, London, 2018, 237–252.
6. Butler David, Ranney Austin, "Practice", In: David Butler, Austin Ranney (eds.), *Referendums Around the World: The Growing Use of Direct Democracy*, American Enterprise Institute, Washington D. C., 1994, 1–10.
7. Вадимович Николај Бабилунга, „Придњестровље као део Новорусије: искуство државне изградње", у: Драган Петровић (ур.), *Конфликтне зоне на постсовјетском простору и регионална безбедност,* Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2021, 155–182.
8. Cede Franz, "The Plebiscites in Carinthia and Sopron-Ödenburg after World War I - two Cases of Direct Democracy in Action", In: Wilfried Marxer *et. all.* (eds.), *Direct Democracy and Minorities.* Wiesbaden: Springer VS, 2012, 15–21.
9. Fejzić Elvir, „Nedostaci i ograničenja referendumske demokratije", *Godišnjak Bošnjačke zajednice kulture „Preporod",* br. 1/2016, 17–32.

10. O'Flynn Ian, Levy Ron, "Deliberative Constitutional Referendums in Deeply Divided Societies Special Section: Deliberative Democracy, Peace Referendums, and Constitutional Settlement", *UBC Law Review* 1/2020 (Vol. 53), 205-240.
11. Fridrih Karl, *Konstitucionalna demokratija*, Podgorica: CID, 2005.
12. Hamzić Omer, „Neka razmišljanja povodom 25. godina od održavanja referenduma i početka rata za nezavisnu i suverenu Bosnu i Hercegovinu", *Gračanički glasnik,* br. 43, 2017, 8–9.
13. Issacharoff Samuel, Bradley Colin, "The Plebiscite in Modern Democracy", *Routledge Handbook of Illiberalism*, András Sajó, Renáta Uitz, Stephen Holmes (eds.), New York, Routledge, 2022, 505–516.
14. Knudsen Rita Augestad, *Ideja slobode i „samoopredeljenje" – borba oko slobode u međunarodnom diskursu,* Helsinški odbor za ljudska prava, Beograd, 2021.
15. Јовичић Миодраг, „Пре уставног референдума – плебисцит", *Изабрани списи Миодрага Јовичића, књига 6. – Србија на прелому векова,* Службени гласник Београд, 2006.
16. Lajphart Arend, *Modeli demokratije*, Podgorica: CID, 2003.
17. Levy Ron, "Shotgun Referendums: popular deliberation and constitutional settlement in conflict societies", Melbourne University Law Review, Vol. 41, Issue 3, 2018, 1237-1277, *https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0011/2771597/08-Levy.pdf*, accesed: April, 6. 2024.
18. Loizides Neophytos, "Negotiated settlements and peace referendums", *European Journal of Political Research*, 2(53), 2014, 234-249.
19. Марковић Ратко, *Уставно право, седамнаесто измењено и допуњено издање*, Правни факултет, Универзитет у Београду, Београд, 2013.
20. Martos Montilla Antonio Hosé, "The independence referendum in Germany", https://idpbarcelona.net/docs/blog/referendum_germany.pdf, accessed: August 11, 2024.
21. Marzatico Franceska, "Southern Sudan Referendum on Self–Determination", *Journal of African Elections*, Vol. 10, No. 1, June 2011, *https://www.eisa.org/storage/2023/05/2011-journal-of-african-elections-v10n1-southern-sudan-referendum-self-determination-legal-challenges-procedural-solutions-eisa.pdf?x99184*, accessed: January 14, 2024.
22. Mirović, Aleksandra, Matić Petar, "Regional Separatisms and Independence Referendums in Europe", *Serbian Political Thought*, No. 2/2014, 10(VI), 179-192.
23. Moeckli, Daniel, Reimann, Nils, "Independence referendums in international law", *Research Handbook on Secession, 2020,* In Jure Vidmar, Sarah McGibbon, Lea Raible (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, 92-111.

24. Muñoz Garrido Asier, "Catalan independence in the Spanish Constitution and Courts", *https://oxcon.ouplaw.com/page/675*, accessed: Mart 29, 2024.
25. Pavković, Aleksandar, Radan Petar, *Stvaranje novih država – teorija i praksa otcepljenja*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.
26. Радојевић, Мијодраг, *Парадокси референдума у савременим правним системима*, Зборник радова *Право између стварања и тумачења,* том I (ур. Горан Марковић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Европска организација за јавно право, Међународни савез правника, Институт за упоредно право, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Источно Сарајево, 2023, 311–337.
27. Rohner Andreas, "Direct Democracy in the German Länder: History, Institutions, and (Mal)Functions", *C2D Working Paper Series 38/2011*, C2D – Centre for Research on Direct Democracy, 2011, 5, *https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/94811/1/C2D_WP38.pdf*, accessed: May, 11. 2024.
28. Romac Ante, *Rječnik rimskog prava, drugo izdanje,* Informator, Zagreb, 1983.
29. Şen Gökhan İlker, *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*, Springer Cham Heidelberg New York Dordrecht London, 2015.
30. Schaller Stefan, Schmidt Paul, Breinschmid Christoph, "Direct democracy in Austria: just a tool for the opposition?", Steven Blockmans, Sophia Russack (eds.), Direct Democracy in the EU The Myth of a Citizens' Union, CEPS, Brussels, Rowman & Littlefield International, London, 2018, 121-144.
31. Станковић Marko, „Одлука Уставног суда Шпаније о уставности Статута Каталоније и њене последице", *Анали Правног факултета у Београд,* 2(LX), 2/2012, 234–255.
32. Tierney Stephen, *Constitutional Referendums – The Theory and practice of republican deliberation*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
33. Qvortrup, Matt, *Referendums and Ethnic Conflict*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2014.
34. Qvortrup Matt, Trueblood Leah, "The case for supermajority requirements in referendums", *I•CON* 1 (Vol 21), 2023, 187–204, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4087243*, accessed: Jun 11, 2024.
35. Vergotini de Đuzepe, *Uporedno ustavno pravo*, Beograd, Službeni glasnik, 2015.
36. Džamić Vladimir, Pavićević Vladimir, „Referendum kao negacija neposredne demokratije: iskustva Srbije i Crne Gore", *Međunarodna politika*, br. 1155–1156, juli–decembar 2014, 125–127.

37. Wheatley, Jonathan, "The Disruptive Potential of Direct Democracy in Deeply Divided Societies", *Direct Democracy and Minorities* (ed. Wilfried Marxer), Wiesbaden: Springer VS, 2012, 64-74.
38. Šarčević Edin, *Ustav iz nužde – konsolidacija ustavnog prava Bosne i Hercegovine*, Rabic, ECLD, Sarajevo, 2010.

Legal documents and other sources

1. Resolution 2577 (2021) / adopted by the Security Council on 28 May 2021, *https://digitallibrary.un.org/record/3927898?ln=zh_CN&v=pdf*, accessed: May 13, 2024.
2. European Union Election Observation Mission to the Soutern Sudan, *Soutern Sudan Referendum 9-15*, final report, *https://www.eods.eu/-library/FR%20SUDAN%202011_en.pdf*, accessed: 13. 5. 2024.
3. European Commission for democracy through law (Venice Commission), Revised guidelines on the holding of referendum, CDL-AD(2020)031, Strasbourg, 8 October 2020, *https://www.venice.coe.int/webforms/-documents/?pdf=CDL-AD(2020)031-e*, accessed: July 20, 2021.
4. Clarity act, *https://lois-laws.justice.gc.ca/PDF/C-31.8.pdf*, accessed: 14. 8. 2024.
5. "Conference on Yugoslavia Arbitration Commission: opinions on questions arising from the dissolution of Yugoslavia". *https://www.pf.uni-lj.si/media/skrk_mnenja.badinterjeve.arbitrazne.komisije.1_.10.pdf*, accessed: June 13, 2024.
6. Kancelarija za demokratske institucije i ljudska prava, „Republika Crna Gora – Referendum o državnom statutu 21. maj 2006", *https://www.-osce.org/files/f/documents/5/b/20099.pdf*, accessed: June 6, 2024.
7. Zakon o referendumu o državno-pravnom statusu Republike Crne Gore, Službeni list RCG, br. 12/2006.
8. Nacionalni sastav stanovništva Jugoslavije, knjiga I, Savezni zavod za statistiku, Beograd, 1991, Accessed: August 22, 2024.
9. Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, [1998], *https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do*, accessed: August 14, 2024.
10. The Constitutional court, Judgment No. 118 Year 2015, *https://www.-cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S118_-2015_en.pdf*, accessed: 4. August, 2024.
11. UNMIS – United Nations Mission in Sudan, *https://unmis.unmissions.-org/referendum-coverage*, accessed: May 13, 2024.
12. UNMISS – United Nations Mission in the South Sudan, *https://peace-keeping.un.org/sites/default/files/past/unmis/referendum.shtml*, Accessed: May 13, 2024
13. Ustavna povelja Državne zajednice Srbija i Crna Gora, „Službeni list SCG", br. 1/2003 i 26/05 – Amandmani I–III.

Доц. др научни сарадник Мијодраг Радојевић

Институт за политичке студије, Београд

РЕФЕРЕНДУМ У ПОДЕЉЕНИМ ДРУШТВИМА

Сажетак

Контроверзна природа и примена механизама директне демократије у етнички хетерогеним друштвима честа је тема истраживања. Референдум се може користити за решавање територијалних спорова, доношење одлуке о статусу дела територије, са намером успостављања територијалне аутономије или њеног одвајања од матичне државе и формирања нове државе или присаједињења другој држави. Аутор објашњава узроке и процесе ширења ове врсте референдума у протеклом столећу и различите сценарије у његовој пракси. Дакле, у овом тексту се трага за одговорима да ли је могуће спровести ову врсту референдума у складу са начелима демократије и владавине права, односно да ли је могуће утврдити стандарде и правила у међународном и унутрашњем праву. Аутор разматра и да ли је референдум у политички подељеним друштвима политички рационално средство за решавање сукоба. На основу историјских примера, као што је Јужни Судан и искуства са референдумом на простору бивше Југославије, по његовом мишљењу не постоји универзално прихватљив одговор, већ на делотворност и успех референдума у поларизованим друштвима мање утиче институционални аранжман или уставноправни дизајн, а више друштвене околности и способност за постизањем компромиса.

Кључне речи: *Директна демократија; Сецесија; Устав; Суверенност; Право на самоопредељење; Праг излазности и већина за доношење одлуке.*

UDK/UDC 316.774
STRUČNI RAD / *EXPERT PAPER*

Prof. dr Mustafa Sefo

Fakultet političkih nauka, Odsjek komunikologije, Univerziteta u Sarajevu

O MEDIJSKOJ KOMUNIKACIJI: IZMEĐU PRIVATIZACIJE I SLOBODE

Razvoj ljudske komunikacije oduvijek je praćen napretkom tehnologija koje su aktivno učestvovale, i danas učestvuju, u obavljanju ove primarne ljudske aktivnosti. Upravo zahvaljujući tehnološkom napretku, od Gutenbergove štamparske prese do digitalizacije, ove svojevrsne evolucije dale su drugačije dimenzije načinu komunikacije, kako neposredne međuljudske tako i posredne medijske komunikacije. Ljudi suočeni sa stalno mijenjajućim okolnostima koje izaziva tehnološki napredak primorani su da sva svoja djelovanja tome prilagode. Medijska komunikacija doživljava prve i najveće promjene. To se najprije odražava na društvo u kojem djeluju. Jedna od glavnih promjena je pojava privatizacije medija koja za sobom povlači diskusije i pitanja o primjeni slobode komuniciranja.

Ključne riječi: Mediji; Komunikacija; Sloboda; Privatizacija.

1. UVOD

Termin “privatizacija” odnosi se na prijenos imovine i/ili poslovanja iz državnog ili javnog vlasništva i kontrole u privatne ruke. Među glavnim razlozima koji se navode da bi se opravdala privatizacija jeste da privatno vlasništvo i poslovanje čine rad kompanije efikasnijim, jer će njeni menadžeri biti finansijski obavezni da učine kompaniju odgovornom. Nasuprot tome, državne ili javne akcije često se kritikuju zbog neefikasnosti, korumpiranja i nedovoljno odgovora na interese poreskih obveznika koji ih finansiraju. Zagovornici privatizacije tvrde da konkurentsko okruženje privatne industrije podstiče veće tehnološke inovacije i vrši pritisak na kompanije da uvedu strožije mjere za smanjenje troškova.

Postavljeni problem u ovom istraživanju jeste utjecaj privatizacije na medijsku komunikaciju i slobodu govora, tj. promjene koje uzrokuje priva-

Mustafa Sefo, *mustafa.sefo@fpn.unsa.ba*.

tizacija i digitalizacija medija. Problem predstavlja i nepostojanje pravne regulacije i različita tumačenja slobodne komunikacije koja variraju shodno zahtjevima, ne publike nego vlasnika medija. Hipoteza ovog istraživanja jeste da, u kontekstu privatizacije, komunikacija izlazi iz teorijskog i praktičnog okvira, kao i same definicije komunikacije koja podrazumijeva razmjenu informacija. U kontekstu privatizacije informacija se posmatra kao roba a učesnici u komunikaciji kao potrošači te robe.

2. VLASNIŠTVO NAD MEDIJIMA I PRIVATIZACIJA U SREDNJOJ I ISTOČNOJ EVROPI

Pitanje vlasništva nad medijima ključno je za slobodu medija i slobodu komunikacije, a adekvatne inicijative za privatizaciju ključna su zaštita od medijske koncentracije i način da se osigura istinski medijski pluralitet. Privatizacija medija dobila je značajnu pažnju u Centralnoj i Istočnoj Evropi (CEE) od pada Sovjetskog Saveza, s jasnim trendovima i obrascima koji proizlaze iz novih medijskih struktura u regionu. Promjene u političkom sistemu dovele su do preokreta u medijskom okruženju, iako ne nužno na način koji se mogao očekivati. U većini zemalja CEE promjene u vlasništvu nad medijima nisu proširene na brze promjene medijskog zakonodavstva, pri čemu u većini regiona preovladava mišljenje da novostečeno okruženje slobode izražavanja ne bi trebalo biti ograničeno restriktivnim medijskim zakonodavstvom. Javne debate su temeljene na pretpostavci da medijsko zakonodavstvo uopšte nije potrebno te da medije treba prepustiti politički i ideološki “neutralnim” tržišnim snagama. Međutim, u mnogim slučajevima privatni mediji su počeli da se posmatraju kao oruđe za upravljanje političkom moći i utjecajem, a ne kao održivi poslovni poduhvati. Proces zakonodavne reforme u medijima pokazao se kao dugotrajan.

Novi bogataši ili novoosnovane političke partije, ili sprega i jednih i drugih, zaposjedali su ili osnivali medije koji su također manje-više sredstva propagande. Mnogi mediji, njihove redakcije i sami novinari nisu u svemu tome bili nevini. O njihovoj naviknutosti da i sami budu politički akteri govori Karol Jakubovič[1] te naglašava potrebu redefinicije novinarstva u Istočnoj Evropi, od propagandnog novinarstva ka novinarstvu koje je nepristrasno, autonomno i služi javnosti, a ne vlastima ili vlasnicima medija.[2]

[1] Karol Jakubovič je savjetnik predsjednika Nacionalnog radiodifuznog savjeta Poljske, ekspert Savjeta Evrope i međunarodni konsultant za radiodifuznu legislativu. Učestvovao je u pripremi Zakona o radiodifuziji Srbije.

[2] Vid. više u R. Veljanovski, *Javni rtv servis u službi građana*, Clio, Beograd 2005, 79.

Neke zemlje, poput Mađarske, prošle su kroz proces “spontane privatizacije”, u kojem su i same redakcije započele pregovore sa stranim investitorima kako bi se osamostalile od države. Međutim, ovaj proces bio je kontroverzan jer mu je nedostajala transparentnost i finansijski je koristio bivšoj Komunističkoj partiji koja je u narednim godinama izazvala “medijske ratove”. U protekle dvije decenije status slobode medija generalno je bio bolji tamo gdje su mediji rano privatizovani, a lošiji u zemljama u kojima je privatizacija kasnila. Uopšteno govoreći, privatni mediji su obogatili izbor, a u nekim slučajevima uspjeli osloboditi štampu od vanjskog političkog utjecaja.

Za razliku od elektronskih medija, štampa je rano privatizovana u skoro svakoj zemlji u regionu, a investitorima je bilo dozvoljeno kupovati postojeće štampane medije. Međutim, kako je većina tržišta bila, i još uvijek je, relativno slaba, nedostatak sistema državnih subvencija za podršku gubitašnim štampanim kućama natjerao je mnoge novine da se povežu s različitim političkim i poslovnim elitama kako bi ostali u funkciji. Ipak, uprkos opštem konsenzusu da je privatizacija poželjnija od državnog vlasništva za slobodne medije, ostaje pitanje najboljeg načina organiziranja medija. Pitanja vlasništva nad medijima, transparentnosti, distribucije i profesionalizma sastavni su dio rješavanja ovog problema.

Ukrajina je bila značajan izuzetak od opšteg trenda privatizacije, jer se za razliku od ostatka regiona privatizacija štampanih medija dogodila mnogo kasnije i na drugačiji način. Naprimjer, veliki dio opštinske i regionalne štampe bio je finansiran od strane države te je stoga imao jake političke veze. Časopisi koji su privatizovani uglavnom su u vlasništvu oligarha s jakim političkim vezama, čiji su interesi u medijima politički a ne ekonomski. Što je još više zabrinjavajuće, zakoni koji se odnose na vlasništvo nad medijima i pristup informacijama ne odgovaraju slobodnom i transparentnom medijskom okruženju. Tako je moguće da vlasnici sakriju svoju imovinu od javnosti i medija. Pitanje transparentnosti vlasništva nad medijima glavna je briga mnogih zemalja CEE. Oni poput Bugarske usvojili su zakone koji obavezuju medije da otkriju svoje stvarne vlasnike. Ali sveukupno gledano, situacija je još uvijek nezadovoljavajuća u cijelom regionu, često omogućavajući vlasnicima zaobilaženje propisa o međusobnom vlasništvu, jer ostaju skriveni iza trećih strana ili *off-shore* kompanija.

Promjena vlasništva nad medijima u regionu tokom ranih 1990-ih bila je stoga razlog za zabrinutost, ali i nadu. Pogrešno je pretpostavljano da se demokratizacija medija može postići jednostavnom promjenom vlasništva. Kako je privatno vlasništvo prelazilo s medijskih radnika na lokalna preduzeća u međunarodne konglomerate, vjerovano je da će zapadni vlasnici garantirati medijski pluralitet zbog svoje političke nezavisnosti i viđenja regionalne štampe kao poslovne investicije, a ne političke platforme i pro-

pagandnog alata. Još je pretpostavljano da će dobro uspostavljene zapadne korporacije biti imune na domaće političke pritiske te biti sposobne uspostaviti upravljačke prakse zapadnog stila i njegovati novinarske vrijednosti i demokratsku medijsku kulturu, kao i pružiti modernu tehnologiju, finansijska sredstva i stručnost. U mnogim zemljama se čvrsto vjerovalo da bez stranih ulaganja nije moguće da lokalni mediji poboljšaju kvalitetu štampe i moderniziraju svoje kapacitete.

Adekvatna medijska zakonska regulativa je, bez sumnje, bila odlučujući faktor u obezbjeđivanju slobodnog medijskog okruženja tokom procesa privatizacije, a procjena pravnog konteksta procesa privatizacije neophodan je korak u utvrđivanju medijskog ambijenta u regionu. Većina zemalja nije imala zakone koji se direktno odnose na medijski sektor, a mediji su se generalno smatrali bilo kojim drugim poslom i, barem u teoriji, prepušteni su samoregulaciji tržišnih snaga. U Moldaviji, naprimjer, Zakon o štampi iz 1994. godine ne uključuje koncept vlasnika, već se umjesto toga odnosi na osnivače i suosnivače medijskih publikacija, što znači da zakon ne rješava pitanja vlasništva i medijske koncentracije.

2.1. Novinari u procesu privatizacije medija

Generalni trend u regionu je da novinari koji rade za privatne novine uglavnom zarađuju više i zadovoljniji su uslovima rada od njihovih kolega u državnim medijima. Razdvajanje države i medija se, dakle, smatra da pozitivno utječe na nivo profesionalizma novinara. U prvim godinama nezavisnosti, i u zdravoj ekonomskoj klimi, autocenzura nije bila glavni problem za novinare u privatnim publikacijama jer je bilo malo konkurencije za posao i oglašivače. Vlasništvo nad medijima je nesumnjivo značajan faktor profesionalizma i uslova rada novinara, ali čini se da je autocenzura zabrinjavajući trend čak i u zemljama u kojima se mediji smatraju “slobodnim”.

2.2. Utjecaj monopolizacije na medijsku komunikaciju

Slobodno medijsko okruženje pretpostavlja određeni nivo medijskog pluralizma – odnosno postojanje više medijskih izvora iz kojih građani mogu primati vijesti. Iz ove perspektive, monopoli – bilo postignuti snagom države, stranke ili tržišta – predstavljaju prepreku slobodi medija. Medijski pluralizam može biti zagarantovan samo pluralnošću vlasništva. Postoji vrlo jasna veza između vlasništva nad medijima i slobode medija, pri čemu je medijska raznolikost preduslov za slobodu izražavanja. Međutim, ovo pitanje je mnogo opipljivije na državnom nego na lokalnom nivou, gdje tržište često nije dovoljno da snažno podrži više od jedne novine ili emitera. U mnogim zemljama lokalne novine funkcioniraju kao lanac

lokalnih monopola, što bi moglo biti problematično sa stanovišta medijskog pluralizma, ali je ponekad jedini način da se osigura postojanje medija koji bi inače mogli nestati.

Privatni monopoli ostaju značajan problem u vlasništvu medija i prepreka su slobodi izražavanja. Nedostatak transparentnosti pravi problem, jer državni organi i politički aktivni oligarsi mogu koristiti druge vlasnike kao paravan za svoja preduzeća. U Ukrajini, naprimjer, ne postoji način da se pravno dokaže da određeni političar ima značajan udio u datom mediju, što je omogućeno neadekvatnim zakonodavstvom o pristupu informacijama. Problem zakonodavstva je značajan faktor u omogućavanju monopola, a on se javlja u cijelom regionu. Reforma zakonodavstva o pristupu informacijama u Ukrajini, kao i u mnogim drugim zemljama, bila bi stoga značajan korak ka osiguranju slobode izražavanja i pluraliteta u štampi.

Prema Denisu McQuailu medijska koncentracija postavlja tri različita pitanja: cijene i distribuciju (što je tržište monopoliziranije, veća je moć vlasnika da određuju cijene); konkurente (koji bi mogli biti otjerani visokim troškovima proizvodnje) i kvalitet i raznolikost proizvoda.[3] Očigledan efekat neprovjerenog vlasništva nad medijima čini da pojedinac ili stranka stvaraju medijsku imperiju i uživaju široko rasprostranjen i nekontroliran politički utjecaj. Jedna od najvećih opasnosti za uspješnu privatizaciju u ovom slučaju je preuzimanje štampe od strane investitora koji nisu zainteresirani za stvarni medijski biznis, već za korištenje medija za svoje druge poslovne interese ili za politički PR.

3. PRIVATIZACIJA MEDIJSKE KOMUNIKACIJE

Prepoznajući da se novac može zaraditi u oglašavanju, prodaji i isporuci sadržaja, medijske i telekomunikacijske kompanije ne žele biti čisti kanali za prijenos poruka, informacija i govora drugih, ne žele preveliku konkurenciju u sadržaju svojih kupaca. Umjesto toga, one žele koristiti arhitekturu i infrastrukturu interneta kako bi svoje kupce gurnuli u planirane zajednice potrošačkog iskustva, kako bi sklonili krajnje korisnike u svijet koji nesmetano kombinira svakodnevne aktivnosti komunikacije s potrošnjom i zabavom. U nekim aspektima, preduzeća nastoje gurnuti potrošače nazad u njihove uloge prije interneta kao relativno pasivnih primatelja sadržaja masovnih medija. U drugim aspektima, međutim, one otvoreno podstiču interaktivnost, ali onu pod njihovim uslovima – vrstu interaktivnosti koja olakšava ili podstiče kupovinu roba i usluga.

[3] O McQuailovim postavkama vidjeti više u njegovoj studiji *Mass Communication Theory* (SAGE, London 2010).

Drugi način sagledavanja društvene kontradikcije koju stvara internet jeste kroz koncept javnog prostora. Da li je internet privatni ili javni prostor? Digitalne komunikacijske mreže sve više u privatnim rukama drže velike medijske konglomerate koji također imaju interese u proizvodnji digitalnog sadržaja i koji žele prodavati vlastitu robu i usluge te reklamirati robu i usluge drugih. Iz njihove perspektive, „javnost" digitalnih komunikacijskih mreža samo je nuspojava korištenja privatne imovine od strane privatnih aktera. Zato što su digitalne komunikacijske mreže u privatnom vlasništvu, oni koji ih posjeduju imaju pravo strukturirati ulazak i korištenje mreže od strane drugih privatnih aktera. Umjesto da opravda vrijednosti slobode govora, reguliranjem digitalnih komunikacijskih mreža krše se prava na slobodnu medijsku komunikaciju.

S druge strane, digitalne komunikacijske mreže su javne u smislu da ih javnost koristi kao prostor za opštu interakciju. Informacijski superput je javni autoput koji je korišten od strane javnosti za javnu komunikaciju, debatu, razgovaranje i svaki mogući vid razmjene informacija. Digitalne komunikacijske mreže također su javne u smislu da njihova vrijednost kao mreža proizlazi iz učešća javnosti koje proizvodi mrežne efekte, jer ih javnost općenito koristi. Integritet i kvalitet javnosti može biti ugrožen državnom kontrolom, predrasudama i autocenzurom privatnih sistema kontrole, ali i spoljnim pritiscima na medijske sisteme koji ih oblikuju u skladu s ciljevima moćnih njima stranih interesa.[4]

Budući da služe javnoj funkciji te svoju vrijednost dobivaju sudjelovanjem javnosti, tvrdi se da bi digitalne komunikacijske mreže trebale biti regulirane tako da služe javnom interesu i da se omogući članovima javnosti da ih koriste kao javne prostore za komunikaciju, kulturu inovacije i učešće javnosti. Bez takve regulative, moćni privatni interesi pogazit će vrijednosti slobodne komunikacije u nemilosrdnoj potrazi za profitom. Drugim riječima, ključni izvor vrijednosti komunikacijske mreže je njena javnost, činjenica da su njeni stanovnici i korisnici šira javnost.

Tehnološkim inovacijama u digitalnom dobu proizvedeni su sukobi oko značenja slobodnog izražavanja u dvjema različitim pravcima. Prvi je obim intelektualnog vlasništva, a drugi regulacija telekomunikacijskih mreža. Sukob oko slobodne komunikacije izgleda sasvim drugačije u ovim dvjema oblastima. U oblasti intelektualne svojine, medijske korporacije su se zalagale za sve veću zaštitu intelektualne svojine, i pravnim i tehnološkim sredstvima. Tu su odbačene pritužbe da prava intelektualne svojine i šeme upravljanja digitalnim pravima koje se stalno šire sprječavaju slobodu izražavanja jer otklanjaju poštenu upotrebu i smanjuju javni domen. U

[4] E. S. Herman, R. V. McChesney, *Globalni mediji – Novi misionari korporativnog kapitalizma*, Clio, Beograd 2004, 9.

regulaciji telekomunikacija, nasuprot tome, medijske korporacije su se agresivno zalagale za proširenje prava na slobodu govora, tvrdeći da se time uključuje i pravo kontrole komunikacijskih mreža. Pozivajući se na teoriju slobodnog izražavanja zasnovanu na imovini, odbacile su argumente da je javna regulacija neophodna kako bi kanali bili otvoreni i slobodno dostupni širokom spektru govornika.

Tim medijskim korporacijama odražena je osnovna agenda: To nije promocija i zaštita slobode govora *per se*, već promocija i zaštita imovinskih prava medijskih korporacija. I intelektualna svojina i sloboda govora su rekonceptualizirane za odbranu kapitalnih investicija medijskih korporacija. Prava intelektualne svojine, *paracopyright* i upravljanje digitalnim pravima opravdani su kao neophodni za zaštitu prava svojine i održavanje poštenog povrata ulaganja. Sloboda govora se sve više reinterpretira kao pravo na slobodu od ekonomske regulacije digitalnih komunikacijskih mreža.

Zbog želje za većom kontrolom, pojedincima će itekako biti dozvoljeno korištenje digitalnih mreža i digitalnog sadržaja. A upravo tim tehnologijama stvorene su nove mogućnosti za slobodu pojedinca te kulturne inovacije u digitalnom dobu. U izvjesnom smislu, ovaj razvoj je bio neizbježan. U svijetu u kojem živimo, intelektualno vlasništvo i kontrola digitalnih komunikacijskih mreža sve su važniji izvori bogatstva. Odbrana tih oblika bogatstva mora naći legalnu manifestaciju.

Prošlost je pokazala važnu ulogu medija kao organa kontrole politike, ali i pravde, zahvaljujući otkrićima i informiranju javnosti i mogućnosti reakcije. Nažalost, informacije su vremenom postale roba, ponekad i po visokoj cijeni, a novinarstvo je postalo borba za vijesti, a danas živimo u eri komunikacije i informacija. Mediji su postali sveprisutni i svakodnevno nas okupiraju. Njihova moć utjecaja dala im je drugo ime – četvrta moć.[5]

3.1. Značaj slobodne komunikacije u medijima u doba digitalizacije

Medijski sektor je odraz svog šireg okruženja. Pozitivno okruženje (povoljni zakoni, tržište, institucije i medijsko obrazovanje) omogućava medijima da igraju pozitivnu ulogu u društvu. Mediji koji ispunjavaju svoje društvene funkcije pomažu promoviranju demokratskog okruženja. Mediji ne mogu biti posmatrani van konteksta. Mogu doprinositi promoviranju demokratskog društva borbom protiv korupcije ili podsticanjem učešća u političkom životu, naprimjer. Ali to ne mogu postići sami. Pobo-

[5] M. Sefo, *Uvod u komunikologiju*, Perfecta, Sarajevo 2022, 69.

ljšanje kapaciteta medija da igraju konstruktivnu ulogu zahtijeva strategiju za analizu i podsticanje uslova za šire društveno okruženje.[6]

Promjenom društvenih uslova govora, digitalne tehnologije dovode do novih društvenih sukoba oko vlasništva i kontrole informacionog kapitala. Princip slobode govora je bojno polje za mnoge od ovih sukoba. Na primjer, medijske kompanije široko tumače princip slobode govora kako bi se borile protiv regulacije digitalnih mreža te kako bi zaštitile i proširile svoja prava intelektualnog vlasništva. Digitalnim dobom uveliko su proširene mogućnosti individualnog učešća u rastu i širenju kulture medijske komunikacije, a samim tim i mogućnosti za ostvarivanje istinski demokratske kulture. Ali iste tehnologije proizvode i nove metode kontrole koje mogu ograničiti demokratsko učešće. Stoga vrijednosti slobode govora – interaktivnost, masovno učešće i sposobnost modifikacije i transformacije kulture – moraju biti zaštićene kroz tehnološki dizajn te administrativnu i zakonodavnu regulaciju tehnologije, kao i kroz tradicionalniju metodu stvaranja i priznavanja ustavnih prava.

Sloboda govora sve više zavisi od dizajna tehnološke infrastrukture koja podržava sistem slobodnog izražavanja i osigurava široko rasprostranjeno demokratsko učešće. Institucionalna ograničenja sudova će ih spriječiti da dođu do najvažnijih pitanja o tome kako je ta infrastruktura dizajnirana i implementirana. Zaštita slobode govora će stoga sve više pasti na zakonodavna tijela, administrativne agencije i tehnologe. Mijenjajući društvene uslove govora, digitalnim tehnologijama iznose se na vidjelo karakteristike slobode govora koje su zapravo oduvijek postojale u pozadini, ali sada dolaze u prvi plan. Umjesto na novost, fokus bi trebao biti na istaknutost.

Digitalnom revolucijom sloboda govora je stavljena u novo svjetlo, baš kao što je to prije bilo učinjeno razvojem radio-difuznih tehnologija radija i televizije. Tako je omogućeno široko rasprostranjeno aktivno učešće u javnoj komunikaciji te interakcija koja ranije nije mogla postojati u istoj mjeri. Istovremeno, stvarane su nove mogućnosti za ograničavanje i kontrolu tih oblika kulturne participacije i interakcije. Digitalno doba čine proizvodnja i distribucija informacija kao ključni izvor bogatstva. Tako se stvara novi niz sukoba oko kapitala i imovinskih prava koji se tiče toga ko ima pravo da distribuira i dobije pristup informacijama. Nije iznenađujuće da je princip slobode govora u središtu ovih sukoba. Sloboda govora ubrzano postaje ključno mjesto borbe oko pravne i ustavne zaštite kapitala u informatičkom dobu, a ti sukobi će oblikovati zakonsku definiciju slobode govora.

[6] M. Sefo, 67.

Digitalnom revolucijom nuđene su mogućnosti bez presedana za stvaranje živopisnog sistema slobodnog izražavanja. Ali to također predstavlja nove opasnosti za slobodu govora, opasnosti koje će biti ostvarene ako se ne prilagodimo promjenama koje digitalno doba donosi sa sobom. Nastali sukobi oko kapitala i imovine u praksi su vrlo stvarni. Ako se riješe na pogrešan način, uveliko će narušiti sistem slobodnog izražavanja i potkopati veliki dio obećanja digitalnog doba za ostvarenje istinski participativne kulture.

Digitalne tehnologije karakterišu participacija i sloboda izražavanja. Medijska komunikacija uzima u obzir ove karakteristike, a svrha joj je promoviranje demokratske kulture. Demokratska kultura je više od reprezentativnih institucija demokratije, i više je od razmatranja javnih pitanja. Umjesto toga, demokratska kultura je ona u kojoj pojedinci imaju poštenu priliku da učestvuju u oblicima stvaranja značenja koji ih konstituiraju kao pojedince. Ona se odnosi na individualnu slobodu kao i na kolektivnu samoupravu; radi se o sposobnosti svakog pojedinca da učestvuje u proizvodnji i distribuciji kulture.

Mediji igraju centralnu ulogu u demokratizaciji. Historijski posmatrano, ključna odlika pokreta demokratizacije jeste stvaranje javnog mnijenja, pri čemu se misli na sva mjesta i forume na kojima se raspravljalo o pitanjima važnim za političku zajednicu i gdje su plasirane informacije ključne za učešće građana u javnom životu. Ovakav koncept je važan jer demokratsko društvo zavisi od dobro informisane populacije sposobne da napravi politički izbor.[7]

Sloboda govora omogućava običnim ljudima da slobodno učestvuju u širenju ideja i stvaranju značenja koja im, zauzvrat, pomaže da se oblikuju kao osobe. Demokratska kultura je demokratska u smislu da svi – ne samo političke, ekonomske ili kulturne elite – imaju poštene šanse da učestvuju u proizvodnji kulture te razvoju ideja i značenja koji ih čine i zajednicom i podzajednicom kojima pripadaju. Ljudi imaju pravo glasa u razvoju ovih ideja i značenja jer su u mogućnosti da učestvuju u njihovom stvaranju, rastu i širenju.

Kao i sama demokratija, demokratska kultura postoji u različitim društvima u različitom stepenu. To je i ideal kojem društvo može težiti. Slobodna medijska komunikacija tako postaje interaktivna i prisvajajuća. Interaktivna je jer se smjenjuju uloge govornika i slušalaca. Naše izlaganje govoru, naš pokušaj da ga razumijemo, da ga unesemo u svoje razumijevanje neprestano nas preoblikuju. Naše neprestano učešće u komunikaciji, naše slaganje i reakcija na ono što doživljavamo, naše asimiliranje ili odbacivanje onoga što nam se nudi čine nas takvim ljudima kakvi jesmo.

[7] E. S. Herman, R. McChesney, 7.

Neistomišljenici crpe ono što im se ne sviđa da bi to kritikovali; umjetnici pozajmljuju iz prethodnih primjera i nadograđuju se na umjetničke konvencije; čak se i u neobaveznom razgovoru oslanja na uobičajene teme i izraze. Ljudi učestvuju tako što se nadovezuju na ono što pronađu u kulturi i svakodnevnici te inoviraju s njom, modificirajući je i pretvarajući u svoje svrhe. Sloboda govora je sposobnost da se to učini. U demokratskoj kulturi ljudi su slobodni da prisvoje elemente koji su pri ruci, kritikuju ih, nadograđuju ih i stvaraju nešto novo.

Ideja demokratske medijske komunikacije obuhvata inherentnu dualnost slobode govora: iako je sloboda govora duboko individualna, ona je u isto vrijeme duboko kolektivna. Slobodna medijska komunikacija je sistem. To je mreža ljudi koji međusobno komuniciraju, slažu se i ne slažu, ogovaraju i sramote, kritiziraju i parodiraju, oponašaju i inoviraju, podržavaju i hvale. Ljudi ostvaruju svoju slobodu učestvujući u ovom sistemu: sudjeluju u interakciji s drugima i stvaraju nova značenja i nove ideje. U skladu s pojmovnim određenjem društvene komunikacije, kao kontinuiranog i dinamičnog procesa koji “nema ni početnu ni završnu točku”[8] i javno mnijenje se shvaća kao jedna od sastavnih faza širih komunikacijskih procesa.

Digitalnim dobom pruža se tehnološka infrastruktura koja uveliko proširuje mogućnosti individualnog sudjelovanja u rastu i širenju komunikacije i time uveliko proširuje mogućnosti za ostvarivanje istinske demokratije kroz javno mnijenje. Ali iste tehnologije također mogu proizvesti nove metode kontrole koje mogu ograničiti demokratsko učešće. Pravo na učešće u komunikaciji je vrijedno jer omogućava izjašnjavanje o silama koje oblikuju svijet u kojem živimo i čine nas onim što jesmo. Čak i kada ljudi ponavljaju ono što su drugi rekli, njihovo ponavljanje često nosi promjenu u značenju ili kontekstu.

Dok se ljudi izražavaju, stvaraju muziku, umjetnička djela, pjevaju, ogovaraju, razgovaraju, optužuju, poriču, žale se, slave, oduševljavaju, hvale i parodiraju – neprestano dodaju nešto kulturnoj mješavini u kojoj žive. Time preoblikuju, koliko god neprimjetno, kulturne konvencije o tome šta stvari znače, šta je ispravno a šta neprikladno, šta je važno a šta manje važno, kako se stvari rade i kako se ne rade. Kroz komunikacijsku interakciju, izražavanje ili razmjenu pojedinci postaju svojevrsni arhitekti, nadograđujući se na ono što su drugi radili prije njih i oblikujući svijet koji će oblikovati njih i one koji ih slijede. I kroz ovu praksu interakcije i prisvajanja oni ostvaruju svoju slobodu.

Institucionalna ograničenja mogu spriječiti da se dođe do najvažnijih pitanja o tome kako je ta infrastruktura dizajnirana i implementirana. Zašti-

[8] V. Lamza Posavec, *Javno mnijenje*, Alinea, Zagreb 1995, 34.

ta slobode govora će sve više pasti na zakonodavna tijela, administrativne agencije i tehnologe. To će u digitalnom dobu zahtijevati novu klasu *cyber* pravnika koji razumiju utjecaj tehnološkog dizajna na vrijednosti slobode govora i koji mogu pomoći u oblikovanju regulatornih rješenja. Tim rješenjima bile bi promovirane tehnologije koje će, zauzvrat, pomoći da se osiguraju vrijednosti slobodnog izražavanja.

4. KAKO SU DIGITALNIM DOBOM MIJENJANI USLOVI KOMUNIKACIJE

Mitologija savremenog svijeta su novi digitalni mediji. Naš svijet danas postao je *cyberspace* i virtualni realitet je predstavljen kao svijet gigantskih simulacija.[9]

Pod „digitalnom revolucijom” misli se na stvaranje i široku dostupnost tehnologija koje olakšavaju kopiranje, modificiranje, označavanje, uređivanje, prijenos i distribuciju sadržaja pohranjivanjem u digitalnom obliku. Ove tehnologije također uključuju razvoj ogromnih komunikacijskih mreža koje povezuju svaki dio svijeta u svrhu distribucije digitalnog sadržaja. Digitalna revolucija na četiri načina mijenja činjenične pretpostavke na kojima se temelje društvena organizacija i društvene prakse slobodne medijske komunikacije.

Prvi, digitalna revolucija drastično smanjuje troškove kopiranja i distribucije informacija. Veliki broj ljudi može jeftino i naširoko prikazivati i objavljivati svoje stavove. Veb-stranice se, naprimjer, lahko kreiraju i lahko im je pristupiti. Još nije poznato koliko će biti niski troškovi prijenosa informacija. Naprimjer, razvojem veb-blogova (ili blogova) omogućeno je objavljivanje sadržaja na internetu pritiskom na dugme, dodatno smanjujući troškove distribucije. U okviru novih digitalnih prijenosa teksta, slike, tona postignuta je sasvim nova organizacija komunikativnog djelovanja u društvu.[10]

Prije interneta, teoretičari medijske komunikacije bili su zabrinuti zbog nedostatka propusnog opsega za elektronske medije. Frekvencije su bile ograničene, tako da je relativno mali broj ljudi mogao nešto prikazivati velikom broju ljudi. Digitalnom revolucijom dovedena je do izražaja drugačija vrsta oskudice. Ne radi se o propusnom opsegu, već o oskudici publike, a posebno o oskudici pažnje publike. Kako se smanjuju troškovi distribucije govora, a sve više ljudi može lahko i jeftino doći jedni do drugih, konkurencija za pažnju publike je sve žešća. Klasičan primjer je neželjena elektronska pošta, koja prebacuje troškove distribucije s govornika na pub-

[9] E. Kečo Isaković, *Izazovi mas-medija*, DES, Sarajevo 2006, 25.
[10] E. Kečo Isaković, 9.

liku. Budući da toliko ljudi proizvodi sadržaj i šalje ga posvuda, publika je zatrpana ogromnim količinama informacija koje moraju sabrati, sortirati, filtrirati ili blokirati.

Drugi, digitalnom revolucijom olakšan je prijelaz sadržaja iz jednih u druge kulturne i geografske granice. Ne samo da govornici mogu doprijeti do većeg broja ljudi u zemlji u kojoj žive već mogu komunicirati i formirati nove interesne zajednice s ljudima širom svijeta. Odavno je moguće slati informacije globalno, ali su troškovi i trud bili su relativno veliki. Internet ljudima daje sposobnosti koje su ranije uživala samo velika komercijalna preduzeća; nudi im pristup infrastrukturi za slanje informacija širom svijeta. Dakle, digitalnom revolucijom je u prvi plan stavljena važnost organiziranja, sortiranja, filtriranja i ograničavanja pristupa informacijama, kao i kulturna moć onih koji organiziraju, sortiraju, filtriraju i ograničavaju pristup.

Treći, digitalnom revolucijom smanjeni su troškovi inoviranja postojećih informacija, komentiranja i nadogradnje na njih. Važna karakteristika digitalne revolucije je razvoj zajedničkih standarda za skladištenje i digitalno kodiranje informacija. Zajednički standardi su apsolutno ključni za smanjenje troškova prijenosa i distribucije. U prošlosti je uvijek bilo moguće ručno kopirati tekst ili crtež, ali je takvo kopiranje bilo relativno skupo i dugotrajno. Kada ljudi imaju zajedničku metriku za pohranjivanje slika, muzike i teksta, mogu jednostavno kopirati, izrezati i zalijepiti informacije i poslati ih drugima. Uobičajeni standardi za kodiranje slika, muzike i teksta ne samo da olakšavaju kopiranje i širenje već i prisvajanje, manipulaciju i uređivanje sadržaja.

Veza između sposobnosti kopiranja i mogućnosti prilagođavanja ili dorade informacija centralna je za razumijevanje mogućnosti koja je stvorena digitalnom revolucijom. Potrošači digitalnih medijskih proizvoda nisu jednostavno ovlašteni da kopiraju digitalni sadržaj; oni su također ovlašteni da ga mijenjaju, komentiraju, spajaju i miješaju s drugim sadržajem i proizvode nešto novo. Softver omogućava ljudima da inoviraju i komentiraju druge digitalne medijske proizvode, uključujući ne samo tekst već i zvukove, fotografije i filmove.

Uobičajeni primjer je dobro poznata priča o filmu *The Phantom Edit*, u kojoj je gledalac remontirao film Džordža Lukasa (*George Lucas*) iz *Rat*ova zvijezda* kako bi odbacio što je više moguće vremena na ekranu posvećenog za njega posebno nevoljenom liku. *The Phantom Edit* predstavlja primjer onoga što je omogućeno digitalnim dobom. To nije samo piraterija; to je također inovacija, iako svakako nije vrsta inovacije za koju je LucasFilms bio zainteresiran da promovira. Ova inovacija ide ruku pod ruku s mogućnošću digitalne piraterije. Obje su oblici prisvajanja koji su omogućeni digitalnom tehnologijom i digitalnom komunikacijskom mre-

žom. Smanjenje troškova distribucije i prisvajanja osnovna je karakteristike digitalnog doba. Ukratko, digitalni mediji pozivaju ne samo na jednostavno kopiranje već i na bilješke, inovacije i kolaž.

Četvrti, i najvažniji, smanjenje troškova prijenosa, distribucije, prisvajanja i izmjene informacija demokratizuje govor. Govor se demokratizuje jer se tehnologije distribucije i prijenosa stavljaju u ruke sve većeg broja ljudi i sve raznolikijih segmenata društva širom svijeta. Sve više ljudi može objavljivati sadržaj koristeći digitalne tehnologije i slati ga širom svijeta; obrnuto, sve više ljudi može primati digitalni sadržaj i primati ga od sve većeg broja ljudi. Jednako važno, govor se demokratizuje jer su tehnologije inovacija dostupne širem krugu ljudi. U digitalnom dobu distribucija i inovacije se razvijaju paralelno.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Asad Nuhanović, *Fenomen javnosti*, Promocult, Sarajevo 2005;
2. Alem Sinanović, *Društvena odgovornost medija*, Vesta, Sarajevo 2007;
3. Amila Šljivo Grbo, *Mediji i demokratizacija društva*, Fakultet političkih nauka, Sarajevo 2009;
4. Dominique, Boullier, *La fabrique de l'opinion publique dans les conversations tele*, Reseaux, Paris 2004;
5. Denis, McQuail, *Mass Communication Theory*, London 2010;
6. Edward S., Herman, McChesney, Robert, *Globalni mediji – Novi misionari korporativnog kapitalizma*, Clio, Beograd 2004;
7. Emina Kečo Isaković, Izazovi mas-medija, DES, Sarajevo 2006;
8. Fahira Fejzić Čengić, *Medijska kultura u Bosni i Hercegovini*, Connectum, Sarajevo 2009;
9. Fahira Fejzić Čengić, *Stvarnost i mediji, vrijeme istrošenih ideologija*, Dobra knjiga, Sarajevo 2016;
10. Fabien Granjon, *Reconnaissance et usage d'Internet: Une sociologie critique des pratiques de l'information connectee*, Presses des Mines, Paris 2012;
11. Jürgen Habermas, *L'espace public: Archeologie de la publicite comme dimension constitutive de la societe bourgeoise*, Payot, Paris 1962;
12. Miroljub Radojković, Branimir Stojković, *Informaciono komunikacioni sistemi*, Clio, Beograd 2004;
13. Mustafa Sefo, *Uvod u komunikologiju*, Perfecta, Sarajevo 2022;
14. Paul Felix Lazarsfeld, Elihu, Katz, *Personal influence: The part played by people in the flow of mass communications*, The free press, New York 1955;

15. Rade Veljanovski, *Javni rtv servis u službi građana*, Clio, Beograd 2005;
16. Rolend Lorimer, *Masovne komunikacije*, Clio, Beograd 1998;
17. Stuart Hall, *Identite et culture*, Ed. Amsterdam, Paris 2007;
18. Vesna Lamza Posavec, *Javno mnijenje*, Alinea, Zagreb 1995.

Pravni propisi

1. Uredba Vijeća (EZ) br. 1347/2000 od 20. 5. 2000. o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka;
2. Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. 11. 2003.

Associate Professor Mustafa Sefo, LL.D.

Faculty of Political Sciences,
Department of Communication Studies, University of Sarajevo

ON MEDIA COMMUNICATION: BETWEEN PRIVATIZATION AND FREEDOM

Summary

Great declarations of rights proclaimed the freedom of communication. This imperative is ingrained in most of the laws that organize freedom. The most demanding interpretation is that the very purpose of communication is freedom. In the context of asymmetry between institutional actors of communication and its recipients, the recipients of communication are also the recipients of freedom, and freedom of communication must be realized in accordance with its purpose. The freedom of expression must be understood as a modality of the freedom of communication—not the opposite, as developed by liberal thinkers for whom the freedom of communication is only a new form or modality of freedom of individual expression. The privatization of media communication is a direct result of a private understanding of communication freedom that limits communication to its physical, technical, or economic aspects and, by broadening the laws that apply to telecommunications, lets people make their own subjective claims about freedom. Degeneration of public regulation in self-finalized negotiation (corporatist and partisan) causes the privatization of media communication as well, which is the result of the state and national understanding of freedom. It is, therefore, not about suppressing the principle of sharing between "public communication" and "private communication" but rather about the recomposition of its modalities and the re-exploration between this sharing, nowadays reduced to a typical opposition between the state and the market. The digital revolution, which is perceived as the digitization and compression of computer data, can cause technological convergen-

ce, but it is limited to the universalization of infrastructure. Furthermore, the digital revolution does not cause economic convergence between different sectors of media communication (it instead increases competition between the media) nor a legal convergence (it rather risks causing the reduction of communication laws according to the common law of competition and the contract law). On the other hand, the digital revolution is an opportunity to formulate a renewed understanding of different communication rights—not to assimilate them, but to identify a common legal principle proper for media communication: the freedom of communication understood from a democratic perspective.

Key words: *Media; Communication; Freedom; Privatization*.

UDK/UDC 342.7:323.1(497.6)
342.4(497.6)
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Doc. dr. sc. Cvija Jurković
Asistent Ivan Tomić, mag. iur.

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

ZAŠTITA VITALNOG NACIONALNOG INTERESA – (NE)POSTOJEĆA PRAVNA PRAZNINA U USTAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Ustav Bosne i Hercegovine normira poseban postupak zaštite vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda prilikom odlučivanja u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine. Ukoliko se među konstitutivnim narodima u Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine ne postigne suglasnost, pitanje se prosljeđuje Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine koji po hitnom postupku ispituje proceduralnu ispravnost slučaja. Međutim, unatoč ustavnoj odredbi koja Ustavnom sudu eksplicitno daje nadležnost ispitivanja proceduralne ispravnosti, Ustavni sud Bosne i Hercegovine je odlučivao u meritumu u predmetima zaštite vitalnog nacionalnog interesa. Ustavni sud je značajno ograničio domet mehanizma zaštite vitalnog nacionalnog interesa određujući, iako ne taksativno, koja pitanja spadaju u opseg vitalnog nacionalnog interesa vršeći nadležnost koja Ustavom nije normirana. Autori će u radu analizirati postoji li u konkretnom slučaju pravna praznina koju je Ustavni sud popunio ili je Ustavni sud stvorio nepostojeću pravnu prazninu koju je popunjavao kreiranjem neizraženih ustavnopravnih normi.

Ključne riječi: Ustav Bosne i Hercegovine; Vitalni nacionalni interes; Ustavni sud; Pravne praznine; Konstrukcija.

1. UVOD

Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine uspostavljeno Daytonskim mirovnim sporazumom, čiji je Aneks 4 Ustav Bosne i Hercegovine, odlikuje se brojnim specifičnostima. One su uvjetovane činjenicom da u Bosni

Cvija Jurković, *cvija.jurkovic@pf.sum.ba*.
Ivan Tomić, *ivan.tomic@pf.sum.ba*.

i Hercegovini žive tri velike nacionalne skupine čije je interese trebalo zaštiti u najvišem pravnom aktu države kako bi se spriječila dominacija jedne ili više skupina nad drugima. Zbog toga je u Bosni i Hercegovini uspostavljen model konsocijacijske demokracije s elementima dijeljenja vlasti između konstitutivnih naroda.

Jedan od takvih mehanizama kojima se trebala osigurati zaštita konstitutivnih naroda u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine je mehanizam zaštite vitalnog interesa konstitutivnih naroda. U Bosni i Hercegovini uspostavljen je sustav ravnopravne dvodomnosti tako da svaka odluka zahtijeva potvrdu oba doma, Zastupničkog doma i Doma naroda. Zaštita vitalnog interesa konstitutivnih naroda institucionalno je smještena u Dom naroda pri čemu je klubovima naroda povjerena funkcija zaštite fundamentalnih interesa naroda koje predstavljaju.

Prema Ustavu Bosne i Hercegovine, većina izaslanika iz reda svakog naroda može neku odluku Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine proglasiti štetnom, destruktivnom po vitalni interes svog naroda. Posljedica takvog prigovora sastoji se u strožoj većini koja se zahtijeva za donošenje takve odluke s obzirom na to da se umjesto obične većine traži kvalificirana većina – većina izaslanika iz svakog konstitutivnog naroda.

Na pozivanje na vitalni interes od strane izaslanika nekog konstitutivnog naroda, većina izaslanika iz drugog naroda može staviti primjedbu. U tom slučaju formira se Zajedničko povjerenstvo od po jednog izaslanika iz svakog konstitutivnog naroda radi razrješenja tog pitanja. Ukoliko povjerenstvo ne razriješi pitanje, predmet se prosljeđuje Ustavnom sudu koji je dužan po hitnom postupku ispitati proceduralnu ispravnost slučaja.

Posljednja rečenica koja Ustavnom sudu daje nadležnost ispitivanja proceduralne ispravnosti slučaja predmet je sporenja u znanosti i praksi iz razloga što je Ustavni sud na temelju spomenute rečenice preuzeo nadležnost odlučivanja kako o definiranju pojma vitalnog interesa, tako i o tome je li u konkretnom slučaju određena odluka destruktivna po vitalni interes određenog konstitutivnog naroda.

Ovakva praksa Ustavnog suda izaziva podijeljene reakcije. Dok jedni autori smatraju da je ovo postupanje od velikog značaja za funkcionalnost kompletnog državnog zakonodavnog organa, drugi se, sasvim opravdano, pitaju stvara li Ustavni sud neki novi ustav sukladno svojem subjektivnom sudu kakav bi ustav trebao biti. Pitanje nije samo teorijske, nego i praktične prirode s obzirom na to da je djelovanjem Ustavnog suda uvelike ograničen ovaj mehanizam.

Kako bi odgovorili na postavljeno pitanje, autori će u radu analizirati postoji li pravna praznina u Ustavu Bosne i Hercegovine u pogledu reguliranja postupka zaštite vitalnog interesa konstitutivnih naroda. U radu se

najprije analizira pojam pravne praznine, različita stajališta o postojanju i nepostojanju pravnih praznina, te se prikazuju osnovne vrste pravnih praznina. Nadalje, u radu se prikazuje praksa Ustavnog suda i temeljna shvaćanja ove institucije u pogledu spornog pravnog pitanja. Naposljetku, autori daju odgovor na postavljeno pitanje analizom ustavnosudske prakse kroz prizmu različitih teorija pravne interpretacije i konstrukcije.

2. PRAVNE PRAZNINE

Svi pravni sustavi teže cjelovitom reguliranju važnih odnosa u društvu putem pravnih normi s ciljem da važni odnosi budu obuhvaćeni pravom kako bi se osigurala pravna sigurnost. Pravni sustav u najvećoj mjeri uspijeva regulirati važne i konfliktne društvene odnose. Ipak, pravnim normama ne mogu se obuhvatiti svi društveni odnosi koji bi trebalo da se reguliraju iz razloga što je pravo statična pojava u odnosu na promjenjivu društvenu zbilju. Ovaj raskorak između prava i društvene zbilje za posljedicu može imati pojavu nereguliranih, nedostatno ili neadekvatno reguliranih društvenih odnosa. Riječ je, dakle, o pojavi pravnih praznina.

Problem pravnih praznina aktualiziran je osobito nakon procesa velike kodifikacije. Opsežni propisnici trebali su pojednostaviti društveni život i osigurati pravnu predvidljivost. Jedan od najčuvenijih primjera svakako je Pruski zakonik iz 1794. godine. Irti navodi da je riječ o zakoniku „s više od 16.000 propisa čiji je očiti cilj pružiti sucima cjelovitu zbirku pravila i rješenja za svaki mogući spor ili pravni predmet, čime se suci sprječavaju u bilo kojoj interpretativnoj aktivnosti, te se ograničava njihova funkcija na jednostavnog pravnog izvršitelja. Zajedno s proglašenjem toga zakonika, utemeljen je poseban Pravni odbor, *Gesetzkommission*, kojemu su suci mogli proslijediti nejasne slučajeve, budući da im je kralj izričito zabranio da se distanciraju od jasne i razumljive odredbe Zakona pod izlikom tumačenje volje ili cilja zakonodavca.“[1] Međutim, unatoč ovakvoj opsežnoj regulaciji, praksa je pokazala da je ipak nužna sudska interpretacija pravila kako bi se prilagodili svoj raznolikosti društvenog života. Navedeno je implicitno priznao i spomenuti zakonodavac propisujući da sudac, u slučaju da ne može pronaći korisno pravo za spor u pitanju, ima ovlast suđenja prema općim načelima utvrđenim lokalnim zakonom i prema propisima utvrđenim za slične slučajeve. Kako navodi Irti ova odredba „je gotovo implicitno priznanje ograničenja bilo kojeg oblika kodifikacije koja, koliko god da je detaljna, ne može predvidjeti svaku moguću pravnu kontroverzu, i prisiljena je delegirati sucima ovlast da integriraju neizbježne praznine“.[2]

[1] C. Irti, “A Short Introduction to ‘The Problem of Legal Gaps’”, *Tulane European and Civil Law Forum* 29/2014, 161.

[2] *Ibid.*, 162.

Problem pravnih praznina prepoznao je i francuski *Code Civil* propisujući zabranu uskrate pravosuđa. U čl. 4 propisano je da sudac koji odbije suditi, pod izlikom šutnje, nejasnoće ili nedostatnosti zakona, može biti gonjen kao kriv za uskraćivanje pravde.[3] Time je sucima posredno dana ovlast popunjavanja pravnih praznina. Zabrana uskrate pravosuđa temeljni je pravni postulat u suvremenom pravu te onaj tko rješava spor ne može odbiti rješavanje uslijed postojanja pravnih praznina.

Code Civil nije sadržavao nikakvu uputu na temelju kojih pravila treba riješiti problem praznina. Za razliku od tog akta, Opći građanski zakonik za njemačke zemlje (AGBG) propisuje da, ukoliko se pravni slučaj ne može odlučiti ni iz riječi ni iz prirodnog značenja zakona, onda se moraju uzeti u obzir slični slučajevi koji su propisani u zakonima. Ako pravni slučaj i dalje ostaje dvojben, o tome se mora odlučiti prema prirodnim načelima pravednosti, s obzirom na pomno prikupljene i pažljivo promišljene okolnosti.[4] Dakle, AGBG propisuje primjenu analogije. Ukoliko se pravni slučaj ne može riješiti niti primjenom analogije, pravni se slučaj treba riješiti prema pravilima prirodnog prava odnosno prema načelu pravednosti.

Jedna od najpoznatijih odredbi o popunjavanju pravnih praznina sadržana je u Švicarskom građanskom zakoniku. U prvom članku zakonika propisano je da u nedostatku odredbe, sud odlučuje u skladu s običajnim pravom, a u nedostatku običajnog prava, u skladu s pravilom koje bi donio kao zakonodavac.[5]

Očigledno je da su spomenuti zakonici priznali mogućnost postojanja pravnih praznina propisujući pravila za rješavanje pravnih slučajeva koji predstavljaju prazninu te normiranjem zabrane uskrate pravosuđa uslijed šutnje, nejasnoće ili nedostatnosti zakona. Međutim, treba istaknuti da u pravnoj znanosti postoje i suprotna mišljenja koja isključuju mogućnost postojanja pravnih praznina. Jedan od najutjecajnijih europskih pravnika, Hans Kelsen smatra da „ne postoje prave praznine u tom smislu da se neki pravni spor ne bi mogao riješiti na temelju vrijedećih normi zato što se zakon ne može primijeniti jer nedostaje propis koji bi se odnosio na dani slučaj. Svaki se pravni spor sastoji u tome da jedna strana postavlja neki zahtjev protiv druge, a odluka kojom se taj zahtjev prihvaća ili odbacuje ovisi o tome određuje li neka vrijedeća pravna norma koja se primjenjuje na konkretan slučaj pravnu obvezu za koju se tvrdi da postoji. Budući da nema treće mogućnosti, odluka je uvijek moguća, i to uvijek na temelju zakona, to jest njegovom primjenom. I u odluci kojom se zahtjev odbacuje

[3] Code Civil, 1804, čl. 4.

[4] Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, 1811, čl. 7.

[5] Swiss Civil Code, 1907, čl. 1.

primjenjuje se vrijedeći pravni poredak. Jer time što ljude obvezuje na sasvim određeno ponašanje, on s druge strane tih pravnih obveza jamči slobodu.“[6] Iz citiranog odlomka vidljivo je da je Kelsen pristaša primjene tzv. načela slobode prema kojemu sve što nije izrijekom zabranjeno, pravno je dopušteno. Riječ je o općoj isključujućoj normi koja zatvara pravni poredak sprječavajući mogućnost pojave pravno nekvalificiranog ponašanja odnosno pravne praznine. Danas se ovo pravilo primjenjuje u području kaznenog prava kroz općepoznato pravilo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. U drugim pravnim područjima ovo se pravilo ne primjenjuje ukoliko nije izrijekom propisano nekim pozitivnopravnim aktom.

Sasvim suprotno mišljenje od Kelsena zauzimao je poznati njemački pravnik Hermann Kantorowicz, utemeljitelj škole slobodnog prava. Jedan od najžešćih napada na dogmu o potpunosti sadržan je u Kampfu u kojem Kantorowicz piše: „... spokojno se može tvrditi da u zakonu nije manje praznina nego riječi.“[7] Kako navodi Pokrovac, iako se danas to često ne vidi, nakon razvitka slobodnopravnog pokreta „priznanje postojanja praznina postalo je definitivno i/ili po sebi razumljivo, dok je u vrijeme nastanka slobodnopravnog pokreta (još) bila snažna slika sudca koji operira temeljem po pretpostavci potpunog zakona“.[8]

Danas se nesumnjivo može tvrditi da pravne praznine postoje. Unatoč „zavodljivosti“ načela slobode, pravni je sustav znatno kompleksniji i sadrži pravne praznine. Međutim, nisu sve praznine iste. Štoviše, u pravnoj znanosti postoji čitav niz kriterija za njihovo razlikovanje.

2.1. Vrste pravnih praznina

Klasifikacija pravnih praznina obično polazi od sadržajnog razlikovanja praznina kao normativnih, tehničkih i vrijednosnih pravnih praznina.

Pod normativnom prazninom Visković razumijeva odnose koji su važni za opstanak i dobrobit društva, sadrže snažne sukobe interesa i izvanjski su kontrolabilni pri čemu ti odnosi ostaju pravno nenormirani ili nedostatno normirani. [9] Guastini navodi definiciju Alchourrona i Bulygina koji pod normativnom prazninom označavaju „pojavu da zakonodavac uredi niz činjeničnih stanja, ali propusti urediti jednu ili više njihovih mogućih kombinacija“.[10] Kod normativne praznine riječ je o nereguliranom odnosu

[6] H. Kelsen, *Čista teorija prava*, Naklada Breza, Zagreb 2012, 79–80.

[7] Z. Pokrovac, *Slobodno stvaranje prava, Herman U. Kantorowicz i slobodnopravni pokret*, Naklada Breza, Zagreb 2018, 245.

[8] *Ibid*., 243.

[9] N. Visković, *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb 2006, 244.

[10] C. E. Alchourron, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien 1971, citirano u: R. Guastini, *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb 2018, 367.

koji je pravno relevantan i stoga treba biti reguliran. Naglasak je kod normativne praznine na pravnoj relevantnosti. Naime, postoje brojni društveni odnosi koji nisu regulirani pravom, ali ne predstavljaju pravne praznine iz razloga što nisu pravno relevantni. Riječ je o pravno praznom prostoru koji se ne može shvaćati kao pravna praznina. U suprotnom, kada bi se svako pravno neregulirano ponašanje smatralo prazninom, pravni bi sustav bio preplavljen prazninama.

Tehnička pravna praznina označava „nedostatnost normativnog zahvaćanja nekog pravnog odnosa, tj. slabo normativno reguliranje … zbog nedostajanja nekog važnog elementa norme npr. nepropisivanja sankcije ili nadležnosti za poduzimanje pravnih radnji ili zbog pogrešnih, nejasnih i neodređenih pojmova kojima se norma iskazuje.“[11] Guastini navodi različitu definiciju prema kojoj tehnička pravna praznina postoji u pravnom poretku „kada u njemu nedostaje norma čije je postojanje nužni uvjet sposobnosti djelovanja (i/ili društvene učinkovitosti) neke druge norme.“[12]

Treća vrsta pravnih praznina, vrijednosne ili aksiološke pravne praznine, razlikuju se u odnosu na prethodno navedene kategorije utoliko što su ove praznine prije subjektivne, nego objektivne prirode. Vrijednosna praznina nastaje kada onaj koji primjenjuje pravo utvrdi nepostojanje norme koja bi prema njegovom subjektivnom stavu trebala postojati. Guastini razlikuje tri vrste vrijednosnih praznina. U prvom slučaju vrijednosna praznina postoji ukoliko se tumaču pravno uređenje nekog činjeničnog stanja čini nezadovoljavajućim zato što norma koja postoji u pravnom poretku nije pravedna.[13] U drugom slučaju vrijednosna praznina nastaje kada je neko činjenično stanje uređeno pravnom normom, ali prema tumaču ta norma nije sukladna s nekom drugom, materijalno ili vrijednosno višom normom. Treća vrsta vrijednosne praznine podrazumijeva nepostojanje norme koja bi prema subjektivnom mišljenju primjenjivača prava trebala uređivati neko činjenično stanje koje nije uređeno. [14] Vrijednosne ili aksiološke pravne praznine spadaju u područje pravne politike iz razloga što se one pojavljuju na osnovi subjektivnog suda primjenjivača pravne norme kakvo bi pravo trebalo biti. Ova vrsta praznine krije opasnost stvaranja subjektivnih pravnih praznina koje se onda popunjavaju stvaranjem novih

[11] N. Visković, 236.

[12] R. Guastini, 372.

[13] Čini se da Guastini prvo shvaćanje vrijednosne praznine smatra temeljnim. Naime, u drugim njegovim radovima navodi se definicija prema kojoj „aksiološka praznina nastaje kad god je određeni slučaj stvarno uređen pravnim pravilom, ali je – prema mišljenju tumača – takvo uređenje nezadovoljavajuće s aksiološkog stajališta, jer zakonodavac nije uzeo u obzir razliku koju je trebao uzeti u obzir“. V. R. Guastini, “Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation“, *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* (eds. J. F. Beltrán, G. B. Ratti), Oxford University Press, Oxford 2012, 182.

[14] *Ibid.*, 373–374 i 377.

normi koje do tada nisu postojale u pravnom sustavu. Dakle, primjenjivač prava vrlo jednostavno može stvoriti vrijednosnu prazninu i popuniti je novom, do tada nepostojećom normom preuzimajući ulogu zakonodavca.

Peczenik razlikuje četiri vrste pravnih praznina. Prema ovom autoru praznina znači da utvrđeno pravo ne uređuje određeni slučaj (praznina nedostatnosti); utvrđeno pravo uređuje slučaj na logično nedosljedan način (praznina nekonzistentnosti); utvrđeno pravo uređuje slučaj na nejasan ili dvosmislen način (praznina neodređenosti); ili utvrđeno pravo regulira slučaj na moralno neprihvatljiv način (vrijednosna praznina). [15] Posljednja vrsta praznina postoji kada u pravnom sustavu ne postoji norma koja bi prema moralnom sudu trebala postojati ili pak pravni sustav sadrži pravnu normu koja ne bi trebala postojati prema moralnom shvaćanju primjenjivača pravne norme. [16]

Pored navedenih klasifikacija, neki autori razlikuju početne i naknadne pravne praznine, prave i neprave pravne prazne, ustavne i zakonske pravne praznine. Za ovaj rad su osobito značajne ustavne praznine pod kojim se podrazumijevaju „društveni odnosi koji se smatraju ustavnom materijom, a koji nisu regulirani ustavom“.[17]

2.2. Popunjavanje pravnih praznina – pravno konstruiranje

Kada se u pravnom sustavu ustanovi postojanje pravne praznine, ona se mora popuniti s obzirom na to da vrijedi načelo zabrane uskrate pravosuđenja. Međutim, važno je shvatiti da primjenjivač pravne norme može i sam proizvesti pravnu prazninu. Ovo je osobito slučaj pri pojavi aksioloških pravnih praznina koje i nastaju isključivo kao rezultat subjektivnog stava onoga tko primjenjuje pravnu normu. Guastini navodi da se tumačenjem „praznina može (i) izbjeći u smislu što se raspoložive normativne tekstove može protumačiti tako da se praznina niti ne pojavi“.[18] Dakle, nastanak pravnih praznina ovisi o tumačenju koje ih može stvoriti ili pak izbjeći. Tumač može tumačenjem namjerno stvoriti pravnu prazninu kako bi ju popunio primjenom pravila koji za rezultat imaju novu normu koja s moralnog aspekta odgovara vrijednosnom sudu primjenjivača pravne norme. U ovom se ogleda temeljna razlika između tumačenja i pravnog konstruiranja. Iako i tumačenje predstavlja stvaralačku djelatnost na način da tumač odabire jedno od mogućih značenja pravne norme, tumačenjem se

[15] A. Peczenik, *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht 2008, 18.

[16] *Ibid.*, 20.

[17] M. Čeperković, „Pravne praznine kao anomalija pravnog sistema – razmatranje pojma i prirode pravnih praznina“, *Eudaimonia – revija za pravnu, političku i socijalnu teoriju i filozofiju* 1/2023, 164.

[18] R. Guastini, 371.

ne stvaraju pravne norme. Ukoliko pak dođe do stvaranja pravnih normi, tada ne govorimo o tumačenju, nego o pravnom konstruiranju.[19]

Pravne praznine se mogu popuniti tako što „zakonodavac prepozna postojanje praznine, utvrdi važnost reguliranja konfliktnog odnosa i zakonodavnom intervencijom otkloni prazninu iz pravnog sustava. Ipak, iako je prvi sustav rješavanja praznina poželjan, zbilja pokazuje da praznine češće uklanjaju sudovi i upravna tijela individualnim pravnim aktima.“[20]

Ukoliko pravne praznine popunjavaju individualni subjekti koji trebaju riješiti pravno pitanje, oni u biti imaju dvije mogućnosti. Primjenjivač pravne norme može zaključiti primjenom argumenta suprotnosti (*argumentum a contrario*) da ukoliko određeno ponašanje nije pravno kvalificirano, pravno je slobodno. Riječ je o načelu slobode koje je analizirano ranije u tekstu. Druga mogućnost koja stoji na raspolaganju primjenjivaču prava jest stvaranje nove, dotad nepostojeće pravne norme kojom se regulira pitanje koje predstavlja pravnu prazninu. U potonjem slučaju radi se o pravnom konstruiranju koje otvara nekoliko problema.

Pravno konstruiranje sastoji se u tome da se iz izraženih normi i/ili dogmatskih pretpostavki izvode neizražene norme. Problemi koje otvara pravno konstruiranje osobito su značajni kada primjenjivač pravne norme izvodi novu neizraženu normu iz dogmatskih pretpostavki s obzirom na to da se nova norma ne izvodi putem logičkih operacija nego na temelju nekih teorijskih premisa. Ovako shvaćen pojam pravnog konstruiranja u sukobu je s barem tri važna načela: načelom diobe vlasti, načelom pravne sigurnosti i načelom zabrane retroaktivnosti.

Uvođenje neizraženih pravnih normi od strane primjenjivača prava sukobljava se s načelom diobe vlasti. U ovom slučaju radi se o stvaranju novih normi što je u uobičajenom poretku stvari nadležnost zakonodavnog, a ne sudskog ili upravnog tijela. Stvaranjem novih normi u trenutku primjene prava na konkretne okolnosti krši se i načelo pravne sigurnosti s obzirom na to da subjekti nisu u mogućnosti predvidjeti posljedice svojih radnji budući da norma koja će se primijeniti na njihov slučaj nije postojala u trenutku njihovog ponašanja. Iz ovog proizlazi da se pravnim konstruiranjem povređuje i načelo zabrane retroaktivnog djelovanja pravnih normi s obzirom na to da nova, neizražena norma neminovno djeluje unatrag na slučaj koji se dogodio prije nego li je norma postojala.

[19] O razlikovanju između tumačenja i konstruiranja vidi više: B. Spaić, „Interpretacija i konstrukcija: prilog razmatranju razlike između primjene prava stvaranja prava“, *Pravni zapisi* 1/2021, 29–61.

[20] I. Tomić, „Tumačenje, pravne praznine i načelo zakonitosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru* 1/2020, 118.

Usprkos ovakvom odnosu između konstruiranja i navedenih načela, slučajevi koji predstavljaju pravne praznine moraju se pravno obuhvatiti. Taj pravni obuhvat vrši se primjenom određenih pravila. U prvom redu pri popunjavanju pravnih praznina primjenjuje se analogija. Prema Viskoviću analogija „omogućava da se na jedan važan društveni odnos koji nije uređen pravnom normom primijeni pravna norma što uređuje drugi bitno sličan društveni odnos“.[21] Dakle, primjena analogije zahtijeva bitnu sličnost između dvaju odnosa pod kojom se podrazumijeva „identičnost interesa i ciljeva (*ratio legis*) koji se pravnom normom štite. Oba odnosa, onaj normirani i onaj nenormirani, moraju biti na isti način vrijedni i svrhoviti sa stajališta pravnog sustava odnosno subjekta koji odlučuje o popunjavanju praznine.“[22] Pri tome, valja razlikovati zakonsku i pravnu analogiju. U prvom slučaju primjenjivač prava izvodi novu normu na temelju skupa drugih izraženih normi. U drugom slučaju primjenjivač prava rješava spor primjenom pravnih načela. [23] Uz ova dva temeljna pravila Harašić navodi i druga pravila putem kojih se mogu popunjavati pravne praznine: načela prirodnog prava, opća pravna načela, norma iz usporednog prava, pravila društvenog morala, norma koju preporučuje pravna znanost, norma prirodnog prava, argument *a fortiori*, argument *a contrario*. [24]

3. VITALNI NACIONALNI INTERES U USTAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Ustavom Bosne i Hercegovine propisan je poseban postupak zaštite vitalnih nacionalnih interesa konstitutivnih naroda u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine. Naime, odluke u oba doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine donose se većinom glasova oni koju su prisutni i koji glasuju. Međutim, kako bi se spriječilo da vitalni interesi nekog od konstitutivnih naroda budu ugroženi većinskim odlučivanjem, Ustav je predvidio mogućnost da većina bošnjačkih ili hrvatskih ili srpskih izaslanika mogu neku odluku Parlamentarne skupštine proglasiti destruktivnom po vitalni interes konstitutivnog naroda kojemu pripadaju. Posljedica stavljanja takve primjedbe očituje se u strožoj većini koja je potrebna da bi ta

[21] N. Visković, 262.

[22] *Ibid.*

[23] Jug navodi da navedena dva načina, zakonsku i pravnu analogiju koristi i Vrhovni sud Republike Hrvatske za popunjavanje pravnih praznina. V. J. Jug, „Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske“, dostupno na: *https://www.vsrh.hr-/custompages/static/HRV/files/JugJ_Primjena-pravnih-nacela-u-odlukama-VSRH.pdf*, 1. 10. 2023.

[24] Ž. Harašić, „Analogija u pravu: značenje i upotreba“, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku* 3-4/2018, 198.

odluka bila usvojena – potrebno je da za takvu odluku glasuje većina bošnjačkih, većina hrvatskih i većina srpskih izaslanika koji su prisutni i glasuju.[25]

Većina izaslanika svakog od konstitutivnih naroda može staviti primjedbu na pozivanje na mehanizam zaštite vitalnog nacionalnog interesa. U tom slučaju predsjedavajući Doma naroda dužan je sazvati zajedničko povjerenstvo koje se sastoji od tri izaslanika, od kojih je svaki izabran iz redova bošnjačkih, hrvatskih i srpskih izaslanika, u cilju razrješenja tog pitanja. Ukoliko povjerenstvo ne riješi pitanje u roku od pet dana, predmet se upućuje Ustavnom sudu koji će po hitnom postupku preispitati proceduralnu ispravnost slučaja.[26]

Nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine prema eksplicitnoj ustavnoj odredbi iscrpljuje se u ispitivanja proceduralne ispravnosti korištenja ovog mehanizma. U tom kontekstu pravilno zaključuju Steiner i Ademović da „u samom ustavnom tekstu postoji relativno jasna granica prema kojoj Ustavni sud BiH ispituje samo proceduralnu ispravnost zakonodavnog postupka.“[27] Međutim srž problema ogleda su u tome što je „Ustavni sud BiH svoju nadležnost za ovu vrstu preispitivanja proširio i na pitanja radi li se u sporu o predmetu koji potpada pod institut zaštite vitalnog nacionalnog interesa te krši li se, zaista, pobijanom odlukom vitalni nacionalni interes jednog od tri konstitutivna naroda“.[28] S aspekta ovog rada, ključno pravno pitanje je sljedeće: Je li u Ustavu Bosne i Hercegovine postojala pravna praznina u pogledu regulacije ovog mehanizma? Odgovor na ovo pitanje je ključan kako bi se mogla prosuditi opravdanost djelovanja Ustavnog suda. Dok se u slučaju potvrdnog odgovora može legitimno tvrditi da je Ustavni sud (bio) ovlašten popuniti pravnu prazninu, negativan odgovor na postavljeno pitanje ima za rezultat protuustavno djelovanje Ustavnog suda.

3.1. Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Ustavni sud Bosne i Hercegovine već u prvom predmetu koji je razmatrao u vezi s mehanizmom zaštite vitalnog nacionalnog interesa ustanovio je nadležnost meritornog odlučivanja o dva pitanja: postojanje vitalnog interesa jednog ili više konstitutivnih naroda i destruktivnost po vitalni interes jednog ili više konstitutivnih naroda. Naime, Ustavni sud je ispitao dopustivost i konstatirao da je zahtjev dopustiv zato što ga je podnio ovlaš-

[25] Čl. IV.3.e. Ustava Bosne i Hercegovine.

[26] *Ibid.*, čl. IV.3. f.

[27] C. Steiner, N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine: komentar*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo 2010, 808.

[28] *Ibid.*

teni subjekt, u dovoljnoj je mjeri obrazložen, te su ispunjene ustavne pretpostavke koje se odnose na proceduru. U konkretnom slučaju na povredu vitalnog nacionalnog interesa pozvao se klub bošnjačkih izaslanika (svih pet izaslanika), dok je klub srpskih izaslanika apsolutnom većinom (tri izaslanika) stavio prigovor na pozivanje na vitalni nacionalni interes. Ustavni sud je utvrdio i da je oformljeno zajedničko povjerenstvo te da ono nije moglo postići rješenje. Međutim, Ustavni se sud nije zaustavio nakon što je utvrdio da su poštovane ustavne procedure, nego je nastavio s utvrđivanjem „opsega meritorne nadležnosti koja je dana Ustavnom sudu prema članu IV/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine“.[29]

Ispitujući svoju nadležnost Ustavni sud je pravilno primijetio da njegova uloga treba biti „meritorno kontroliranje poštivanja citiranog postupka“.[30] Međutim, u nastavku Ustavni sud preuzima nadležnost meritornog rješavanja smatrajući da bi se „uloga Ustavnog suda trebala sastojati u tome da, kao najviši sud države i zaštitnik Ustava Bosne i Hercegovine (članak VI/3. Ustava Bosne i Hercegovine), doprinese svojom meritornom odlukom deblokiranju rada Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, koja sama nije u stanju nadići problem“.[31] Opravdanje ovakvog preuzimanja nadležnosti Ustavni sud vrši konstatacijom da je „donošenje meritornog stava u pogledu postojanja ili nepostojanja destruktivnosti po vitalni interes jednog naroda vrlo važno u situacijama kada je državi potreban zakon da bi regulirala određeno područje, a vijećanje i glasovanje o tom zakonu je blokirano stavljanjem prigovora destruktivnosti po vitalni interes naroda“.[32] Na temelju navedenog Ustavni sud je utvrdio meritornu nadležnost da odlučuje kako o postojanju vitalnog interesa tako i o destruktivnosti neke odluke po vitalni interes jednog ili više konstitutivnih naroda. Štoviše, Ustavni sud je izrijekom konstatirao da treba „definirati pojam ’vitalnog interesa’ u smislu članka IV/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine, s obzirom na to da sam Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži definiciju ili pobliže određenje ovog ustavnopravnog pojma“.[33]

Prilikom definiranja vitalnog interesa Ustavni sud se pozvao na ustavnu odredbu prema kojoj je Bosna i Hercegovina demokratska država kao i na svoju raniju odluku o konstitutivnosti naroda utvrđujući da „pojam konstitutivnosti izravno utječe na pojam vitalnog interesa“.[34] Također, Ustavni sud se pri definiranju pojma pozvao na svoju raniju praksu prema kojoj je

[29] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-2/04 od 28. svibnja 2004, (*Službeni glasnik BiH*, br. 38/04), toč. 23.

[30] *Ibid.*, toč. 27.

[31] *Ibid.*

[32] *Ibid.*

[33] *Ibid.*, toč. 30.

[34] *Ibid.*, toč. 33.

„efektivno sudjelovanje konstitutivnih naroda u državnim organima“ element inherentan pojmu vitalnosti interesa jednog konstitutivnog naroda, da je „mogućnost jednakog korištenja bosanskog, hrvatskog i srpskog jezika ne samo pred institucijama BiH, već također i na razini entiteta i svih njihovih administrativnih jedinica, pri zakonodavnim, izvršnim i sudskim vlastima kao i u javnom životu“ jedno od zaštićenih grupnih prava kao i da su „druge vjeroispovijesti i crkve, pored Pravoslavne crkve, poput katoličke vjere ili islama, oduvijek činili sastavni dio multireligijskog života u Bosni i Hercegovini u smislu pluralizma koji Europska konvencija i Ustav BiH zahtijevaju kao nužnu pretpostavku za demokratsko društvo“.[35] U navedenom predmetu Ustavni sud je utvrdio da je „povratak izbjeglica i raseljenih osoba usko povezan s interesima svih konstitutivnih naroda i da predstavlja element inherentan pojmu vitalnog interesa“.[36]

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u svojoj praksi koja se tiče pozivanja na vitalni nacionalni interes naglašava hitnost ovog postupka „jer je intervencija Ustavnog suda potrebna u što kraćem roku kako bi zakonodavni organ mogao nastaviti obavljati svoju ulogu“.[37] Meritorno odlučivanje u postupku pokrenutom u vezi sa zaštitom vitalnog nacionalnog interesa Ustavni sud je pokušao legitimirati povezivanjem ove kontrole s preventivnom kontrolom ustavnosti akata koji su u parlamentarnoj proceduri. Ustavni se sud čak pozvao na poredbenu praksu, konkretno francusko Ustavno vijeće koje također ima preventivnu funkciju.[38] Dijelom suprotan stav Ustavnog suda vidljiv je iz konstatacije da je „za ispitivanje ustavnosti određenog pravnog akta potrebno, između ostalog, da taj pravni akt stupi na pravnu snagu“.[39] U konkretnom predmetu ova se konstatacija odnosila na prijedlog izbornog zakona.

Ustavni sud je u praksi dalje definirao pojam vitalnog nacionalnog interesa. U vezi s efektivnim sudjelovanjem konstitutivnih naroda u donošenju odluka kao jednim od pitanja koja potpadaju pod pojam vitalnog interesa Ustavni sud je posredno opravdavao preuzimanje nadležnosti meritornog odlučivanja navodeći da bi „demokratsko donošenje odluka bilo preobraženo u etničku dominaciju jedne ili više grupa ako bi im npr. bila dodijeljena apsolutna i/ili neograničena moć veta, time omogućavajući brojnoj manjini predstavljenoj u vladinim institucijama da zauvijek name-

[35] *Ibid.*, toč. 34.

[36] *Ibid.*, toč. 42.

[37] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-8/04 od 25. lipanj 2004. (*Službeni glasnik BiH*, br. 40/04), toč. 20.

[38] Vid. *Ibid.*, toč.21.

[39] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-14/22 od 1. lipnja 2022 (*Službeni glasnik BiH*, br. 38/22) toč. 42.

će svoju volju većini“.[40] U tom smislu Ustavni sud je zaključio da „efektivno sudjelovanje konstitutivnih naroda u vlasti, ako se prelazi ustavni okvir, nikada se ne smije provoditi ili nametati na štetu efektivnog funkcioniranja države i njenih organa. U tom smislu, Ustavni sud je obrazložio da nijedna odredba Ustava ne omogućava zaključak da se ova specijalna prava za zastupanje i sudjelovanje konstitutivnih naroda u institucijama BiH mogu primijeniti također i na druge institucije ili procedure. Naprotiv, u onoj mjeri u kojoj bi ova specijalna kolektivna prava mogla kršiti odredbe o nediskriminaciji, ona su legitimizirana samo njihovim ustavnim rangom i, stoga, moraju biti usko formulirana.[41] Nadalje, Ustavni sud je izričito utvrdio da „zaštita vitalnog interesa ne smije ugroziti implementaciju teorije državne funkcionalnosti, koja je usko povezana s neutralnim i suštinskim shvaćanjem pojma državljanstva, kao kriterija pripadnosti naciji. Drugim riječima, zaštita vitalnog interesa ne smije voditi nepotrebnoj dezintegraciji građanskog društva, kao neophodne kategorije moderne državnosti.“[42]

Ustavni sud je u praksi čak utvrdio da se na ovaj mehanizam treba pozivati „ako postoji razlog za mišljenje da je Prijedlog zakona destruktivan po vitalni interes jednog konstitutivnog naroda i/ili ako postoji ozbiljna kontroverza u mišljenju ili sumnja u vezi s pitanjem jesu li procedure iz članka IV/3.e) i f) pravilno ispoštovane“.[43]

Nedosljednost Ustavnog suda vidljiva je u odluci koja se ticala javnog radiotelevizijskog servisa budući da Ustavni sud početno navodi da „iz analize proceduralne ispravnosti jasno proizlazi da je izjavu kluba izaslanika hrvatskog naroda … potpisala većina izaslanika, … Prigovor Kluba izaslanika bošnjačkog naroda, …, potpisalo je svih pet izaslanika Kluba, …. Istog dana je formirano Zajedničko povjerenstvo, …. Zajedničko povjerenstvo je zasjedalo jedan dan, …, i nije pronašlo rješenje pa je utvrdilo da cjelokupan predmet treba uputiti Ustavnom sudu na daljnji postupak.“[44] Iz ovog proizlazi da je ispoštovana ustavna procedura. Međutim, Ustavni sud u izreci konstatira da izjava o destruktivnosti po vitalni interes hrvatskog naroda ne ispunjava uvjete proceduralne ispravnosti zato što Prijedlog zakona o Javnom radiotelevizijskom sistemu Bosne i Hercegovine nije destruktivan po vitalni interes hrvatskog naroda u Bosni i Hercegovini.

Ustavni sud nije konzistentan niti u pogledu opravdanja svoje meritorne nadležnosti. Dok u pojedinim odlukama navodi da pozivanje na vitalni

[40] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-8/04 od 25. lipnja 2004., toč. 32

[41] *Ibid*., toč. 33.

[42] *Ibid*., toč. 35.

[43] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-10/05 od 22.7.2005 (*Službeni glasnik BiH*, br. 64/05), toč. 16.

[44] *Ibid*., toč. 18.

interes dovodi do blokade rada Parlamentarne skupštine iz čega bi se moglo zaključiti da je u pitanju apsolutna blokada rada, dok u kasnijim odlukama ipak pravilno konstatira da takva blokada nije apsolutna priznajući da ipak postoji mogućnost, iako je „malo vjerojatno da će predložena odluka dobiti podršku većine izaslanika barem jednog konstitutivnog naroda“.[45] Dakle, Ustavni sud je utemeljio svoju nadležnost na blokadi rada Parlamentarne skupštine koja nije trajne, nego samo privremene prirode, dok se ne ispita poštivanje procedura. Meritornim odlučivanjem Ustavni sud je praktično preuzeo nadležnost klubova izaslanika u Domu naroda.

Prema Ustavnom sudu vitalni nacionalni interesi „uključuju zaštitu raznih prava i sloboda koji pružaju značajnu pomoć u osiguravanju da konstitutivni narodi mogu iznijeti svoje interese u okviru kolektivne jednakosti i sudjelovanja u funkcioniranju države“.[46]

Jedno od tih prava je i službena upotreba jezika. Međutim, Ustavni sud je utvrdio „neopravdanim pozivanje Kluba izaslanika hrvatskog naroda na prava koja Europska povelja za regionalne jezike i jezike manjina garantira nacionalnim manjinama. Europska povelja za regionalne jezike i jezike manjina obvezuje države-stranke da osiguraju osnivanje najmanje jedne radiostanice i jednog televizijskog kanala na regionalnim ili jezicima manjina. Europska povelja za regionalne jezike i jezike manjina garantira specijalna prava nacionalnim manjinama… Da bi se moglo pozivati na ostvarivanje navedenih prava, određena grupa ljudi mora biti definirana kao nacionalna manjina u pozitivnim propisima određene države. Hrvatski narod nije nacionalna manjina u Bosni i Hercegovina već konstitutivan narod …. Prema tome, on se ne može pozivati na specijalna prava koja pripadaju isključivo nacionalnim manjinama.“[47] Ovaj zaključak Ustavnog suda kritizirala je i sutkinja Valerija Galić u izdvojenom mišljenju, kojem se pridružio sudac Mato Tadić, navodeći da bi prema takvom deduciranju Ustavnog suda „hrvatskom narodu s ciljem ostvarivanja njegovih legitimnih prava bolje odgovarao status nacionalne manjine“.[48]

Pri definiranju vitalnog nacionalnog interesa Ustavni sud se implicitno koristio određenjem tog pojma iz entitetskih ustava navodeći u više odluka da „iako Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži takvu odredbu, izričiti termini koje koriste entitetski ustavi su uvjerljivi u ovom pogledu“.[49]

[45] *Ibid*., toč. 21.

[46] *Ibid*., toč. 27.

[47] *Ibid*., toč. 42.

[48] *Ibid*., toč. 6 Izdvojenog mišljenja Valerije Galić, sutkinje Ustavnog suda BiH, oprečno odluci Ustavnog suda BiH u predmetu broj U 10/05

[49] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-7/06 od 31. ožujka 2006. (*Službeni glasnik BiH*, br. 34/06), toč. 39.

Nadležnost Ustavnog suda u vezi sa primjenom mehanizma za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa ovisi o postojanju odluke Parlamentarne skupštine koja ima ustavne i pravne posljedice po vitalni nacionalni interes određenog konstitutivnog naroda. Zbog toga je Ustavni sud smatrao da nije nadležan po ovoj proceduri ispitivati zaključak koji je pokrenut u Domu naroda, a kojim se pokreće procedura u pogledu osnivanja novog radiotelevizijskog kanala na hrvatskom jeziku. Ovaj zaključak je bio vrsta inicijative, a ne odluka Parlamentarne skupštine.[50] Ustavni sud zaključio je da je nenadležan i kada je riječ o pozivanju na vitalni nacionalni interes u vezi s prijedlogom odluke o vrsti procedure u kojoj će se razmatrati prijedlozi zakona, budući da takva odluka predstavlja isključivo procesnu odluku.[51]

Ustavni sud se pri razmatranju svakog pojedinog slučaja vodi „vrijednostima i načelima koji su suštinski važni za slobodno i demokratsko društvo koje otjelovljuje, između ostalog, poštivanje inherentnog dostojanstva čovjeka, ugađanje velikoj raznolikosti vjerovanja, poštivanje kulturnog identiteta i identiteta grupa i vjera, društvene i političke institucije koje unapređuju sudjelovanje pojedinaca i grupa u društvu“.[52] Rukovodeći se spomenutim načelima Ustavni sud je utvrdio da je „efektivno sudjelovanje konstitutivnih naroda u sastavu Vijeća ministara, kao i nesmetano i efikasno funkcioniranje ovog organa nesumnjivo pitanje od vitalnog interesa ne samo bošnjačkog već svakog konstitutivnog naroda“ iako „Ustav Bosne i Hercegovine priznaje Vijeće ministara, prije svega, kao stručno, operativno i izvršno tijelo, a ne kao etničku vlast koja štiti, između ostalog, etnički interes ili kolektivna prava konstitutivnog naroda“ te se „zaštita vitalnog interesa u vezi s funkcioniranjem Vijeća ministara mora tumačiti na vrlo restriktivan način“.[53] Ustavni sud je smatrao i da „pitanje povratka izbjeglica i raseljenih osoba u njihova prijeratna prebivališta predstavlja vitalni nacionalni interes svih konstitutivnih naroda, pa tako i bošnjačkog“[54] Isti stav Ustavni sud je zauzeo i u pogledu pitanja sudjelovanja predstavnika konstitutivnih naroda u organima javne vlasti, kao što je Gradsko vijeće. [55]

Ustavni sud je tumačio da izaslanici mogu štiti vitalni interes samo svog naroda. Naime, pri odlučivanju u jednom predmetu u kojem su se

[50] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-9/08 od 8. srpanj 2008. (*Službeni glasnik BiH*, br. 91/08), toč. 20.

[51] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-19/13 od 27. rujna 2013. (*Službeni glasnik BiH*, br. 84/13), toč. 16.

[52] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-12/12 od 24. kolovoz 2012 (*Službeni glasnik BiH*, broj 79/12), toč. 28.

[53] *Ibid.*, toč. 29 i 31.

[54] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-27/13 od 29. studenog 2013., (*Službeni glasnik BiH*, br. 2/14), toč. 23.

[55] V. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-32/13 od 23. siječnja 2014 (*Službeni glasnik BiH*, br. 16/14), toč. 25.

izaslanici pozvali na vitalni interes svog naroda ali i svih drugi građana Ustavni sud je zaključio da je „klub izaslanika bošnjačkog naroda ograničen u pogledu pozivanja na vitalni interes isključivo bošnjačkog naroda, odnosno druga dva kluba se mogu pozivati na vitalni interes u odnosu na konstitutivne narode iz kojih dolaze“. [56] [57] U ovom predmetu Ustavni sud je odstupio od ranije prakse na način da je u izreci odluke naveo da zahtjev ispunjava uvjete proceduralne ispravnosti, ali da nema povrede vitalnog interesa. Time je Ustavni sud još otvorenije preuzeo nadležnost meritornog odlučivanja bez ogrtanja u plašt proceduralne ispravnosti.

3.2. O (ne)postojanju pravne praznine u Ustavu BiH

Nakon prikaza sudske prakse Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u pogledu vitalnog nacionalnog interesa, preostaje nam odgovoriti na ključno pitanje ovog rada: Je li u Ustavu Bosne i Hercegovine postojala pravna praznina u pogledu regulacije ovog mehanizma? Odgovor na postavljeno pitanje pokušat ćemo dobiti primjenom kognitivističkih i skeptičnih shvaćanja tumačenja i konstrukcije kako ih izlaže Bojan Spaić u djelu *Interpretacija i konstrukcija: prilog razmatranju razlike između primjene prava i stvaranja prava.*

Prema tekstualističkoj teoriji kao dijelu kognitivističkih shvaćanja razlikuju se komunikativni i pravni sadržaj. Komunikativni sadržaj ograničen je jezičnim značenjem neke pravne norme, odnosno uobičajenim značenjem upotrijebljenih riječi. Moguće nejasnoće jezika rješavaju se tumačenjem pravnih normi. S druge strane, utvrđivanje pravnog sadržaja pojavljuje se kada je nejasno je li neki slučaj obuhvaćen pravnim tekstom. Ovo utvrđivanje pravnog sadržaja vrši se konstrukcijom koja „podrazumijeva identifikaciju pravnog sadržaja pravnog teksta, preciznije – njome se na osnovu pravnog teksta stvara pravno pravilo koje ćemo primijeniti na spornu situaciju.“[58]

Primjenom ovog razlikovanja možemo ocijeniti postupanje Ustavnog suda. Ustavni tekst navodi da će Ustavni sud ispitati proceduralnu ispravnost slučaja. Kako bi se utvrdio komunikativni sadržaj, potrebno je izvršiti tumačenje ove sintagme, posebno termina „proceduralnu“. U pravnom

[56] Ovaj stav potvrdio je i u jednoj kasnijoj odluci navodeći da „Ustav BiH ne predviđa mogućnost da, na primjer delegati iz reda bošnjačkog naroda, koristeći mehanizam vitalnog nacionalnog interesa, neku odluku proglase štetnom po interes hrvatskog ili srpskog naroda i *vise a versa*.“ V. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 3/17 od 7. srpanj 2017. (*Službeni glasnik BiH*, br. 54/17), toč. 37.

[57] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-18/13 od 27.9.2013 (*Službeni glasnik BiH*, br. 85/13), toč. 26.

[58] B. Spaić, 40.

jeziku procedura podrazumijeva „metode i mehanizme pravnog procesa.“[59] Značenje riječi proceduralno često se objašnjava stavljanjem u opreku s terminom materijalno. Dok se materijalno odnosi na sadržaj, proceduralno se odnosi na postupak ostvarivanja tog sadržaja. Ukoliko ovu teoriju primijenimo na postupanje Ustavnog suda, očigledno je da je Ustavni sud u ovom slučaju izvršio konstrukciju, a ne interpretaciju s obzirom na to da je meritorno odlučivao u ovoj vrsti predmeta.

Intencionalistički pravac tvrdi da tumač treba utvrditi realnu namjeru tvorca pravnog teksta, a ne (samo) jezično značenje. Ukoliko tumač izađe iz okvira tumačenja i izvrši konstrukciju „on ne utvrđuje postojeću normu, već na osnovu pretpostavljenog fiktivnog i savršeno racionalnog zakonodavca stvara novu normu, pravdajući svoj poduhvat pravno-interpretativnim razlozima, tako što polazeći od pretpostavljenih namjera savršeno racionalnog zakonodavca daje novo značenje postojećem tekstu.“[60] Prava namjera tvorca norme mora se pretpostaviti na osnovu iskazanih riječi u pravnom tekstu. I na temelju primjene intencionalističkog pravca dolazi se do zaključka da je Ustavni sud izvršio konstrukciju, a ne tumačenje ustavne norme. Naime, Ustavni sud se stavio u ulogu fiktivnog savršeno racionalnog zakonodavca koji je meritorno odlučivanje dao u nadležnost ovom sudu što je posebno vidljivo iz stava da bi se uloga Ustavnog suda trebala sastojati u tome da, kao najviši sud države i zaštitnik Ustava Bosne i Hercegovine doprinese svojom meritornom odlukom deblokiranju rada Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, koja sama nije u stanju nadići problem. Dakle, Ustavni sud pretpostavlja da ustavotvorac nije imao namjeru dati mogućnost sprječavanja donošenja određene odluke klubovima konstitutivnih naroda nego utvrđuje novu normu savršeno racionalnog zakonodavca koji daje ovlast Ustavnom sudu radi odblokiranja rada Parlamentarne skupštine.

Skeptična shvaćanja dijelom su fleksibilnija s obzirom na to da tumačenje podrazumijeva odluku o značenju pravnog teksta. Međutim, i ovdje postoji razlika između tumačenja i konstrukcije. Iako je tumačenje stvaralačka djelatnost, razlikuju se standardno odlučujuće tumačenje i kreativno odlučujuće tumačenje. Standardno odlučujuće tumačenje sastoji se u tome da tumač pravnom tekstu pripisuje jedno od mogućih značenja utvrđenih kognitivnim tumačenjem. S druge strane, kreativno odlučujuće tumačenje postoji kada tumač ne odabire značenje koje je utvrđeno kognitivnim tumačenjem, nego se stvaraju nove, neizražene pravne norme koje po tumačevu sudu implicitno proizlaze iz eksplicitnih normi. U potonjem

[59] “Procedure“, *Legal Dictionary*, dostupno na: *https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1625* (5. listopad 2023).

[60] B. Spaić, 43.

slučaju radi se o konstrukciji, a ne o tumačenju. Prema Guastiniju neke od aktivnosti koje dovode do konstrukcije jesu stvaranje aksioloških pravnih praznina, razvijanje neizraženih normi s ciljem popunjavanja takvih praznina, konkretizacija pravnih načela, stvaranje aksioloških hijerarhija između normi, odvagivanje između suprotstavljenih načela. [61] Razlika između tumačenja i konstrukcije u ovom pravcu je teže odrediva. Ipak, kako Spaić navodi razlika se vrši „na osnovu rasuđivanja koja sud koristi da bi opravdao pripisivanje značenja pravnom tekstu. Ako se pripisivanje značenja zasniva na tehnikama tumačenja i doktrinarnim tezama koje se mogu koristiti u određenoj kulturi, nema sumnje da je riječ o aktivnosti interpretacije. Ako se pak do norme koja nije izražena pravnim tekstom dolazi na osnovu normi koje tekstom jesu aktuelno ili potencijalno izražene, korištenjem različitih postupaka rasuđivanja koji nisu interpretativni, govorimo o konstrukciji.“[62]

Primjenom navedenog na konkretne predmete iz prakse Ustavnog suda može se nedvojbeno zaključiti da je Ustavni sud izvršio konstrukciju, a ne tumačenje. Naime, Ustavni sud navodi više razloga koji opravdavaju njegovu meritornu nadležnost: Ustavni sud je čuvar ustava, potreba da se omogući nastavak rada Parlamentarne skupštine, potreba donošenja zakona, sprječavanja etničke dominacije jedne grupe, pozivanje na preventivnu kontrolu ustavnosti, pozivanje na teoriju državne funkcionalnosti, vrijednosti i načela koji su suštinski važni za slobodno i demokratsko društvo. Iz navedenog je vidljivo da Ustavni sud nije svoju aktivnost temeljio na tehnikama tumačenja niti na interpretativnim argumentima, nego pozivanjem na određene razloge koji su suštinski političke, a ne pravne naravi.

Preostaje odgovoriti kako je Ustavni sud izvršio ovu ustavnu konstrukciju. Iz prakse Ustavnog suda proizlazi da je Ustavni sud utvrdio postojanje vrijednosne (aksiološke) pravne praznine, i to treće vrste ove praznine koja nastaje kada primjenjivač prava utvrdi pravnu prazninu uslijed toga što ne postoji norma koja po njegovom mišljenju treba postojati u pravnom sustavu. Tako stvorenu vrijednosnu prazninu, koja pripada području pravne politike, Ustavni sud je popunio i popunjava pri svakoj novoj odluci o meritumu u ovom predmetu. Tekstualistička i skeptična shvaćanja dokazala su da je Ustavni sud izvršio konstrukciju, a ne tumačenje. Ustavni sud nije niti pokušao koristiti interpretativnu tehniku kako bi legitimirao preuzimanje meritorne nadležnosti u ovoj vrsti predmeta. Naprotiv, Ustavni se sud stavio u ulogu fiktivnog ustavotvorca koji je povjerio ovom sudu ulogu deblokade Parlamentarne skupštine koja se prema tom novom ustavotvor-

[61] R. Guastini, 58.
[62] B. Spaić, 51.

nom poretku nalazi hijerarhijski na višoj poziciji vrijednosti u odnosu na zaštitu vitalnih interesa konstitutivnih naroda Bosne i Hercegovine.

4. ZAKLJUČAK

Ustav Bosne i Hercegovine na poseban način štiti vitalne interese konstitutivnih naroda prilikom odlučivanja u Parlamentarnoj skupštini kao najvišem zakonodavnom tijelu u državi. Posljedica pozivanja na vitalni interes ogleda se u strožoj većini u odnosu na odluke na koje nije stavljen prigovor destruktivnosti po vitalni interes – za donošenje takve odluke potrebno je postići suglasnost većine izaslanika sva tri konstitutivna naroda.

Iako je ovaj mehanizam osiguravao sprječavanje dominacije bilo kojeg konstitutivnog naroda, domet ovog mehanizma značajno je ograničen djelovanjem Ustavnog suda. Ustavni sud se stavio u poziciju „čuvara Ustava“ te je u cilju deblokiranja rada Parlamentarne skupštine definirao, iako ne taksativno, pojam vitalnog interesa te je odlučivao je li neka odluka destruktivna po vitalni interes nekog konstitutivnog naroda. Na takav način konačno odlučivanje prešlo je iz Doma naroda u Ustavni sud.

Autori su u radu utvrdili da je Ustavni sud stvorio vrijednosnu pravnu prazninu trećeg tipa te izvršio pravnu konstrukciju, a ne interpretaciju Ustava. Konstruiranje ustavnog poretka, a ne tumačenje postojećeg Ustava, utvrđeno je analizom ustavnosudske prakse s aspekta suvremenih kognitivističkih i skeptičnih shvaćanja interpretacije i konstrukcije.

Ova vrsta vrijednosnih praznina spada u područje pravne politike i kao takva vrijednosno je obojena subjektivnim stavovima i vrijednosnim sudovima onoga ili onih koji primjenjuju normu u određenom trenutku. Ukoliko se legitimira njihovo postojanje i stavi ih se u isti rang s drugim vrstama pravnih praznina, tada postoji neograničena mogućnost njihovog stvaranja i kreiranja novih normi za njihovo popunjavanje. Drugim riječima, ukoliko se legitimira ovakvo postupanje Ustavnog suda, otvorena su vrata da se ovaj Sud pretvori od „čuvara ustava“ u ustavotvorca.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Alchourron, Carlos E., Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Wien 1971;
2. Čeperković, Mina, „Pravne praznine kao anomalija pravnog sistema – razmatranje pojma i prirode pravnih praznina“, *Eudaimonia – revija za pravnu, političku i socijalnu teoriju i filozofiju* 1/2023;
3. Guastini, Riccardo, “Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation“, *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* (eds. J. F. Beltrán, G. B. Ratti), Oxford University Press, Oxford 2012;
4. Guastini, Riccardo, *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb 2018;
5. Harašić, Žaklina, „Analogija u pravu: značenje i upotreba“, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku* 3-4/2018;
6. Irti, Claudia, “A Short Introduction to ‘The Problem of Legal Gaps’”, *Tulane European and Civil Law Forum* 29/2014;
7. Izdvojeno mišljenja Valerije Galić, sutkinje Ustavnog suda BiH, opročno odluci Ustavnog suda BiH u predmetu broj U-10/05;
8. Jug, Jadranko, „Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske“, dostupno na: *https://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/JugJ_Primjena-pravnih-nacela-u-odlukama-VSRH.pdf*;
9. Kelsen, Hans, Čista teorija prava, Naklada Breza, Zagreb 2012;
10. Legal Dictionary, *https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1625*;
11. Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht 2008;
12. Pokrovac, Zoran, *Slobodno stvaranje prava, Herman U. Kantorowicz i slobodnopravni pokret*, Naklada Breza, Zagreb 2018;
13. Spaić, Bojan, „Interpretacija i konstrukcija: prilog razmatranju razlike između primjene prava stvaranja prava“, *Pravni zapisi* 1/2021;
14. Steiner, Christian, Ademović, Nedim, *Ustav Bosne i Hercegovine: komentar*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo 2010;
15. Tomić, Ivan, „Tumačenje, pravne praznine i načelo zakonitosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru* 1/2020;
16. Visković, Nikola, *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb 2006.

Pravni propisi i sudske odluke

1. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch;
2. Code Civil;
3. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-3/17, *Službeni glasnik BiH*', br. 54/17;
4. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-10/05, *Službeni glasnik BiH*, br. 64/05;

5. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-12/12, *Službeni glasnik BiH*, br. 79/12;
6. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-14/22, *Službeni glasnik BiH*, br. 38/22;
7. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-18/13, *Službeni glasnik BiH*, br. 85/13;
8. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-19/13, *Službeni glasnik BiH*, br. 84/13;
9. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-2/04, *Službeni glasnik BiH*, br. 38/04;
10. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-27/13, *Službeni glasnik BiH*, br. 2/14;
11. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-32/13, *Službeni glasnik BiH*, br. 16/14;
12. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-7/06, *Službeni glasnik BiH*, br. 34/06;
13. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-8/04, *Službeni glasnik BiH*, br. 40/04;
14. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U-9/08, *Službeni glasnik BiH*, br. 91/08;
15. Swiss Civil Code;
16. Ustav Bosne i Hercegovine.

Associate Professor Cvija Jurković,LL.D.
Senior Teaching Assistant Ivan Tomić, LL.M.

Faculty of Law, University in Mostar

PROTECTION OF VITAL NATIONAL INTEREST – THE (NON) EXISTING LEGAL GAP IN THE CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The Constitution of Bosnia and Herzegovina regulates a special procedure for the protection of the vital national interest of the constituent peoples when passing decisions in the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina. If agreement is not reached among the constituent peoples in the House of Peoples of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, the matter will be referred to the Constitutional Court, which shall, in an expedited process, review it for procedural regularity. However, despite the constitutional provision that explicitly gives the Constitutional Court the jurisdiction to examine procedural regularity, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina has decided on the merits in cases of protection of vital national interest. The Constitutional Court significantly limited the scope of the vital national interest protection mechanism by determining, though not exhaustively, which issues fall within the jurisdiction of the vital national interest, which is not regulated by the Constitution. In the paper, the authors will analyze whether there is a legal gap in the specific case that the Constitutional Court filled or whether the Constitutional Court created a non-existent legal gap that it filled by creating unexpressed constitutional norms.

Key words: Constitution of Bosnia and Herzegovina; Vital national interest; Constitutional Court; Legal gaps; Construction.

M. A. Dociu, *Controversial legal aspects regarding the mayor in Romania*, Collection of Papers "Legal gaps and the completeness of law", East Sarajevo 2024, pp. 244–251.

UDC/УДК 352.075.31(498)
REVIEW ARTICLE / *ПРЕГЛЕДНИ РАД*

Assistant Maria-Ariana Dociu, LL.D.

Faculty of Law, University of Oradea, Romania

CONTROVERSIAL LEGAL ASPECTS REGARDING THE POSITION OF MAYOR IN ROMANIA

In Romania, the mayor is a vital part of the local administration system. The mayor is elected directly by the citizens, based on a secret, uninominal, and freely expressed vote. The mayor operates based on the principles of decentralization and local autonomy. Given our country's administrative-territorial division, we will find a mayor in each commune and town/municipality whose mandate is, as a general rule, four years.

This paper aims to show in detail some of the most controversial legal aspects regarding the position of the mayor in Romania, respectively: the election of the mayor in a single round of elections, the function of public dignity of the mayor, as well as the ascertaining of the termination of the mayor's mandate before the deadline and presenting de lege ferenda solutions.

Key words: Public administration; Mayor; Elections; Public dignity; Termination of mandate.

1. INTRODUCTION

The public administration in Romania must obey the principle of legality, which means that both the public authorities and the institutions, as well as the staff that serve them, have the obligation to respect and act in accordance with the internal legal provisions in force, as well as the treaties and international conventions to which Romania is a party. Referring to internal laws, first of all we refer to the compliance with the provisions of the Romanian Constitution. According to the provisions of the Constitution, in Romania the public administration is divided into two large branches, namely the central public administration and the local public

Maria-Ariana Dociu, *dociuariana@gmail.com.*

administration. Art. 5 letter d) of the Administrative Code[1] defines the local public administration as "all the activities carried out, under the regime of public power, to organize the execution and concrete execution of the law and to provide public services, in order to satisfy the local public interest". In other words, the local public administration includes all the activities that are made in order to enforce and ensure the enforcement of the law.

In order to better understand the local public administration system in Romania, it must be pointed out that in accordance with art. 3 of the Constitution, the territory of Romania is organized, from an administrative point of view, in administrative-territorial units, which are communes, cities and counties. Regarding their administrative management, according to the provisions of art. 3 of the Administrative Code, local public administration authorities are: local councils, mayors and county councils. So, at the level of each commune and each city we will meet a mayor and also a local council.

The constitutional principles underlying the functioning of the local public administration are: decentralization, local autonomy and deconcentration of public services.

The principle of decentralization is specific to the rule of law, involving the resolution of local problems by elected authorities (local councils, mayors and county councils) by the local communities, authorities which are not hierarchically subordinated to the central ones, but operate autonomously. Local autonomy is defined in art. 3 paragraph (1) of the European Charter of Local Autonomy[2], as "the right and effective capacity of the local public administration authorities to solve and manage, within the law, in their own name and in the interest of the local population, an important part of public affairs". According to art. 84 of the Administrative Code, local autonomy is exercised by local public administration authorities, without prejudice to the possibility of consulting citizens through a referendum or through any other form of direct participation of citizens in public affairs, under the provisions of the law.

2. CONSIDERATIONS REGARDING THE MAYOR

The function of the mayor, in the local public administration in Romania, is one of tradition, being found in the Law for urban and rural com-

[1] The Administrative Code of Romania, Emergency Ordinance of the Government no. 57/2019, *Official Gazette of Romania*, No. 555/19.

[2] The European Charter of Local Autonomy, available on *https://rm.coe.int/european-charter-of-local-self-government-ron-a6/16808d7afd*, last visited on 05 October 2023.

munes, no. 394 of March 31, 1864, published in the Official Gazette of March 31, 1864, being preserved in the subsequent regulations.

In the current system of local public administration in Romania, art. 121 of the Romanian Constitution provides that elected mayors, together with local councils, represent public administration authorities, through which local autonomy is achieved in communes and cities, having the role of solving the public affairs of these administrative-territorial units.

The position of mayor is also regulated by the provisions of the Administrative Code, found in several of its articles, and the Law that includes provisions on the election of local public administration authorities is Law no. 115/2015 on the election of local public administration authorities[3].

3. CONTROVERSIAL ISSUES

Regarding the controversial issues regarding the position of mayor, we have chosen to present the following in the content of this paper:

3.1. The election of the mayor in a single round of elections

The election of the mayor in a single voting round is a matter that has created a controversy in the specialized literature of our country.

From the beginning, we must mention the fact that, in accordance with the provisions of Law no. 115/2015, mayors are elected by a universal, equal, direct, secret and freely expressed vote, by uninominal voting.

Regarding the conditions that a person must meet in order to be elected mayor, they are provided in art. 4 of Law no. 115/2015. Therefore, citizens with the right to vote who have reached at least 23 years of age up to and including the election day, who are not prohibited from the right to associate in political parties and who are domiciled in the territory of the administrative-territorial unit in which they are to be elected, have the right to be elected mayors. In addition, art. 6 of Law no. 115/2015 also expressly provides that those who have been prohibited, by a final court decision, from exercising the right to be elected to public authorities or to any other public positions, cannot be elected. On the other hand, within the art. 5 of Law no. 115/2015, it is stated that European Union citizens who have their domicile or residence in Romania have the right to vote and be elected under the same conditions as the Romanian citizens.

The right to be elected is seen as being closely related to the right to vote, as the Constitution is imposing the condition for those who wish to

[3] Law no. 115/2015, *Official Gazette of Romania*, No. 349/15.

occupy an elective office to have the right to vote. Also, as it is showed in the specialized literature, the two types of electoral rights have some regulatory symmetries[4]. In fact, the two rights, the right to vote and the right to be elected, are part of the category of fundamental electoral rights of Romanian citizens and involve each other unconditionally.

Elections for the mayor do not require a certain quorum, so they are valid regardless of the number of voters who come to vote, according to art. 99 of Law no. 115/2015.

As we stated previously, the election of the mayor in Romania takes place in a single round of voting, as a result of the changes made through Law no. 129/2011 (currently repealed), although traditionally the election was made in two rounds of voting. The public debate around this topic has been and continues to be quite heated, in the sense that the idea of returning to two voting rounds has been embraced by several authors[5]. Some political parties included this desire in the objectives shown in the electoral campaign, however, in the end, a change in the legislator's perspective was not reached. For the first time in Romania's post-December history, a draft law regarding the return to the old method of electing the mayor, promoted through the procedure of engaging the Government's responsibility in 2020, led to the fall of the Government then in office through a motion of censure.

On the other hand, the option of a single round of elections benefits the mayor who is in office, and the objective of maintaining this option is obviously political, aiming to preserve the mandates. On the other hand, the change in the electoral system could also benefit the smaller parties, whose candidates, in the current situation, have minimal chances of winning in a single round of elections.

In our opinion, the variant of the two voting rounds would have been the most appropriate, since in the current situation, as there are cases in practice, mayors are elected with the vote of only 20% of the population of a locality, so the problem of representativeness and the legitimacy of a mayor arises. We believe that the resumption of the two voting rounds would also lead to greater transparency and also to a higher interest of the citizens towards these elections, so we propose an amendment *de lege ferenda* in this regard.

The current regulation can be criticized if we take into consideration the perspective of the institution of the dismissal of a mayor, too. Accord-

[4] Șt. Deaconu, E.S. Tănăsescu, in I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole, ed. a 2-a*, C.H. Beck, Bucharest 2018, 302.

[5] V. Vedinaș, *Codul administrativ adnotat. Noutăți. Examinare comparativă. Note explicative, ed. a 3-a*, Universul Juridic, Bucharest 2021, 189.

ing to the provisions of art. 162 of the Administrative Code, the mayor's mandate can also end as a result of the organization of a local referendum, according to the rules set out in art. 144 and art. 145 of the Administrative Code. Therefore, the local referendum whose object is the dismissal of the mayor will be considered valid, according to the legal provisions, only if at least 30% of the total number of residents with the right to vote registered in the Electoral Register with domicile or residence in the administrative-territorial unit in which the mayor carries out his activity are present at the polls. In addition, the mayor's activity will end before the deadline only if at least half plus one of the total number of validly cast votes will be pronounced in this regard. Therefore, in the case of the mayor's dismissal, both a quorum and a majority of votes are required, unlike in the case of his election.

3.1.1. The position of mayor – position of public dignity

The Administrative Code defines the function of public dignity in art. 5 point 27 letter z) as "the set of attributions and responsibilities established by the Constitution, laws and/or other normative acts, as the case may be, obtained by investiture, as a consequence of the result of the electoral process, directly or indirectly, or by appointment".

The mayor, being elected by the citizens, acquires the status of a public dignity as a result of the electoral process.

However, the Constitution of Romania, under art. 16 para. (3), provides that "public functions and dignities, civil or military, may be occupied, under the law, by persons who take care of Romanian citizenship and domicile in the country. The Romanian statute guarantees equal opportunities between women and men for the occupation of these positions and dignities." Upon a careful analysis of the constitutional text, we notice that this contradicts the regulation provided in Law no. 115/2015, set out above, according to which European citizens, not having Romanian citizenship, have the right to be elected as mayor.

However, art. 16 para. (4) of the Constitution explicitly states that "under the conditions of Romania's accession to the European Union, citizens of the Union who meet the requirements of the organic law have the right to elect and be elected in local public administration authorities".

We also appreciate, along with other authors[6], that the solution proposed *de lege ferenda* in the sense of removing from the text of art. 148 para. (2) of the Administrative Code the character of public dignity of the

[6] Fl. Ghencea, in V. Vedinaș (coord.), *Codul administrativ comentat. Explicații. Jurisprudență. Doctrină*, Universul Juridic, Bucharest 2022, 495.

position of mayor to be the most indicated, its status being that of local election.

3.1.2. Stating the termination of the mayor's mandate

In this situation, according to art. 160 para. (7) of the Administrative Code, "the prefect issues an order stating the termination of the mayor's mandate".

The Administrative Code also provides that the order is based on a report signed by the general secretary of the administrative-territorial unit/subdivision, as well as the documents from which the legal reason for terminating the mandate results. The report of the general secretary of the administrative-territorial unit/subdivision is sent to the prefect within 10 days from the date of the intervention of the legal termination of the mayor's mandate.

As a preliminary matter, in Romania the prefect is the representative of the Government in the territory, one prefect being appointed in each county of the country. After the entry into force of the Emergency Ordinance no. 4/2021, and currently, in Romania, the position of prefect is considered one of public dignity. According to the provisions of article 123 of the Romanian Constitution and those of article 249 of the Administrative Code, the prefect holds the role of representative of the Government at the local level, and he is appointed by the Government. Also, the prefect is the one who leads the deconcentrated public services of the ministries and other bodies of the central public administration in the administrative-territorial units of Romania. At the same time, through the institution of administrative guardianship, the prefect is the one who verifies the legality of the administrative acts of the local public administration authorities. Therefore, the prefect can challenge, before the administrative court, an act of the county council, of the local council or of the mayor, if he considers the act illegal, and the effect will be that the challenged act is suspended by law. The administrative guardianship, being the control exercised by the prefect over local communities, viewed in tight connection with the principle of local autonomy, is carried out only between those authorities between which there is no hierarchical subordination, or, as shown in article 123 para. (4) of the Constitution, "between prefects, on the one hand, local councils and mayors, as well as county councils and their presidents, on the other hand, there are no subordination relationships".

As a first observation, the role of the prefect in the process of stating the termination of the mayor's mandate is to ascertain the existence of a situation, without holding a legal right of appreciation. On the other hand, since there are no subordination relationships between the mayor and the

prefect, a fact set forth in art. 85 para. (2) of the Administrative Code, the prefect does not act in this situation as a disciplinary body, but simply fulfills a necessary formality in order to ensure the functioning of the public administration authority. The Constitutional Court of Romania also ruled in this sense, by decision no. 175/2016[7], showing that the prefect's role is limited to ascertaining the termination of the mayor's mandate and does not himself terminate that mandate.

Although the Administrative Code stipulates that the prefect is the one who issues the order of stating the termination of the mayor's mandate, the law does not provide the deadline for this to occur, which may even lead to the possibility of delaying the entire process. Therefore, *de lege ferenda* it is required the provision of a deadline for the prefect to act in order to determine the termination of the mayor's mandate.

4. CONCLUSION

The mayor ensures the respect of the fundamental rights and freedoms of the citizens, the provisions of the Constitution, as well as the implementation of the laws, in the broadest sense of the term. It is, therefore, an extremely important part of the local public administration, being part of the category of local elected officials.

His role is an extremely important one, and the position of mayor is classified as one of public dignity. The election of mayors is a process that, in our country, causes heated debates, and the vote arouses the interest of citizens. As can be seen from the contents of this paper, the premature termination of the mayor's mandate also gives rise to certain controversies. Precisely considering these considerations, the aspects shown in the content of this paper are essential to be remedied *de lege ferenda*.

[7] Decision no. 175/16 of the Constitutional Court of Romania, Official Gazette of Romania, No. 435/16.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Șt. Deaconu, E. S. Tănăsescu, I. Muraru, E. S. (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Ed. C. H. Beck, Bucharest 2018;
2. Vedinaș, Verginia, *Codul administrativ adnotat. Noutăți. Examinare comparativă. Note explicative*, ed. a 3-a, Universul Juridic, Bucharest 2021;
3. Vedinaș, Verginia, (coord.), *Codul administrativ comentat. Explicații. Jurisprudență. Doctrină*, Ed. Universul Juridic, Bucharest 2022.

Legal documents

1. The Administrative Code of Romania, Emergency Ordinance of the Government no. 57/2019, *Official Gazette of Romania*, No. 555/19;
2. Law no. 115/2015, *Official Gazette of Romania*, No. 349/15;
3. Decision no. 175/16 of the Constitutional Court of Romania, Official Gazette of Romania, No. 435/16.

UDC/УДК 342.7(510)
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

LI Yuanjun, PhD student

University of Rome Tor Vergata, Italy

THE IDEA OF HUMAN RIGHTS IN THE CHINESE LEGAL SYSTEM

The modern human rights theory was proposed by Europeans; instead, the thousands-year-old features of Chinese culture focused on the obligations of people and the collective interests that shaped the value of human rights in socialism with Chinese characteristics in the ancient Chinese legal system. These differ from western individualism and rights-oriented ideas, but they also influence the development of Chinese human rights theory. In the Chinese modern legal system, especially the amendment of the Constitution of the PRC in 2018 and the adoption of the Civil Code of the PRC in 2020, there is a lot of modern development in Chinese domestic human rights. China's cooperation in international human rights protection is even more obvious to all. Although there are still issues in developing human rights in the Chinese legal system, such as expanding free speech, abolishing the death penalty, etc. Meanwhile, some factors, such as citizens' will, economic environment, and personality of the leader of China, should be taken into account when evaluating the future institutional order of Chinese human rights by explaining current situations China faces. China and any other countries are supposed to continuously explore the theory of human rights, to strengthen human rights protection, and to absorb the parts that other countries or regions have done well in human rights. And we need to promote the advancement of international human rights laws and ensure their implementation, making them work smoothly and effectively to create harmony and dignity for the international community and human beings.

Key words: Human rights; Human rights theory; Chinese legal system; Human rights protection; International human rights law.

LI Yuanjun, *liyuanjun1997@163.com.*

1. INTRODUCTION

1.1. Background to the issue

The response and recovery of the public health emergency, the COVID-19 pandemic, all over the world, increasingly arises the issue of human rights, putting a focus on the imperative of healthcare for everyone. However, the virus exposed not only the weaknesses of public service and inequalities that impede access to them, but also the discrimination and the rise of hate speech to the vulnerable groups. Moreover, the crisis even provides a pretext for some governments to take some measures unrelated to the pandemic or for not responding responsibly in time which will undermine the national or social remedies, causing a pushback against human rights. We can see, some governments or media in western countries have different attitudes towards the same shut-down measures taken in China (Wuhan) and other countries. Also, some countries prohibit the entry of people who hold the passports issued by Hubei (China). Even some claim it is Chinese virus and China should be accountable for the worldwide losses, and they treat Chinese unfriendly and unfairly. But the threat is virus, not the people. Of course, some of situations above not only happened to the Chinese. So, these all indicates the issue of human rights which is worthy of discussing.

1.2. Thesis statements

These years, the tremendous achievements of China's domestic human rights protection and its important contribution to the international human rights cause are increasingly showing strong positive externalities. At the same time, China suffers from many pressures from the external environment and various challenges. Under this circumstance, it is important to rationally and calmly think about the human rights issue in the present China. Theoretically, since thousands of years, the features of Chinese culture focus on the obligation of people and the collective interests which differs from the western individualism and rights-oriented, which may shape the value of the human rights theory of socialism with Chinese characteristics. Practically, as a result of the developments that have taken place in the PRC over the almost 75 years, the subsistence, freedom, rights and personal security of the people get enhanced remarkably. The special protection of women and children, nine-year compulsory education institution, healthcare, labor insurance and social relief systems, favored policies for all ethnic minority groups in China, the projects of eliminating poverty, and multiple targeted action plans relating to specific groups and different programs, reveals Chinese central government's full respect for and protection of human rights, endeavoring to build a moderately prosperous

society. And the amendment of the Constitution in 2018, the introduction of PRC's Civil Code in 2020, some revising of criminal law, and other laws and regulations are all adapted for Chinese social demands, people's and national interests, which guarantee the human rights. What's more, fulfilling obligations in international instruments on human rights, engaging in international human rights undertakings, pushing the reform of international rules and mechanisms for protecting human rights and so on, China displays its positive and competent image on the international stage. China will unswervingly keep moving on the human rights issue, and stick to the idea of building a global community of shared future, which focus on two parts: one is the ideas about human rights in Chinese society, the other is the legal system for human rights in modern China based on the idea of human rights.

1.3. Roadmap

This article attempts to contribute to illustrate Chinese achievements and realistic problems about human rights across domestic society and international community both in theory and practice. Part 1 of this article provides specific views of the modern human rights theory in western and the ideas of human rights in ancient Chinese society, which affects Chinese characteristic of human rights theory. Part 2 shows more analyses about the Chinese devotion to human rights through domestic legislation or policies, and international cooperation. Part 3 finds the problems existed in the process of the development of human rights and the difficulties China faced. And there are some foreign or international experiences to refer to. Part 4 will respond to some unreasonable blame and suspicious opinions for Chinese human rights. Part 5 casts light on some factors we take into account to evaluate the future institutional order of Chinese human rights by explaining our current situations. In the end we contend that the development of human rights and human rights protection in current China is suitable and sufficient but still need more efforts.

2. PART 1: THE DEVELOPMENT OF THE HUMAN RIGHTS THEORY

2.1. The concept of modern human rights

The extensive legal protection for human rights that currently exists in national, regional and international law is the product of millennia of struggle by individuals concerned with human justice and well-being.[1]

[1] D. L. Shelton, "An Introduction to the History of International Human Rights Law", *GWU Law School Public Law Research Paper* 346/2007, 1.

However, up to now, the nature of human rights remains controversial. When the article uses the words of "modern" which means "rights-oriented", it does not involve the approach to explain what is human rights. But modern human rights theory that originated from the West, interpreted in traditional approach, shows the human rights is the rights that all persons have by virtue of personhood alone,[2] and as protecting a sphere of pre-eminent moral importance (such as the 'minimum' conditions for a dignified life)[3]. But the traditional human rights doctrine has problems. Because the identity of a human exists naturally regardless of the existent of legal system or social institution. Taking the slave society as example, the slavery did not have dignity and their lives were decided by their owners, in way of traditional theory, they are humans but they did not have human rights.

Also, a growing number of rights are claimed to be human rights in modern society, such as the right to higher education[4] and other economic and social rights, the right to the highest attainable standard of physical and mental health,[5] do not seem to serve basic and urgent human requirements and interests. So, the human rights cannot be grounded in our humanity alone, but may be "synchronically universal, meaning that all people alive today have them".[6] Also, there are similar situations like the right to sexual pleasure; the right to protection and preservation of the air, soil, water, sea-ice, flora and fauna, and the essential processes and areas necessary to maintain biological diversity and ecosystems[7] and so on.

In this respect, we can say, which human rights exist can only be determined within some specified historical context. And the development of human rights is related to the practice, and subject to the conditions of modernity and feasible institutional.[8] From the historical perspective, the concept of modern human rights generated in Renaissance, and was developed transmitted from Age of Exploration, Reformation and Enlighten-

[2] F. R. Tesoen, "The Liberal Case for Humanitarian Intervention", *FSU College of Law, Public Law Research Paper* 39/2001, 1. (also available at: *http://dx.doi.org/10.-2139/ssrn.291661*).

[3] S. Loriaux, "THE (DIFFICULT) UNIVERSALITY OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS", *International Development and Human Aid: Principles, Norms and Institutions for the Global Sphere*, 2016, 32.

[4] The Universal Declaration of Human Rights, art. 26(1), 10 December 1948.

[5] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 12(1), 3 January 1976.

[6] R. Joseph, "Human Rights in the Emerging World Order*"*, *Oxford Legal Studies Research Paper* 47/2009, 40.

[7] R. Joseph, "Human Rights Without Foundations", *Oxford Legal Studies Research Paper*, 14/2007, 2, also available at: *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874*.

[8] J. Tasioulas, *The Moral Reality of Human Rights*, 2007, 2-3.

ment. Generally, it contains the value of the dignity and being respect equally that every people pursue. The thoughts of liberty, equity and freedom are rooted in the western society which gone through slaver trade, apartheid, ecclesiastical or autocratic pressure. At the same time, commercial prosperity and the rise of citizens' consciousness request the individual autonomy and independence. After that, due to the establishment of national states, capitalism, industrialization, the contents of human rights gradually possess political, economic and social implications, going for internationalization.

Anyway, in western countries, represented by Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau and Voltaire *etc.*, their propositions are based on the "*jus nafural*" - natural law, system of right or justice held to be common to all humans and derived from nature rather than from the rules of society, emphasizing that humans are equal to each other, their lives are unalienable, they have freedom and enjoy the natural rights to pursue happiness and property. And we can regard the central premise of liberalism as the primacy of individual human rights which is prior to the common or collective benefits.[9] These all start from "people have/own" and focus on "the importance of every person's – individuals' ego, will, interests and rights". You cannot derogate my rights unless you have strong and reasonable evidence or argument to convince me of that I should give up or sacrifice my partial rights to satisfy your needs or public interests, but it is me – myself – and I, that decide and am willing to do that, instead of others' force. I make up my minds to grant my partial rights to the state who still represents me, and elect the legislators who design laws compatible with my interests and rights and so on. That's why I regard the modern human rights theory as "right-oriented".

2.2. The ideas about human rights in Chinese ancient society

Pre-China did not have the concrete concept of human rights, but the ideas existed. "The existence of human rights depends on the existence of certain moral justificatory reasons… [which are] something that is discovered rather than invented."[10] Also, "different ideas about rights have also been associated with cultural differences".[11] The "Shang Shu", which records the Xia, Shang, and Zhou dynasties' historical relics from 16th centu-

[9] M. J. Sandel, *Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*, 2005, 254.

[10] A. Gewirth., "The Epistemology of Human Rights", *Human Rights* (eds. Paul EF, Miller FD and Paul J.), Oxford-Blackwell 1984, 4.

[11] McC. Gerard, A. O. Fěilim, "The United Nations and international oversight of human rights", *International Human Rights, Social Policy & Global: Critical Perspectives*, 2020, 33.

ry BC, already has the expression of the people-based thought: "People are the foundation of the state, and when foundation being solid, the state can have peace."[12] During the Spring and Autumn Period, and the Warring States Period from 7th century BC, all the schools developed the ideas to a new level. Guan Zi also put forward the people-oriented thought. Confucius advocated "taking people seriously, loving people, benefiting people and teaching people". Also, through Confucianism's "benevolence" and "rule of virtue", Mohism's "love everyone – love is equal to every person regardless of social class" and "non-attackable – settle disputes peacefully but defense positively"[13] Taoism's "the laws of nature",[14] etc., the flashes of humanness can clearly be seen. Since then, the records in the historical books of the Tang, Song and Yuan Dynasties from 6th century reflect the rulers' awareness of the importance of the people. In the late Ming and early Qing dynasties from 17th century, Huang Zongxi proposed the idea of "people are the host of state", pushing the people-oriented thought to a new theoretical peak. In the Revolution of 1911, Sun Yat-sen's Three People's Principles realized the transformation of traditional people-oriented thoughts into modern democratic thoughts. "People" began to have political implication.[15]

Particularly, with its inherent mean character and the advocacy of the ruler, Confucianism has gradually evolved into our Chinese deepest inherent quality. Confucianism/Rite raised moral cultivation and moral reason, it was the source and justification of law and were enforced by social mechanisms. The central ideas of Confucianism are filial piety, loyalty, loyalty, faith, etiquette, righteousness, honesty, and shame, and the core is "benevolence". Benevolence is not only reflected in the individual's behavior requirements, but also runs through the principle of governing the state. Because, it revolves around the relationship between humanity and Heaven. Individuals may realize their humanity and become one with Heaven through the contemplation of such order. Human beings are fundamentally good, morality and self-discipline were more important, which allow people to have a sense of shame and become humans with good character. The idea is that people will internalize the acceptable norms and

[12] ShangShu (尚书), [Book of Documents]. *See also* Y. LV, "Chinese perspective of "natural rights" and its implications of human rights in ancient China", *Journal of Yunnan Minzu University (Social Sciences)* 5/2018, 73.

[13] See Mo Zi's *Book of Sundry Moral Principles* (墨子).

[14] See D. D. Jing: *The Classic of the Virtue of the Tao* (by the ancient philosopher Lao Zi).

[15] G. Chen, (陈顾远), Zhongguo Zhengzhishi shang de Minben Sixiang (中国政制史上的民本思想) [The People-based Thought in the History of Chinese Political System], 2006, 410.

take proper actions. This will not only lead to a harmonious social order, but it will also provide the additional benefit of improving an individual's inner character and the overall quality of the society.[16] It can be said that Confucian culture is a humanistic culture and an ethical human rights idea, Moreover, the Rite contains the humanitarianism.

If say Confucius still maintains the hierarchical political and social order which lacked the substantial equity, and stresses the importance of community which outweighs notions of individual rights,[17] but it asks for monarch and ministers/civilians respect each other. Mencius' proposal of that "monarch and his minsters are equal in personality, and they should respect each other regardless of their status and class" also presents that. In my view, it means that only by achieving ethical equality of personality can the monarch be able to accept other constructive suggestions to rule the country with virtue. And no matter what the situation is, people should be prior, and the punishment of criminals should not be different and unequal on account of identities.

Since it was in the early phase of feudal society, these proposals inevitably carried the color of "rule of man". And human rights thought itself had not been incorporated into laws and institutions. Compared with the reform and liberation in modern times, Confucian Rite is a more negative and passive idea of human rights. But it is undeniable that it is also due to its appearance in the early days of feudal society, which has the characteristics of superb pursuit and restraint of personal morality, that just suitable for the Chinese nation. The Confucian philosophy dominant for 2000 years is the largest foundation for the development of human rights in China.

In contrast to the "rights-oriented" that claims on something against others, the feature of the Rite is appealing to the self-restraint, highlighting the respect for, or the duty towards others or society[18] which stress moral convictions about community. In other words, it is from "the standpoint of human interdependence, that is, as concepts that people can work together and not against each other…yielding to a better foundation of the 'person' in human rights terms…[and it] places emphasis on the connectedness between individuals and between different spheres of society"[19]. I should be responsible for my behavior and its consequence and be very cautious of bothering others. And the reason why I attach great importance to the

[16] See SMITH, Huston, The Religions of Man, 1958, 181.

[17] See L. Jenco, Leigh, "Revisiting Asian values", *Journal of the History of Ideas* 2/2013, 237-258 also available at: *www.jstor.org.ucc.idm.oclc.org/stable/ 43291300.*

[18] See *Analects*, XV, 23.

[19] O. Onazi, "HUMAN RIGHTS AND COMMUNITY: UNLOCKING THE DEADLOCK", *Human Rights from Community: A Rights-Based Approach to Development*, 2013, 23-24.

introspection is that self-dignity and conscience drive me to do that. It addresses that I should not violate my obligation and I have to consider other people's wills, feelings and interests. The society's surroundings also encourage me to do good to others and for public that can guarantee well living conditions in return. So, this is the different discourses of human rights between the West and China based on distinctive cultural background.

There are numerous ideas concerning the human rights. Confucianism respects the freedom of speech. In the Spring and Autumn Period, people have the right to discuss or elaborate their political views, even give advice to the monarch. Freedom of speech provides strong theoretical support for social transformation during the Spring and Autumn Period. The circulation of ideas promotes the development and integration of society. And as for the right to education, Confucianism expands the targeted groups of education, implementing "teaching without hierarchy". Confucian educational thoughts have influenced educational model of China. It always puts education at the forefront of governing, emphasizing the important role of education in human development. What's more, Confucianism advocates that people have the right to develop economy. Mencius believes that only if people own a certain amount of property which is at least material basis of people's livelihood, the society can be stable, keeping good customs and benefiting the production.

These ideas of Confucianism have also become a source of modern human rights thoughts in the world. Because the one who drafted the French Declaration of the Rights of Man and the Citizen in 1789 that based on the principle that all human beings are equal in dignity and advocating individual is the supreme value in the society, was inspired by Confucius. I think to some extent, due to the state-centered, it imposes the duties and obligation on the part of states to prevent private actors form causing harm to each other which accounts for the human rights regulatory system.[20]

3. PART 2: THE PROTECTION FOR HUMAN RIGHTS IN CHINA

3.1. The efforts in domestic human rights

As has been illustrated before, China in fact has paid much attention to the ideas of human rights for a very long time. And until now, the national laws and regulations still conform with the goals and idea of human rights.

[20] See J. Van Der Walt, "Blixen's Difference: Horizontal Application of Fundamental Rights and the Resistance to Neocolonialism", *Law, Social Justice and Global Development Journal* 2003, also available at: *https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2003_1/walt.*

In recent years, China has made outstanding accomplishments in human rights.

3.1.1. The amendment of Constitution of PRC in 2018

Since the establishment of PRC, people have the civil and political rights. The PRC's Constitution attaches great importance to the theory of socialist human rights with Chinese characteristics. In March 2004, the Second Session of the Tenth National People's Congress passed a constitutional amendment, which first and officially incorporated "respect and protect human rights"[21] into the fundamental law, and further clarified the rights about comprehensive development of citizens in economic, political, cultural, and social aspects. This created a new guidance of constitutional principles to human rights. And the amendment adopted in 2018 adheres to the people-centered which further provides a strong guarantee for upholding and developing the cause of socialist human rights with Chinese characteristics in the new era.

We can see, the time of the establishment of PRC until now is just 75 years. And before the reform and opening in 1978, there are some mistakes happened in Mao era. It is very hard to cultivate the modern concept of human rights. But just for 40 years, the idea of the modern human rights has been written into Chinese Constitution 2018 which has the supreme legal authority. And China even may develop the idea to a higher level further – providing the impetus for building a Community of Shared Future for Mankind,[22] which has been written into many resolutions of UNHRC and other UN organizations. Especially, our people attach great importance to the constitution, so, the huge influence of the idea of human rights can reflect in Chinese society, transmitting broad.

3.1.2. The adoption of Civil Code of PRC in 2020

The adoption of the Chinese Civil Code at the third meeting of the thirteenth National People's Congress on 28 May 2020 shows China's significant progresses in human rights protection. Civil law regards the value of humanistic care of respecting, caring for and protecting people as the primary principle, and thinks highly of personal dignity as its important purpose. There are several highlights.

First, when formulating the general rules of civil law, it is stipulated that the adjustment objects of civil law are property relations and personal

[21] Constitution of the People's Republic of China, art. 33(3), 11 March 2018 (hereafter cited as "Chinese Constitution").

[22] Chinese Constitution, Preamble, para. 12.

relations, and in this General Regulations of the Civil Code for the first time put the provisions of personal relations in front of the property relations. This adjustment reflects the characteristics and positions of humanism. And the right of personality become an independent section in the Civil Code. In particular, it states: "Natural persons enjoy the right to life and have the right to maintain their own life safety and dignity."[23] The very important concept of "life dignity" first appeared in Chinese laws. It contains three aspects, one is the dignity of birth, the second is the dignity of living, and another is dignity of death. The dignity of birth cannot be protected by oneself at birth but the dignity of life/living is protected by the laws. How to let a person die with dignity? There is no euthanasia written in the articles, but at least it includes the kind of negative euthanasia, that is, when life is in danger, people have the right to give up treatment, rather than take life-prolonging measures that damage dignity, dying with dignity.

Second, there are some new articles about medical and scientific research activities related to human genes and human embryos.[24] This article is a response to the very hot and controversial issue of gene-edited babies created by the team of professor He Jiankui in Southern University of Science and Technology happened in November 2018. The relation between the science and morality caused impact on human rights. This is not just the Chinese domestic difficulty she should face and solve, it is the whole world that need to handle.

Third, for the first time, the Civil Code explicitly provides remedy for sexual harassment and promotes the protection for women.[25] Before this regulation, there was no remedy in civil law for sexual harassment which did not reach the level of indecency or insult, that is, without involving criminal law. Moreover, the sexual harassment or sexual crimes to male have been ignored. But this time, "sexual harassment" is stipulated in the Civil Code, and its scope of protection includes male. It not only strengthens the protection of women, but also protects men.

Forth, the right to privacy is clearly defined in the tort law of 2009, but it only mentioned the protection of privacy abstractly, there is no regulations about what privacy includes. However, the Civil Code divides the right of privacy into two aspects. One is what is the right to privacy; the other is under what circumstances the right of privacy will be violated. Although there are only two provisions, the contents of right of privacy are very complete. Especially, it refers to "the peace of private life; and the

[23] Civil Code of the People's Republic of China, art. 1002, 28 May 2020.
[24] *Ibid.,* art. 1009.
[25] *Ibid.,* art. 1010.

private spaces, private activities, private information that unwilling to let others know",[26] these four aspects are all privacy and are protected by laws. At the same time, the Civil Code also responds to the new demands in the age of Internet, high-tech and big data, strengthening the protection of privacy and portraits, and comprises the rules of permission and use for personality's interests. In this way, the scope of protection for privacy is expanded, and institutional space is reserved for the development of personal information rights and credit rights.

Fifth, the Civil Code pay more attention to the groups of farmers and the rural residents in Chinese, it is about their property rights. In 2014 and 2018, China successively proposed policies, separating ownership, contracting rights and management rights, which helps to clarify land property rights and protect the rights and interests of farmers' collectives, contracted farmers and business entities better. The Civil Code defines the content of land management rights in the chapter of land contractual management rights, stipulates the establishment and registration of land management rights, officially recognizing the land management right has the nature of property rights. This further paved the way for the marketization of agricultural land. This special institution in China and this reformation achieve the equity between farmers and urban population. The Civil Code also adds the right of residence, clearly comes up with the green principle and the liability for ecological damage and punitive compensation and so on. These all are embodiments of human rights protection in the new era.

3.1.3. The improvements in Criminal Laws in recent years

Also, Since the comprehensive revision of the Criminal Law in 1997, it has adopted one decision, ten amendments and thirteen legal interpretations of the Criminal Law. The draft of the eleventh amendment is under deliberation on 28 June 2020, and the criminal procedure law was revised for the third time in 2018, fit into the pursuit of respecting and protecting human rights.

In the past, for example, the police may use violence or threat to get confession or to force the suspect to admit the crime that not committed by them in truth. Because they may want to raise the detection rate, or they get the pressure from the public opinion or the power holder and so on, they make the suspect become the crime of the case. So, there have several unjust and wrongful judgements. Under this situation, the 2012 version of criminal procedure law regulated that no one can be forced to admit his/her

[26] *Ibid.*, art. 1032.

own guilty, required police to make audio and video recordings of interrogations, established exclusionary rule of illegally obtained evidence.

It also established the special procedure and non-public trial for Juvenile delinquency, which can seal up the records of their crime under certain condition, giving the protection to them and their future development. And the procedure of compulsory medical treatment for psychiatric patient offers the protection to such kind of vulnerable groups in some degree, showing the progress in the human rights.

What also rates a mention is that the new Criminal Procedure Law in 2018 establishes a trial procedure for the absence of suspects in corruption and bribery cases who escaped abroad. This also strengthened the connection between the Criminal Procedure Law and the Supervision Law, showing the supervision for the power holders, which in essence guarantees the interests of people and stress that public officials should sever for people. It also stipulates a judging procedure of fast-track handling of minor criminal cases, builds leniency system of confession and punishment for defendants, and improves the institution of legal assistance to the person who cannot afford or have capacity for hiring a lawyer.

Those above play a very positive role in further advancing the trial-based litigation system in China, and especially safeguard the human rights of the suspects, defendant and criminal, maintain their personal rights and dignity while protecting the victim. At the same time, these promote judicial justice and guaranteeing the right to a fair trial. Recently, there is a news that Man called Zhang Yuhuan convicted of intentional homicide set free after 27 years wrongful incarceration in China. It shows the problems existed in the past judicial procedure, but it also proves the persistence of Chinese legal justice and human rights.

And from the draft of the Eleventh Criminal Law Amendment mainly that involves safety in production, food and drug, financial order, enterprise property rights, public health, and environmental pollution crimes, we can see the modifications and improvements are more about the modern human rights.

3.1.4. Other progresses in human rights

In other areas, in the aspect of the rights of women and children, China sticks to the nine-year free and compulsory education institution. Because the survival knowledge and skills acquired during the education process are necessary preparations for independent living and higher quality of life in the future. It is also for the social development and national cultural improvement. The labor law provides maternity leave and subsidies for female workers, also set the protective working standard for women, con-

sidering the body's special condition of the women. The organization of All-China Women's Federation safeguards the legitimate rights and interests of women and children, nurtures and educates children to grow healthily, reflects women's demands to the state organ, provides assistance to women and children whose rights have been violated. It functions well in reality. Just like the western countries' history of woman suffrage that presents a defensive and highly partisan portrait of their own National Woman Association.[27] So, these conform to 26 international human rights instruments China has signed, including International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

And, since the reform and opening in 1978, China has been implementing the strategy of precision poverty-reduction and poverty-eradication. We can say that the decisive achievements were made in poverty alleviation. From 1978 to 2018, "the number of rural poor fell from 770 million to 16.6 million … and the incidence of poverty in rural areas dropped from 97.5% to 1.7%. The gap between urban and rural incomes has narrowed. Basic old-age insurance, health insurance, and subsistence allowance standards were raised. This is a tremendous contribution to the equal development between rural and urban residence, thus laying the crucial foundation needed to reach the goal of building a moderately prosperous society in all respects"[28] and without the discrimination to the ethnic minorities. And for the integral development of economic, Chinese government has vigorously promoted supply-side structural reforms and proposed "Made in China 2025" which guides our continuously accelerating the transformation and upgrading of the modern industrial system to stimulate our economic development. The annual economic growth rate remains around 6-7% which lasts few years.

These accomplishments display that the Chinese constructions in rule of law constantly enhance the protection of human rights, the people's standard of living and quality of life have seen further improvement, their rights and interests have been strengthened.

[27] P. Buhle, M. J. Buhle, *The Concise History of Woman Suffrage: Selections from History of Woman Suffrage*, 2005. See also C. M. Moehling, M. A. Thomasson, "Votes for Women: An Economic Perspective on Women's Enfranchisement", *The Journal of Economic Perspectives* 2/2020, 3, 6.

[28] Chinese government, *Report on the Work of the Government* 2020, available at: *http://www.china.org.cn/chinese/2020-06/03/content_76114748.htm*.

3.2. The contribution to the international human rights

While promoting the development of its own human rights, China upholds the principles of equality and inclusiveness, cooperation, mutual benefits and common development, forging the international human rights undertakings.

"International human rights law is the iconic achievement of post-war legalizations."[29] And China is a member state of United Nations Human Rights Council (UNHRC). China positively fulfills its international obligations and conducts extensive international cooperation on human rights. Except China signed 26 international conventions about human rights, a number of experts recommended by China have served on multilateral human rights organizations or special commissions such as the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination, on the Rights of Persons with Disabilities and so on. China is also active in combating terrorism, separatism, extremism, and drug-related crimes. And China now ranks first among the permanent members of the UN Security Council in terms of the number of peacekeepers dispatched.

China also has supported other developing countries in Asia, Africa, and Latin America to build up their capacity for development in infrastructure, education, healthcare and agriculture, and provided them with development assistance and humanitarian relief like dispatching medical workers abroad. And, in particular, through the Belt and Road, China helped build a significant number of infrastructure projects in some countries, taking the railway construction as example.

In addition to extracting their own citizens quickly in evacuation action from foreign countries where riot or natural disasters happened, China helped other countries in evacuation cooperation. China also provided material assistance or technical aid covering funding, personnel support to fight diseases against A/H1N1 flu, Ebola, plague and so on. So, China offers its efforts for global governance of human rights.

In March 2023, China represented more than 70 countries at the 52nd session of the UN Human Rights Council to make a clear claim on the implementation of the declaration on the 75th anniversary of the World Human Rights. After that, China represented nearly 80 countries such as Brazil and South Africa spoke on the 30th anniversary of the "Vienna Declaration and Action Program", calling on strengthening international cooperation, reviving the spirit of the Declaration, and promoting high quality

[29] E. Egede, P. Sutch "The Protection of Human Rights and International Law: Justice and Injustice in the Age of Human Rights", *The Politics of International Law and International Justice*, 2013, 178.

development. On the stage of global human rights governance, China is playing an increasingly important role, making increasingly contributions, and getting more and more international recognition.

Not only the international assistance for foreign countries does China provide, but also China persists in protecting human rights of the foreign individuals. The preferential treatment and protection for foreigners in China such as especially for the foreign exchange students and foreign teachers in Chinese universities, the voluntary activities for supporting foreign education, etc., showing the China and Chinese are very friendly to and respect foreigners, and there is no racist discrimination, these really happened around me - the author, as a postgraduate student.

So, we can say "human rights portend the notion of a universal humanity that transcends human difference, or particularity. In other words, human rights foreground what we as human beings share, rather than what makes us different."[30]

4. PART 3: THE DEFICIENCY IN THE DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS IN CHINA

4.1. Problems and difficulties exist in Chinese human rights

Of course, except more political freedoms, broad freedom in economic area, and other achievements in terms of social rights China made, we should also be aware of the problems and difficulties we face.

4.1.1. Electoral rights

First, it is about the electoral rights. Because China's political system is a multi-party cooperation and political consultation system led by the Communist Party of China, it is different from the two-party system or multi-party system in other countries. Even though it has the election procedure, but the degree of people's participation is lower. For example, when we vote for the representatives of regional people's congress, we just know their brief experiences in paper, they never show up or give a speech, in fact we even never meet him/her before. Even there are "collective heritage" of posts in the public sector, thanks to the appointment of cadres by CPC for the political purpose. As the result, the tension between law and practice is whether there are independent candidates. But it cannot be explained that the election mechanism does not function well and effectively.

[30] B. Schippers, "Gender and human rights", *International Human Rights, Social Policy & Global: Critical Perspectives*, 2020, 155-156. See also J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 1989.

4.1.2. Freedom of speech

Second, the censorship of internet deserves to be raised. Online censorship is very strict in China, and the freedom of speech is limited. It usually considers the education guidance for minors, the social stability and values, national security. But foreigners may not understand the necessity of this measure on that degree. For example, American can talk about and even play jokes on Donald Trump, but you cannot casually give opinions on or make fun of the leadership in China because of the leadership's status and dignity on behalf of the country and the people. What is more important is that the cultural and national characteristics rooted in our people, we take the solemn and respectful image of leadership for granted, and indeed we incline to accept or trust a leadership who acts calmly and look serious. Also, this restriction is for everyone, the president cannot say inappropriate words at least in the public which may cause citizens' tempers flared in China, it is hardly imaginable. Contrast by the America, President Donald Trump has many "crazy" opinions, especially during the Covid-19, but Americans seem very calm and stable. This is just a small example.

For another case, Liu Xiaobo who died for diseases in 2017, among others, for drafting and singing Charter 08 in 2009, criticizing and belittling exaggeratedly CPC, PRC and Chinese, was sentenced for 11 years for inciting subversion. But the Norwegian Nobel Peace Prize Committee in 2010 awarded the Nobel Peace Prize to Liu Xiaobo, who is serving a sentence in Chinese prison. I don't think we can evaluate Chinese human rights just based on these kinds of cases, because it has its particular and complex circumstances. For Liu Xiaobo's situation, the countries like Norway and China have different standpoints, how can we say the opinions of the countries like Norway must be right and China violated the human rights at that time?

I want to make an extension. Like in the covid-19 pandemic, Fang Fang's Diary was published abroad, based on which some countries claim their loss against China and blame Chinese human rights issue. They should believe the only one person – Fang Fang can represent the whole and real China, and her words can cover the whole truth that happened during epidemic in China. But any rational person should realize it is not reasonable and this kind of attitude is ridiculous. And only if they confront with the same situation can they understand why we do these. So, if they want to evaluate the human rights in China, they need start from the good intention and objective perspective to recognize more about the real China instead of guessing or following others without deep investigation and base. Back to the subject, actually, the court almost do not convict of the crime for inciting subversion at present.

For the freedom to parading and demonstration, it may not be the same as that of the west. Even it is in the article, but in my view, it is hard to make it in practice. It is possible that we Chinese people do not like the parading and demonstration in cultivation, because they are incline to keeping peace and harmony, disliking "making disturbances". And they mind others' negative opinions and gossiping to them. Also, how to prevent the possible normal parading and demonstration turning into the unrest is a challenge to the apartment of government, and which is also up to the awareness and quality of the people. It is obvious that the consciousness of the human rights is still weak among the majority people in China, which contrasts to the western people - the developed countries' citizens who possess the concept and notion of their own human rights for a long period. In this aspect, the cultural level is up to the economic development.

But we need also thinking that, even though, we have the voting rights, the freedom of speech and so on, there remain constraints for political freedoms which mainly arouse controversy. But, is liberty the solution of all problems?[31]

4.1.3. Death penalty

Third, the death penalty is always a hot issue. The death penalty still exists and may be used. In the early years, there were many cases of unjust and wrong judgements. So, now the death penalty should be used with caution, and there is the special review procedure of death penalty in China. And whether abolishing the death penalty keeps controversial.

4.1.4. Other problems

Another important crime is the rape crime. In this crime, if the young girl whose age under fourteen years old agrees to have sex with man, whether the man will be committed to the crime is uncertain. Also, if a boy or a man was raped by man or woman, whether this will constitute the rape crime is the problem unsolved. Others like the homosexual marriage is not protected by the Chinese law, which shows some difficulties in the gender issue. And Hepatitis B discrimination and gender discrimination are still in people looking for jobs. And so on.

But every country has problems in human rights more or less. It will take a long time to develop human rights. And we must accept some special circumstances in China, and human rights are protected under such an

[31] See Global Citizenship Commission, "Implementation of Human Rights*", The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in a Changing World*, 2016, 81, 87.

institution. The legal system may have not contained whole of modern human rights yet, and other countries may not either. As we said the law is the lowest morality, the modern human rights thoughts on a higher level is not yet acceptable/available to everyone. No other small countries can require everyone to have this sense of human rights, let alone China who has so large population. Every person has its own values and moral standards which are influenced by his cultural backgrounds, living environment, experiences and education, you cannot change it immediately. Also, you cannot say that a person's agreements are different from yours, then you negate them, you determine that's wrong. Otherwise, it is you that lose equal respect for human rights which contains the diversity of human life.[32]

4.2. International experiences in human rights that we can learn

What needs to be admitted is that we cannot assume that everything that suitable for one culture is suitable for or should be added to all other cultures. In international law, the recognition that the harmfulness of one culture forcing its own practices and values on another culture, has produced the principle of self-determination. This shows that a kind of culture should autonomously determine its own new values and goals according to how its own social, political and moral environment should be built, including accepting and adapting to some values from other areas if it thinks they are appropriate.

But it must also be explained that, first, the principle of self-determination itself does not prohibit the entry of foreign ideas, unless you decide to prohibit it yourself. A distinction needs to be put forward here, namely "commands and opinions". An order is a statement of the authority or power holder and must be obeyed. And the relationship and status between the order and the receiver is unequal. The point of view is that the recipient evaluates independently and decides to accept (or reject) it according to his own needs - more likely to have a deep understanding of his environment. Therefore, the second is that the principle of self-determination tells us not to impose orders on foreign cultures. Therefore, the theory of rights stresses "the point of view". So, neither should we misunderstand China's political culture, nor impose western political values on Chinese culture. In other words, China can adjust the applicability

[32] See A. Sussman, "Why Human Rights Are Called Human Rights", *Ethics and International Affairs*, 2/2014, also available at: *https://www.ethicsandinternationalaffairs.org/2014/why-human-rights-are-called-human-rights/.*

of modern human rights theory, and can take into the proper international experiences account for the development of human rights.

It should be noted that some people argue that it is impossible to compare different cultures, and there are no legal rights in Chinese history, and they cannot understand the human rights. This is wrong, because Confucian culture has also transmitted overseas and Marxism has spread throughout China. Some values and concerns are definitely not unique to the West.

4.2.1. The establishment of human rights courts

There are regional systems of protection of human rights based on the Universal Declaration of Human Rights. European Court of Human Rights is an originality. The Court supervises compliance with the European Convention on Human Rights (ECHR) and thus functions as the highest European court in the field of Human rights. It is to this court that Europeans can bring cases if they believe that a member state has violated their fundamental rights and freedoms. It is the only international court in front of which an individual can bring a State to justice because it violates human rights.[33] Examine alleged violations of the Convention by Member States. If the Court finds a state guilty of violation of one of the rights guaranteed by the ECHR, it shall afford just satisfaction[34]- financial compensation covering the material and the moral damage to the injured party. And, the Committee of Ministers is in charge of the supervision of execution of judgement and decisions of the court, the control of the Committee of Ministers is related to individual measures and general measures taken by states to enforce judgments. Once the Committee of Ministers considers that the judgement of ECHR has been fully executed, it publicly adopts a "Final Resolution", setting out in detail the measures taken. Supervision is then closed by a final resolution.

In the America, regional human rights arrangements exist within the intergovernmental organization called the Organization of American States. The legally binding American Convention on Human Rights establishes a mechanism which includes the Inter American Commission and the Inter-American Court. And only states parties can submit a case to the court, any person, groups and nongovernmental entity may lodge petition with the commission.[35]

[33] See R. E. Howard-Hassmann, "Human Security: Undermining Human Rights?" *Human Rights Quarterly* 1/2012, 88, 97.

[34] European Convention on Human Rights, art. 41.

[35] American Convention on Human Rights, art. 41 & 66, 1969.

The African regional human rights system has been established within the intergovernmental organization called the African Union. The main regional human rights instrument in Africa is the 1981 African Charter on Human and People's Rights.[36] The main mechanisms are the African Commission on Human Rights and People and the African Court on Human and Peoples. And the Charter emphasis both on individuals' rights and the groups rights, and regulates not only rights but also duties of individuals.

However, in Asia, the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) established an intergovernmental Commission on Human Rights in 2009. In November 2012, ASEAN adopted the ASEAN Human Rights Declaration, but, as of 2020, still has no human rights convention or Court. Also, taking a look at China, it does not have the special human rights court to dispose of the human rights issue, and has not been joined any regional convention which has judicial mechanism of human rights. Even though there are human rights procedures on the UN level, like the individual complaints to the Human Rights Committee - only if States agree and ratify it. But China did not opt this system. Actually, Chinese still lack the awareness of bringing the human rights cases to the court, even they may not well realize whether an issue can be divided into the category of human rights I think. And the international human rights lawyers, Chinese lawyers is inadequate.

At the same time, the establishment of regional human rights court will also meet some difficulties. Because it needs to "ensure that the cherished values of their legal, political and moral order are respected, and to preserve the rich variety of their national cultures. Sharing as they do the same attitudes to life, based on a determination to build a society which measures up to the needs of the individual, they are determined to defend the principles of representative democracy, of the rule of law, of social justice – which is the ultimate goal of economic progress and of respect for human rights".[37] These is the identity of European integration. But who will understand and cooperation sincerely with China under such international environment?

[36] See D. S. Law, M. Versteeg, "The Declining Influence of the United States Constitution", *New York University Law Review* 3/2012, 762, 845.

[37] L. Buonanno, N. Nugent, *Policies and Policy Processes of the European Union*, London 2013, 246. See also M. C. Gerard, M. Nadia, "The European Union and human rights", *International Human Rights, Social Policy & Global: Critical Perspectives*, 2020, 53, 55.

4.2.2. The special legislation of human rights

Domestic effect of international human rights law depends on the approach taken by a state. In China, individual cannot directly invoke international human rights provisions before domestic courts unless the state has implemented them into domestic law. Neither does China has human rights court, nor the special legislation of human rights. But we can design proper and lawful restriction to the rights at least.

The article 18(3), 19(3) and 21 of ICCPR and article 10(2) of the European Convention on Human Rights, provide the principle of necessity and proportion to test the restriction of human rights. China can refer to it when draft regulations or take other actions. First, the state must not adopt or implement a measure that interferes with human rights in the absence of an existing publicly available legislative act, which meets a standard of clarity and precision that is sufficient to ensure that individuals have advance notice of and can foresee its application. Second, does the restriction pursue an objective corresponded to a predominantly important legal interest, mainly containing national security, public safety or order, public health or morals or the rights and freedoms of others? Third, is the restriction necessary and proportionate to achieve that objective? Or are there other less intrusive instruments available to achieve this purpose?

As for the last point, it means if there has another way that achieves the objective, it would affect the rights of the individual less, then our specific measures in the case would be not necessary, because something less to choose of is possible. And is it proportionate to the interest to be protected, comparing the degree of how much your right is affected and the importance of the objective that is pursued? For example, very severe restriction for this sort of purpose, and that not very important objective that is pursued and restriction can also only be very limited. If advantages due to limiting the right are not outweighed by the disadvantages to exercise the right, there is no need for restriction. It is obvious that you cannot launch a missile to bomb someone just because he or she humiliate you saying you are awkward. So, strike a balance between the means used and the intended aim.

But there may be some complicated is what are the interests that have pursued by the state? On what extent are these interests at risk? What is the importance of these interests that the state pursues on one hand? On the other hand, what is the importance of right for the individual in the specific case? To what degree, are the human rights affected by measures, only a little bit or very much? These are worth for all countries thinking about.

All above, the international human rights are standards appropriate to the institutions of modern or modernizing societies.[38] Diversity in developing human rights should be respected. They can only be effectively ensured by combining universal principles with the prevailing realities of different countries. Every country has room for improvement in protecting human rights. There is no universally applicable model, and human rights can only advance in the context of national conditions and people's needs.[39]

5. PART 4: THE RESPONSE TO THE SKEPTICAL VOICES FOR CHINESE HUMAN RIGHTS

5.1. If Chinese political system leads society to tyranny lack of human rights?

Before discussing this question, we need review Chinese history again. China was ever dominated by feudal autocracy for more than two thousand years, and her modernization was later than most western countries. However, the development needs time and processes. We can see current China is on the way of opening-up, chasing liberty, respecting diversity, and appeal to equality and rights. Her direction and intention are for progress and advancement, not only in material but also in sprit. It is because we people had gone through the historical ruling and control of the state without the actual and private freedom and dignity, that we treasure and defend our deserved rights. The modern China has been established just for 75 years, compared to the long history the modernization time is too short, which indicates that the influence of history is deep and lasting, and the transformation is dramatic, significant and worthwhile. Especially, we enact 1954 Chinese Constitution, which gave or return our rights as citizens and individual human in society and life, while having other laws, regulations and policies with constitution as foundation. The reformation and progress will not stop, they cannot or should not stop either. With changes of times, Chinese domestic legislations amended and improved, and the measures or actions Chinese government taken, are adapting to the social developments and coordinating with people's wills. So, this assumption is reckless and prejudicial.

First, in the present China, we make progress on the political freedom and rights, and we people's awareness of equality and personal rights such as dignity has risen. We are striving for building an inclusive and harmo-

[38] C. R. Beitz, *What Human Rights Mean*, DAEDALUS, 2003, 36.

[39] The State Council Information Office of the People's Republic of China, Seeking Happiness for People: 70 Years of Progress on Human Rights in China, September 2019, available at: *http://www.chinahumanrights.org/html/special/20190925/.*

nious society, and committed to set up a good image in the international community. It is unwise and unreasonable for China to become tyranny which will not only hurt our people and country but also destroy national reputation and collapse the trusts from international community.

Second, lots of evidences from history proved that tyranny would cause huge and wide damages. From the example of Emperor Qin whose cruel domination is one of the reasons why Qin dynasty fell, to the example of Cultural Revolution, a political upheaval in China 1966 - 1976, they gave us enough painful lessons so that we resolutely resist tyranny and any signs of turning to tyranny. We people completely understand what a disaster it is if regime will be converted into tyranny. The society will become rigid and stiff, full of commands, without flexibility and vitality. People will be jittery and controlled living and working, scared of possible inconclusive persecution someday. And as a result, we people may lose freedom of speech, which hampers our cultural development; bounding by the planned and presumptuous system leads to less flexible and creative; people - the elements of one integral society will struggle to life without passion, generating the considerable economic dislocation and stagnation, even worse the social strike and revolt. These civil strife and internal disorder are unexpected by our people and state. It is also ridiculous and fatuous for us China and the enlightened leadership to repeat the same mistakes at the modern times. And, yes, we should also realize that "the demise of old rights-abusive regimes will not necessarily lead to the creation of new rights-protective policies and regimes".[40] But this just indicates we should be wary of excessive optimism.

Third, the more and more people in China are rational, independent and open-minded. They ask for their rights and even in the origin of the nature. They will be the pillars of the country in the future. So even if the decadent thoughts such as tyranny (for example, people who want to govern everything think themselves are entitled to govern, ruling everything and everyone, they are ambitious and self-serving) still exist or survive in the society, they will be renewed. It is disrespectful to doubt China is on the way to tyranny according to the modification based on the people's will, because it could fundamentally deny the movements of many people. Moreover, according to the experiences of the author - me, the writer, through joining in the professional meeting and other professors' narrations, in fact, jurists including the legislators are very independent and serious, because the drafts of a code or a basic law is designed by them very carefully with discussions repeatedly.

[40] J. Donnelly, "Human Rights in the New World Order", *World Policy Journal* 2/1992, 249-277.

Forth, our country and our people's dignity make us having confidence in ourselves. The confidence is not self-righteous, not having certainty over everything, not representing totally correct or morally superior. It is based on our determined pursuit of fairness, justice and the rule of law, and also on our humbleness. There even has voice that due to the withdrawal of president' s term limits in 2018, China under the leadership of President Xi will reverse to Mao era, and China under the leadership of CPC is controlled by CPC. And as referred before, because some measures Chinese government took to manage the domestic affairs seemed not corresponded with human rights, like the shut-down of Wuhan city and Hubei province due to the Covid-19, some countries blamed Chinese government violating human rights.

But we can see, respecting and protecting human rights is the ruling theory of the Communist Party of China. The CPC has put forward a series of human rights propositions in accordance with the reality, keeping pace with the times and constantly giving China new connotations of human rights development. In 1997, the fifteenth National Congress of the Communist Party of China made it clear that "CPC leads and supports people to manage the state, implement democratic elections, democratic decision-making, democratic management and democratic supervision, and ensure that the people enjoy broad rights and freedom, respect and protect human rights". In 2002, "respect and protect human rights" was once again included in the report of the sixteenth CPC National Congress as an important goal of socialist political civilization construction. In 2007, the report of the Seventeenth CPC National Congress, while summarizing the "healthy development of human rights undertakings" over the past five years, further pointed out that it is necessary to "respect and guarantee human rights, and guarantee the rights of all members of society to participate equally and develop equally in accordance with the law." In the same year, "respect and protection of human rights" was first written in the "Articles of the Communist Party of China". In 2012, the Eighteenth CPC National Congress regarded "human rights are effectively respected and guaranteed" as an important goal for building a well-off society in an all-round way. In 2014, the Fourth Plenary Session of the Eighteenth Central Committee of the Communist Party of China adopted the "Decision of the Central Committee of the Communist Party of China on Several Major Issues in Promoting the Rule of Law in an All-round Way", strengthening judicial protection of human rights and social awareness to respect and protect human rights. In 2017, the nineteenth CPC National Congress clearly stated that "strengthening the protection of human rights and the rule of law, and ensuring that people enjoy broad rights and freedoms according to law". And these goals truly come into practice.

At the same time, until 2021, China has formulated and implemented four phases national human rights action plan. China is the only country in the world to continue to formulate and implement four phases national human rights action plan. It marks that China is planning and steadily promoting the development of China's human rights.[41] The targets of the Action Plan are as follows: First, protecting the people's economic, social and cultural rights (Right to Basic Standard of Living, Right to Work, Right to Social Security, Right to Property, Right to Health, Right to Education, Cultural Rights) to meet their expectation for a better life, Second, safeguarding the civil and political rights (Right to Life, Personal Rights, Individuals' Information Rights and Interests, Freedom of Religious Belief, Rights to Vote and to Stand for Election, Rights to Be Informed and to Participate, Rights to Be Heard and to Exercise Public Scrutiny, Right to a Fair Trial) and promoting effective participation in social affairs, thus laying a sound democratic and legal foundation for well-rounded development of the people. Third, cherishing clear waters and green mountains as invaluable assets (Environmental Rights: Pollution Prevention and Control, Eco-Environmental Information Disclosure, Public Participation in Environmental Decision-Making, Public Interest Environmental Litigation and Eco-Environmental Damage Compensation, Territorial Eco-Environmental Restoration and Protection, Response to Climate Change). China will continue to respect, work with, and protect mother nature, and promote the harmonious coexistence of humanity and nature. It will promote eco-environmental progress and work to build a beautiful China, in order to create a sustainable environment for human beings and later generations. Forth, reinforcing the equal protection of the rights and interests of particular groups (Rights of Ethnic Minority Groups, Women's Rights, Children's Rights, Rights of the Elderly, Rights of Persons with Disabilities) and providing them with extra assistance. Fifth, conducting extensive research, education, and training, and building awareness in this field, to create a social atmosphere of respecting and protecting human rights. And last is participating in global human rights governance.

So, we people, our legislators and our leadership elected by us know the significance of decisions/legislation/decision-making, so, we are very cautious and measuring a lot. It is not easy to give our own precious trust and belief to any final decisions made by ourselves or others - I mean when we vote, when the legislators draft, when leadership makes decisions - because we feel responsible and care about the benefits, however the

[41] The State Council Information Office of the People's Republic of China (**中**华人民共和国国务院新闻办公室), Human Rights Action Plan of China (2021-2025) (**国家人**权行动计划(2021-2025)), People's Publishing House, September 2021, 3.

outcomes are unknown. But eventually we make a step which contains our courage, intelligences, value, hopes and so on. How can we not believe ourselves and casually abandon the decisions that make us exhausted in mentally and physically? How can we lessen the value we want to convey and achieve included in the decisions? We should have confidence in the decision of us people, our government under the leadership we elect and our country, believing it has good intention. It is terrible for ourselves to doubt the original intention. But, of course, we need supervision and constructive criticism to guarantee this institution.

Fifth, we indeed recognize that in China the rights of people are limited. But this is not because government wants more power to rule people. There has a tendency that China is releasing the power, and gives or returns more rights to people. Considering the late time of spreading thoughts of liberalism, people's sovereignty and natural human rights, the effects of history, the low education level and quality of people, the poverty and the level of economic development of country and so on, the thinking of people and the stability of society are vulnerable and fragile, so, PRC could not offer a totally opening-up environment in which people have relatively thorough freedom. Taking the freedom of speech as example again, it is restrained. But the internet censorship is just a reflection that we China need to block fake news from evil intentions of shaking our regime, and protect the cultural of the motherland and the growth of intellects. So maybe the suspicious view comes from the facts that government set many limitations for people but without understanding China situations. They just see the "concentrated power" in the limitations, instead of the process that our government protects more rights and practically achieve more people's rights. So, it is obvious that they are afraid that China will go to the wrong and extreme way. And for the leadership of one-party, you cannot say the two or multi-parties is better, or our election mechanism is worse. Every country has its own ideology and political institution. And the weakness of our election system is a possibility like one side of a coin, and it also exists in other countries. The solution is to improve it.

5.2. Respond to the imaginary worries about Chinese human rights

Furthermore, we need think about if this skepticism is on account of their subconsciousness anxiety. The article definitely has no intention of offending, but actually China Threat Theory is very popular, because China is getting stronger among the international community just through the past seventy-one years, raising the worries and attentions from other countries. Or maybe it is just an excessive assumption or concerns due to the development China achieved under the leadership of CPC represented by

president Xi who are decisive, competent and prestigious, leading the country forge ahead and receiving people's respect and support.

From other view, African American citizen George Freud was violently killed by American police. Many governments, officials, the media and the public voiced intensively condemning racial discrimination in the United States and blatant violations of human rights by law enforcement officials. So, if some skeptical voices hold back against certain aspects of China and believes that China is a country without human rights, then can it be considered that the United States is also a country without human rights? Actually, there is a concept of "implicit discrimination that sometimes discrimination may be unintentional and outside of the discriminator's awareness".[42] So, maybe we need think about whether the western countries or foreigners themselves have the discrimination. In the early days of Covid-19, some people considered that China had no human rights because of the measures of shutting-down. Can it be regarded as arrogance or prejudice due to the narrow and incomplete understanding? Just like the proportional and appropriate principles, if certain rights can be derogated for public benefit, then Wuhan and Hubei were closed for few months, but in exchange for the safety of all parts of China, which also proves it protected the citizen in Wuhan and Hubei finally. This is not the result-oriented regardless of the procedure. In this action, China obey the rule that people are goals not the tools. Chinese government considered many relevant factors to determine and take actions quakily and effectively. At the same time, the medical system also reflects our qualified public services and structural equalities that access to services.

And in other perspective, if the human rights has no border, why some European, American, Asian, Australia countries immediately banned the entry of people who have passport issued by Hubei, China where the Covid-19 break out firstly, rather than offer help? Also, some countries now still have more strict standards of entry review for the Hubei, China passport, while China has controlled the virus and Chinese epidemic situation are better than most of countries. So, these may be the real discrimination in essence for human rights.

So, many people say that certain measures are incompatible with human rights, saying that the people there is no freedom, but it is only a kind of obedience and understanding of their media's opinion and the one-sided news they have heard. Have you really understood the laws of China, and there are many provisions in the law that respond to and develop interna-

[42] M. Bertrand, *et al.*, "Implicit Discrimination", *American Economic Review* 2/2005, 94-98. See also M. L. Small, D. Pager, "Sociological Perspectives on Racial Discrimination", *The Journal of Economic Perspectives* 2/2020, 49, 52.

tional human rights law? Do you know the legal basis of these measures and the necessity of the measures? Law cannot regulate everything and anything cannot be written in the law totally. The significance of a systematic law, or rule of law, is that when faced with extraordinary circumstances, the goals it contains and points to are social public interest, fairness, justice, democracy, etc., guiding decision-making. Moreover, the rule of law is to limit the abuse of power and prevent damage to rights holders, and is not in conflict with its political role, maintaining national social stability and security, social and economic development, and people's happiness.

However, the protection of human rights should not rise to a political contest, but should really start from the perspective of natural law, and may reflect a little political color of a country's ideology. I think this is a manifestation of the current immaturity of human rights development, which cannot be used as an excuse. Advocating human rights is not just discussing the protection of human rights with the level of a system or technology, but to understand, accommodate and absorb the true meaning of human rights culturally and naturally. In addition, modern human rights theory was proposed in the West, but its essence is the equality, dignity, fairness, etc. which common to all human. Also, the development of human rights awareness and theory must be diverse and broad, and the development of everything is unlimited. Just as a person's growth process is from a child who knows nothing to a normal adult who has his own independent consciousness and can understand the world, some people are born sooner or later, and they have different levels of maturity, but some cognitions are common. Everyone will become mature one day, and can communicate, but the direction of development, the capability of understanding, and thinking are different. But it cannot be said that such a difference is just wrong or should be opposed. From the recognition of human rights to the development, the West began earlier and China is a bit later, one day they all know to uphold human rights, but everyone's life is different, and their understanding and regulations on human rights may also be different.

Just like Roman law is the origin of the law, but it is impossible for all countries in the world to adopt Roman law in the future and it remains the same. The adherence to human rights is unchanged, but the theoretical development of human rights may be different. It may be that China later continued to develop modern human rights theory and raised it to a new height, like President Xi Jinping proposing to build a community of human destiny.

So, to respond confidently to skeptical, you can see that everyone pays more attention and action to human rights. China's future human rights development is worthy of expectation and trust.

6. PART 5: THE FUTURE PATH FOR HUMAN RIGHTS IN CHINA

As has been illustrated above, the present modern China, however, is not just developing modern economic in the surface, the minds and awareness of people are also liberal and advanced. And there remain the problems that parts of people's rights are still on paper, and restrained by government in fact. But China tends to fulfill these rights of people and on this way.

6.1. The unusual challenges China confronts at present

Now China is facing slow economic growth, and the problems of corruption have not been rooted out yet. There are lots of worries about food safety, which was aroused by one of the cases of Sanlu milk powder. And medicine safety is also severe, such as the exposure of Changchun Changsheng Vaccine fraud. And China still has a lower social security standard, which bring about the concerns whether China will accomplish the "out of poverty" entirely in 2020. And even though the average income has increased a lot rapidly, but we need calm down to realize the huge gap between the rich and poor. One person earns ten billion RMB, another one just has one thousand RMB or the other one ten persons just has one hundred RMB, how can we regard their average living level as the abundance? And the most capital grasped by the very few people.

The more serious problem is pressure from the International Community. First, China needs legitimacy when dealing with foreign countries because of the request of the universal value. Therefore, Chinese government shall abstain from acts that harm its image. This means China needs to obey the international rules in the trade. However, when China's legal or fundamental interests are hurt by other members of the international community, the interest conflicts between China and other countries coming out, especially US under Donald Trump, how we defend our interests? New trade barriers also have emerged these years. And the issues of South China Sea and Diaoyu Islands happened just few years ago. So, it is a very complex and hard situation for us.

Second, the international competition is fierce and tough after China's accession to the World Trade Organization. With the sweeping of economic globalization, the scientific and technological revolution is changing with each passing day, and industrial reform is rapidly gaining momentum. The ties between international trade and financial are strengthened, and

multinational corporations are gradually expanding. The international division of labor is deepening. The position in the global industrial value chain became the foundation of competition. But the degree of innovation and the average cost of labor of China is very low.

And at present, the Covid-19 exacerbates the tension between countries in the world, also makes everyone attach great importance to the human rights, even the global stability. However, under such a hard and worldwide circumstance, President Donald Trump of USA has formally notified it of its withdrawing the US from the World Health Organization, although he has announced several withdrawals of the international organization. And few days later, the US closed Chinese consulate, and also banned the Chinese short video app TikTok owned by ByteDance, which are very popular in American during the Covid-19. These series of actions may cause some feelings of insecurity and unsteadiness. Also, just like I said before, only few countries blame US for the unilateralism and their double standard. The relationship between the US and PRC, the two super big countries, may guide the global political environment which directly affects the social function and development. Also, the issue of human rights should not be a twisted political tool for competing.

6.2. Main factors we taken into account to evaluate future institutional changes

6.2.1. Citizens' will

A proper institution should conform to the people's willings and benefit them. But what the citizens really want or their future and potenticial thoughts or requests is uncertain. From citizens' perspective, they will measure what they can gain from the government or institution and what costs or sacrafices their interests less. Their will is based on government's behaviors or policies. If the insitution and goveronment care about the public welfare or are able to limit on the exercise of public powers, balancing the relationship between rights or power, maybe our people are willing to submit a certain individual freedom and rights to the lawful restriction. But if the citizen has the real enjoyment of rights, wants more new rights, maybe there are cost of retaliation. And for government, they could set new limits on the powers in exchange of peace with the citizens.

6.2.2. Economic environment

And, if the economic growth, more citizens become members of the middle class that demands protection of rights and stability, reducing the risk of revolution. Better off people are better informed and thus have stronger sense of rights. But the economic prosperity may account for

more money for oppression, capital and power reenforce each other, which interfering the human rights of equality and transparency. On the contray, when meeting the economic stagnation, maybe people more focus on the hard material life rather than the rights, but the government may to the maximum extent preserve the fundamental rights.

6.2.3. Personality of the Leader

Leaders of a state play an important role in countries' developing, which shall either be overestimated or underestimated. But it is true the experirenced leadership seems likely to affect the magnitudu of institutional changes. So we are focused on what President Xi thinks. Although according to the current situation, it shows good intention and direction for China development, the future depends on many unknown factors. It is unclear to what degree they will intervene the institution including the legislation, and whether it is beneficial to the people and country. But for the human rights, there are the idea of a Community of Shared Future for Mankind, it is a good advocation.

6.2.4. Pressure from the International Community

As has been demonstrated above, the international environment has impact on our legislation, not only the international rules but also the interests comflicts and the competition. In the future, based on the attitudes that European Union, Russia, United Kingdom, Australia, US and Asian countries will have towards China and their policies targeted at China or Chinese, China will respond to them specifically to protect Chinese human rights at least. Also, "the spread of technology, the development of regional and global international organizations, the increasing mobility of capital and finance and the growing complexity of economic, social and political life are said to promote the conditions favourable for an international society, a society more concerned with cooperation and less with conflict, hegemony and the imperative to prevail. However, greater global interdependence also brings its own problems, most notably global environmental degradation, international terrorism, international crime and, as we shall see in the following chapters, new threats to human rights."[43] Consequently, it is a challenge to China to promote the international society sharing common values, aspirations and a vison of good life among the sovereign states.

[43] T. Evans, "International Human Rights Law and Global Politics", *The Politics of Human Rights: A Global Perspective*, 2005, 55, 59.

So, there is no consensus on the future institution of human rights in China. The outcome is decided by the ongoing competition of various schools of thoughts as well as many relevant dynamical factors. But we need be vigilant at any time in watching for the potential institutional dangers, taking supervision, keeping independent minds and asking for rights resolutely, which signifies that living in the moment and taking every steady step. The National Human Rights Action Plan of China (2016-2020) is a reflection of human rights development in Chinese strategies, and China actually is making efforts on legislation, judicial procedure, law enforcement, administrative management, etc.

7. CONCLUSION

In short, China strives for the human rights issues at present, not only in paper and theory, but also based on the realistic demands considering the domestic development and international tendency. Its human rights theory concentrates on the welfare of the community which add the obligations to the people and states, differ from the western individualism and rights-oriented. Its continuously revised legislations are more beneficial to private interests and security. And the problems we have not settled yet do not mean China ignore the human rights, because this is not Chinese intention and not incompatible with the direction of the times, also it would harm the people's and national interests eventually. And every country has its difficulties. But we try to promote the institution towards improving human rights. We can just conclude that the actions for protecting human rights in current China is suitable for the stage of our development now, having Chinese characteristics even though it is not thorough. For the international society, we cannot use the human rights as the political tools to heighten the tension of the relationship between countries, or use double standards to evaluate human rights issues in different countries. We need to be equal and honest to face the problems, creating and preserving the healthy surroundings for the development of human rights.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Gewirth, A., *The Community of Rights*, University of Chicago Press, Chicago 1997;
2. Gewirth, A., "The Epistemology of Human Rights", *Social Philosophy and Policy* 2/2009;
3. Sussman, Alan, "Why Human Rights Are Called Human Rights", *Ethics and International Affairs* 2/2014, also available at: *https://www.ethicsandinternationalaffairs.org/2014/why-human-rights-*

are-called-human-rights/;

4. Schippers, Birgit, "Gender and human rights", *International Human Rights, Social Policy and Global development: Critical Perspectives* (eds. G. McCann, Ó. H. Féilim) Bristol University Press, Bristol 2020;
5. Moehling, M. Carolyn, Thomasson, A. Melissa, "Votes for Women: An Economic Perspective on Women's Enfranchisement", *The Journal of Economic Perspectives* 2/2020;
6. Beitz, R. Charles, "Human Rights and the Law of Peoples", *The Ethics of Assistance: Morality and the Distant Needy*, (ed. D. K. Chatterjee) Cambridge University Press, Cambridge 2004;
7. Beitz, R. Charles, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2009;
8. Beitz, R. Charles, "What Human Rights Mean", *Daedalus* 1/2003, also available at: *https://www.jstor.org/stable/20027821*;
9. Reidy, D. A. *Review of James Griffin's 'On Human Rights', Oxford UP, 2008*, 2009, available at: *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1374530*;
10. Shelton, L. Dinah, "An Introduction to the History of International Human Rights Law", *GWU Law School Public Law Research Paper* 346/2007, available at: *https://ssrn.com/abstract=1010489*;
11. Leczykiewicz, D. "Effective Judicial Protection" of Human Rights after Lisbon: Should National Courts be Empowered to Review EU Secondary Law?" *European Law Review* 35/2010, *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 52, also available at: *https://ssrn.com/abstract=1630906*;
12. Law, S. David, Versteeg, Mila, "The Declining Influence of the United States Constitution", *New York University Law Review* 3/2012;
13. Egede, Edwin, Sutch, Peter, "The Protection of Human Rights and International Law: Justice and Injustice in the Age of Human Rights", *The Politics of International Law and International Justice*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013;
14. Patrick, E., Toby, H. *Humanitarian Intervention and the Modern State System, in Oxford Handbook of Ethics and War,* 2014, *available at: https://ssrn.com/abstract=2595444*;
15. Tesón, R. Fernando, "The Liberal Case for Humanitarian Intervention", *FSU College of Law, Public Law Research Paper* 39/2001, also available at: *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.291661*;
16. Global citizen Commission, "Implementation of Human Rights", *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in a Changing World*, (ed. G. Brown) Open Book Publishers, 2016, also available at: *https://www.jstor.org/stable/j.ctt1bpmb7v;*
17. CHEN, G. Y. (陈顾远), Zhongguo Zhengzhishi shang de Minben Sixiang (中国政制史上的民本思想) [The People-based Thought in the History of Chinese Political System], in Zhongguo Wenhua Yu Zhongguo Faxi-Chen Guyuan Falǜ Shi Lunji (中国文化与中国法系-陈顾远法律史论集) [Chinese Culture and Chinese legal system-Chen

Guyuan's Collection of Legal History], 2006;

18. Smith, Huston, *The Religions of Man*, Perennial Library, New York 1986;
19. Bantekas, I., Oette, L. *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2020;
20. Donnelly, Jack, Whelan, Daniel, *International Human Rights*, Taylor and Francis, London 2020;
21. Donnelly, Jack, "Human Rights in the New World Order", *World Policy Journal* 2/1992;
22. Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca-London 1989;
23. Griffin, J., *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2008;
24. Legge, James, *Confucian Analects, The Chinese Classics (Prolegomena*), Oxford 2002;
25. Raz, Joseph, "Human Rights in the Emerging World Order", *Oxford Legal Studies Research Paper* 47/2009;
26. Raz, Joseph, "Human Rights Without Foundations", *Oxford Legal Studies Research Paper* 14/2007, also available at: *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874;*
27. Li, J. R. (李君如), Chang, J. (常健), BLUE BOOK OF CHINA'S HUMAN RIGHTS: ANNUAL REPORT ON CHINA'S HUMAN RIGHTS 13/2023 (人权蓝皮书：中国人权事业发展报告2023), Social Sciences Academic Press, 2023;
28. Tasioulas, John, "The Moral Reality of Human Rights", *Freedom from Poverty as a Human Right: Who owes what to the very poor?*, Oxford University Press, Oxford 2007;
29. Van der Walt, Johan, "Blixen's Difference: Horizontal Application of Fundamental Rights and the Resistance to Neocolonialism", *Law, Social Justice and Global Development Journal (LGD)* 1/2003, also available at: *https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2003_1/walt;*
30. Hunt, A. L., *Inventing human rights: a history*, W.W. Norton & Company, New York 2007;
31. Buonanno, Laurie, Nugent, Neill, *Policies and Policy Processes of the European Union*, Palgrave Macmillan, London 2013;
32. Jenco, Leigh, "Revisiting Asian values", *Journal of the History of Ideas* 2/2013, also available at: *www.jstor.org.ucc.idm.oclc.org/stable/43291300*;
33. Bertrand, Marianne, *et al.*, "Implicit Discrimination", *American Economic Review* 2/2005;
34. Düwell, M. *et al., The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge 2015;
35. Freeman, M. "The Philosophical Foundations of Human Rights", *Human Rights Quarterly* 3/1994;
36. Gerard, McCann, Nadia, Makaryshyn, "The European Union and human

rights", *International Human Rights, Social Policy and Global development: Critical Perspectives*, (eds. M. Gerard, Ó. H. Féilim) Bristol University Press, Bristol 2020;

37. Gerard, McCann, Féilim, Ó. Hadhmaill, "The United Nations and international oversight of human rights" *International Human Rights, Social Policy, Global development: Critical Perspectives*, Bristol University Press, Bristol 2020;
38. Sandel, J. Michael, *Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*, Harvard University Press, Cambridge 2005;
39. Small, L. Mario, Pager, Devah, "Sociological Perspectives on Racial Discrimination", *The Journal of Economic Perspectives* 2/2020;
40. Onazi, Oche, *HUMAN RIGHTS AND COMMUNITY: UNLOCKING THE DEADLOCK, Human Rights from Community: A Rights-Based Approach to Development*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013;
41. Bauhn, P. *Gewirthian perspectives on human rights*, Routledge, London 2016;
42. The Concise History of Woman Suffrage: Selections from History of Woman Suffrage (eds. M. J. Buhle, P. Buhle), University of Illinois Press, Urbana 2005;
43. Andorno, R. *Human Dignity and Human Rights, Handbook of Global Bioethics*, Springer 2014;
44. Howard-Hassmann, E. Rhoda, "Human Security: Undermining Human Rights?" *Human Rights Quarterly* 1/2012;
45. Lynn, J. R. *The Classic of the Way and Virtue: A New Translation of the Tao-te Ching of Laozi as Interpreted by Wang Bi*, Columbia University Press, New York 1999;
46. Griffin on Human Rights (ed. R. S. Crisp), Oxford University Press, Oxford 2014, also available at: *https://doi.org/10.1093/acprof:oso/-9780199668731.001.0001*;
47. Loriaux, Sylvie, "The (Difficult) Universality of Economic and Social Rights", in *International Development and Human Aid: Principles, Norms and Institutions for the Global Sphere*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2016;
48. Wang, S. S. (王世舜), Shang Shu (尚书) [Book of Documents], Zhonghua Book Company (中华书局), Peking 2012;
49. Evans, Tony, "International Human Rights Law and Global Politics", *The Politics of Human Rights: A Global Perspective*, Pluto Press, 2005;
50. Mertens, T. *A Philosophical Introduction to Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2020;
51. Bufacchi, V. "Theoretical Foundations for Human Rights", *Political Studies* 3/2017, also available at: *https://www.researchgate.net/publication/-320070408*;
52. Fang, Y. (方勇), MoZi (墨子) [Mo-tzu], Zhonghua Book Company (中华书局), Peking 2022;

53. Lǔ Y. W. (吕怡维), "Chinese perspective of "natural rights" and its implications of human rights in ancient China" ("天赋人权"的中国话语阐释及其蕴含的古代人权思想), *Journal of Yunnan Minzu University (Social Sciences)* (云南民族大学学报：哲学社会科学版), 5/2018;

Legal documents

1. American Convention on Human Rights, signed at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969.
2. Civil Code of the People's Republic of China, adopted by the National People's Congress, 28 May 2020.
3. Constitution of the People's Republic of China, adopted by the National People's Congress, 4 December 1982, amended in accordance with the Amendments adopted on 12 April 1988, 29 March 1993, 15 March 1999, 14 March 2004 and 11 March 2018.
4. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted by Council of Europe, 4 November 1950.
5. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the United Nations General Assembly (GA), 16 December 1966.
6. Universal Declaration of Human Rights, proclaimed by the United Nations General Assembly (General Assembly resolution 217 A), 10 December 1948.

Other sources

1. Chinese government, Report on the Work of the Government (2023), http://www.china.org.cn/chinese/2023-07/27/content_85189666.htm, 14 November 2023.
2. The State Council Information Office of the People's Republic of China, Seeking Happiness for People: 70 Years of Progress on Human Rights in China, September 2019, *http://www.chinahumanrights.org/html/special-/20190925*/, 19 November 2023.

UDK/UDC 341“18“
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Akademik prof. dr Boris Krivokapić

Ruska akademija prirodnih nauka – RAEN (Socijalnoekonomsko i pravno odeljenje), Moskva, Rusija
Poslovni i pravni fakultet, Univerzitet „MB”, Beograd
Pravni fakultet, Samarski nacionalni univerzitet „S. P. Koroljov”, Samara, Rusija

ZNAČAJ XIX VEKA ZA RAZVOJ MEĐUNARODNOG PRAVA

Nakon što u uvodnim razmatranjima ukratko ukazuje na njegovo mesto u raznim periodizacijama istorije i najvažnije opšte karakteristike XIX veka, članak prelazi na opšti razvoj međunarodnog prava u tom periodu i ulogu i značaj najvažnijih tadašnjih međunarodnih kongresa i konferencije. Naredni deo rada, koji je posvećen posebnim problemima, bavi se karakterističnim novinama i drugim važnim momentima vezanim za diplomatsko pravo, mirno rešavanje sporova, prve međunarodne mirovne misije, slobodu plovidbe međunarodnim rekama, višestrane ugovore o saradnji i unifikaciji pravila u određenim oblastima, prve međunarodne organizacije, vazalne države i protektorate, položaj pape (Svete Stolice), međunarodnopravni status određenih područja, cesiju i zakup nekih teritorija, položaj ljudi (zabrana trgovine robovima, zaštita manjina, zaštita radnika) ratno i humanitarno pravo i dr. Nakon svega toga dat je i kratak osvrt na pravnu nauku tog vremena. U završnim razmatranjima autor konstatuje da je u XIX v. međunarodno pravo doživelo do tada neviđen polet i to na razne načine, te da su upravo tada udareni temelji svim oni naglim promenama koje su se dogodile već posle Prvog svetskog rata.

Ključne reči: Međunarodno pravo; Devetnaest vek; Istorija; Međunarodni odnosi; Pravna nauka.

Boris Krivokapić, *krivokapicboris@yahoo.com.*

1. UVOD

1.1. Mesto XIX veka u raznim periodizacijama

U nauci međunarodnog prava mogu se zapaziti razni prilazi u pogledu toga kakvo je mesto XIX veka u razvoju međunarodnog prava. Osvrnućemo se na samo neke među njima.

Velik broj autora ne izdvaja to stoleće ni pod tim imenom, ni opisno, putem godina ili događaja. Neki među njima se zadovoljavaju time što navode samo dva ili tri velika razdoblja u evoluciji međunarodnog prava (npr. do i posle Francuske buržoaske revolucije 1789. g.[1] ili do i posle Oktobarske revolucije 1917. g.[2]) ne pominjući uopšte XIX vek. Drugi razlikuju više razdoblja, ali ni oni ne pominju XIX vek kao takav, već ga obuhvataju širim i drugačije definisanim periodima,[3] kao što su vreme od Vestfalskog kongresa (1648) do Prve haške konferencije (1899),[4] vreme od Vestfalskog kongresa do početka (1914) ili završetka (1918)[5] Prvog svetskog rata, vreme između Francuske buržoaske revolucije (1789) i Prvog svetskog rata (1914)[6] i slično. Izuzetno, ima i onih, koji u sklopu složenih podela, ne pominjući XIX vek kao takav, ne samo da se bave njime, već ga dele na nekoliko posebnih faza, kao npr. 1789–1815, 1815–1856, 1856–1874. i 1874–1899. g.[7] ili do 1815, do 1856, do 1878. i do 1900. g.[8] s tim

[1] D. N. Quoc, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris 1992, 38–80.

[2] Ю. Я. Баскин, Д. И. Фельдман, *История международного права*, Москва 1990, 140.

[3] Ф. И. Кожевников, *Курс международнодго права*, Москва 1966, 5–23; В. М. Чхиквадзе, *Курс международного права*, том I, Москва 1967, 39–72; В. И. Лисовский, *Международное право*, Москва 1970, 18–38; Ф. И. Кожевников, *Курс международного права*, Москва 1972, 5–13; Г. И. Тункин, *Международное право*, Москва 1982, 12–27; Н. Т. Блатовая, *Международное право*, Москва 1987, 13–42; Ф. И. Кожевников, *Международное право*, Москва 1987, 3–19; И. И. Лукашук, *Международное право*, Общая часть, Москва 2005, 65–102; К. А. Бекяшев, *Международное публичное право*, Москва 2009, 71–104; S. Avramov, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2011, 32–49; О. В. Буткевич, *Історія міжнародного права*, Київ 2019, 111–390.

[4] C. S. Rhyne, *International Law*, Washington 1971, 9–46; Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов, *Международное право*, Москва 2009, 48–68.

[5] P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge 1997, 10; A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2001, 19–45; M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2016, 33–50.

[6] L. Le Fir, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 1934, 17–65; M. Bartoš, *Međunarodno javno pravo*, I knjiga, Beograd 1954, 4 –64; А. Фердросс, *Международное право*, Москва 1959, 53–67; J. Andrassy, B. Bakotić, B. Vukas, *Međunarodno pravo I*, Zagreb 1998, 36–46.

[7] L. Oppenheim, *International Law, A Treatise, vol. I, „Peace“*, Longmans, Green and co., London 1905, 44–73.

[8] Ф. Листъ, *Международное право*, Рига 1923, 17–52.

da tu kada je reč o poslednjoj fazi valja imati u vidu godinu kada su publikovana odnosna dela.

Druga grupa teoretičara takođe ne pominje XIX v. ali ga suštinski obuhvata tako što kao jednu od etapa razvoja međunarodnog prava izdvaja ono što se dogodilo između Bečkog kngresa (1815) i završetka Prvog svetskog rata (1918). Tu se, dakle, prvih 15 godina tog stoleća (1800–1815) ne uključuje u prethodni period, ali se zato obuhvata i sam početak XX veka (1900–1918).[9]

Mogu se naći i dela koja izdvajaju XIX stoleće kao posebno razdoblje (ono se u njima tako i naziva – „devetnaesti vek“) s tim da kao njegov početak uzimaju Bečki kongres (1815) a kao kraj razne godine i događaje, kao npr. 1919. g.,[10] u kojoj su zaključeni Versajski i drugi mirovni sporazumi i stvoreno Društva naroda. Jedan od najizražajnijih primera ove vrste je rad koji se zove „Međunarodno pravo u devetnaestom veku (1776–1914)“ koji, kao što se vidi iz njegovog naziva, počinje poslednjim kvartalom XVIII v. da bi mogao obuhvatiti sticanje nezavisnosti SAD 1776. g. i prelazi u prve godine XX v., da bi se završio izbijanjem Prvog svetskog rata 1914. g.[11] Sličnu logiku slede radovi koji pod naslovom „Devetnaesti vek“ obuhvataju period do Oktobarske revolucije 1917. g.[12]

Relativno mali broj autora kao posebna razdoblje u evoluciji međunarodnog prava jasno izdvaja XIX i XX vek. Ipak, ima i takvih primera.[13]

Mi smo odlučili da se pozabavimo upravo XIX vekom kao takvim. Pri tome smo svesni da se zbivanja u stvarnom životu ne odvijaju po vremenskoj skali koju su smislili ljudi, te da su događaji međusobno povezani, s tim da se neki protežu tokom niza godina.[14] Drugim rečima, jasno je da XIX vek nije nastao na praznom mestu kao što nije ni u nekom trenutku jednostavno nestao, ne ostavivši za sobom nikakav trag. To podrazumeva da se mnogi događaji koji se tiču razvoja međunarodnog prava ne mogu

[9] А. Н. Вылежагин, *Международное право*, Москва 2014, 51–76; А. И. Дмитриев, У. Э. Батлер, *История международного права*, Одесса 2013, 216–290.

[10] S. C. Neff., „A Short History of International Law“, *International Law* (ed. M. D. Evans), Oxford University Press, 2010, 3–31;

[11] I. Van Hulle, R. C. H. Lesaffer, *International Law in the Long Nineteenth Century (1776–1914): From the Public Law of Europe to Global International Law*, Brill / Nijhoff, 2019.

[12] B. M. Janković, Radivojević Z., *Međunarodno javno pavo*, Niš 2014, 50–65.

[13] M. N. Shaw, International Law, Cambridge University Press, 2017, 20–22.

[14] Primeri su Rat druge koalicije (1798–1802), Drugi burski rat (1899–1902), Bokserski ustanak (1899–1901) i drugi događaji koji su počeli u jednom, a završili se u drugom veku. Na isti način, međunarodni sporazumi zaključeni na Prvoj haškoj konferenciji (1899) stupili su na snagu 1900. g., dakle opet u narednom stoleću. Takvih slučajeva je mnogo.

striktno vezati za period između osvita 1. januara 1801. i ponoći 31. decembra 1900. g.

Ipak, pokušaćemo da, uz malu dozu fleksibilnosti, damo prikaz onoga što se dogodilo između navednog intervala, a što je ostavilo pečat na evoluciju međunarodnog prava.

Pre toga moramo objasniti da smo skloni da u razvoju međunarodnog prava koji je prethodio XIX veku razlikujemo tri osnovna razdoblja: 1) daleku prošlost (stari vek odn. antiku) koja počinje pojavom prvih prvih država, podelom društva na klase i pojavom pismenosti, a prostire se od oko 4.000–3.200. g. pre n. e. do V v. naše ere; 2) srednji vek (VI–XV v.) i 3) epohu koja se poklapa sa dobom prosvećenog apsolutizma sa snažnim modernim državama na unutrašnjem i velikim kolonijalnim osvajanjima na spoljnom planu (XVI–XVIII v.).[15]

U tim okvirima, stvarnost međunarodnog prava iz prethodnih razdoblja mogla bi se porediti sa rođenjem i prvim fazama života deteta, uključujući period adolescencije (sazrevanja) dok bi XIX vek odgovarao vremenu kada je dete postalo zreo, odrastao čovek, koji nastavlja da se razvija tim pre što je pred njim još mnogo godina života.

1.2. Karakteristike XIX veka

XIX stoleće je vek velikih promena u svim oblastima života – u nauci, tehnici, medicini, sportu itd., pa i u međunarodnim odnosima i međunarodnom pravu.

Kada je reč o nauci i tehnici dovoljno je podsetiti na pojavu prvih parnih lokomotiva (1804) i prvog komercijalno uspešnog parobroda (1807); puštanje u rad prve javne železničke pruge (1825) i prvog redovnog putničkog železničkog saobraćaja (1830); pojavu prve prekogranične železnice (između Belgiji i Francuske, 1842); pronalazak električnog telegrafa (1837), pojavu Morzeove azbuke (1838) i njeno usvajanje kao standarda za međunarodnu telegrafsku komunikaciju (1865); postavljanje ispod Atlantika prvog interkontinentalnog telegrafskog kabla koji je spojio Ameriku i Evropu (1858); pojavu prvog motora sa unutrašnjim sagorevanjem (1860); patentiranje telefona (1876), pojavu prvog motocikla i prvih automobila (1885); konstruisanje prvog dizel motora (1893), pronalazak radiotelegrafa (1895), širenje elektrifikacije u Velikoj Britaniji, SAD i drugim državama (počev od 80-ih godina XIX v.) i dr. To je omogućilo da se (makar u najrazvijenijim zemljama) lagodnije živi, da se neuporedivo više

[15] O međunarodnom pravu u doba apsolutizma i velikih kolonijalnih osvajanja: Кривокапић Б., „Међународно право у доба апсолутизма и великих колонијалних освајања (XVI–XVIII в.)“, *Правна ријеч* 67/2023, 505–529.

i kvalitetnije proizvodi i da se ljudi, roba, pošta i vesti prenose dalje i brže nego ikada pre.

Pomenuti pronalasci i druge novotarije doveli su do jačanja saradnje između država i privrednih subjekata iz raznih zemalja radi širenja međunarodne trgovine i obezbeđenja međunarodnog, prekograničnog saobraćaja. To je bilo prirodna posledica novih uslova i potreba. Naime, glavna prednost telegrafa nije što se vest može skoro trenutno[16] saopštiti u drugi deo grada, već što se ona može trenutno preneti u drugi deo sveta, pa i na drugi kontinent, a posle pronalaska bežičnog telegrafa (1897 g.) i bukvalno u bilo koje mesto u kojem postoje potrebni uređaji, pa i na brod ili sa broda koji se nalazi na otvorenom moru. Na isti način, kada je reč o železnici i automobilima, ne sporeći da je njihov pronalazak omogućio da se brzo i udobno prevali relativno kratka razdaljina (stigne u drugi deo grada ili u drugo mesto u istoj državi) stoji činjenica da su ta saobraćajna sredstva predstavljala revolucionarni prodor naročito u međunarodnom transportu.

Međutim, u svim pomenutim slučajevima korist od pronalazaka mogla se dobiti samo ako su izgrađeni potrebni uređaji i saobraćajnice i, što je posebno važno, utvrđeni jedinsteni standardi, kao što su jedinstveni kod za slanje telegrafskih poruka, jedinstveni oblik i širina železničkih šina, jedinstveni saobraćajni znaci u drumskom saobraćaju i slično. A za to je bilo neophodno održati međunarodne konferencije uz učešće predstavnika država iz raznih delova sveta, u cilju usvajanja višestranih međunarodnih ugovora, koji bi odnosna pitanja regulisali na jedinstven (unificirani) način odnosno, predvideli bi rešenja u cilju izbegavanja mogućih međunarodnih sporova.

Ponekad se ne uviđa dovoljno da su u XIX veku pravu revoluciju doživele i druge sfere života, koje su, svaka na svoj način, povezane sa međunarodnim odnosima; Takve kao što su: medicina, turizam, sport, novinarstvo i dr. Pravi značaj XIX stoleća i svega što je on doneo, a što je ostavilo svoj trag na novim odnosima u međunarodnoj zajednici i pravu koje se u njoj stvaralo, ne može se sagledati bez podsećanja na makar samo najvažnije momente. Tek uviđajući širinu i dubinu promena koje su se za samo sto godina odigrale na svim nivoima i skoro u svim sferama, možemo razumeti uslove u kojima je funkcionisalo i razvijalo se međunarodno pravo.

Neke od novina koje je doneo XIX vek, bile su: pronalazak elektromagneta (1825), patentiranje prve šivaće mašine (1830), patentiranje prve električne sijalice (1841), otvaranje prvog metroa (1843), pojava prve

[16] Telegrafom se moglo preneti 80 do 120 znakova u minuti, što znači do 2 znaka svake sekunde. To je u to vreme bilo dovoljno da bi se javila kratka, a posebno hitna vest.

komercijalne pisaće mašine (1874), patentiranje fonografa – mašine za beleženje i reprodukciju zvuka (1877), patentiranje prve savremene komercijalne električne sijalice (1879), otvaranje redovnog saobraćaja električnog tramvaja (1881), pojava prve filmske kamere i projektora zvanog kinematograf (1895), prve filmska projekcija (1895) i dr.

U medicini su otkriveni, pronađeni odnosno uvedeni u praksu: stetoskop (1816), kinin (1820), hloroform (1831), opšta anestezija (1848), profesionalno negovanje bolesnika i ranjenika (1860), antisepsa tj. postupak uništavaja mikroorganizama hemijskim sredstvima (1867), bacil tuberkuloze (1881), uzročnik kolere (1883), serum i vakcina protiv besnila (1885), električni slušni aparat (1895), rendgenski zraci (1895), aspirin (1899) itd.

To je i doba naglog razvoja sporta. Tada je odigrana prva utakmica savremenog bejzbola (1846), formulisana su precizna pravila savremenog fudbala (1863), odigrana je prva međunarodna fudbalska utakmica (između Engleske i Škotske, 1872), osnovan je prvi polo klub (1872), otvoreno je prvo veštačko klizalište (1876), precizirana su pravila boksa (1867) itd., a izmišljeni su i novi sportovi, od kojih je većina popularna i danas: savremeni tenis (1873), hokej na ledu (1875), softbol (1887), košarka (1891), odbojka (1895) itd. Sport podrazumeva takmičenja, prvo unutar države, a onda i sa sportistima iz drugih zemalja, tako da se postepeno organizuju razna međunarodna nadmetanja – održana su prva svetska prvenstvo u brzom klizanju (1889), dizanju tegova (1891), umetničkom klizanju (1896), streljaštvu (1897) i dr., ne računajući kontinentalna i razna druga takmičenja.

Sve pomenuto snažno je uticalo na život ljudi tog doba, na proizvodnju, komunikaciju, dokolicu itd. odnosno bilo je povezano sa zbližavanjem i saradnjom lica i ustanova iz raznih država, putovanjima u inostranstvo – na kongrese, lečenje, sportska i druga takmičenja i slično. Uostalom, u XIX veku osnivaju se i prve turističke agencije, koje organizuju grupna i time jeftinija putovanja sa prevozom, smeštajem i hranom. Sve to ostavlja trag, makar posredno, i na međunarodne odnose i međunarodno pravo.

Pojavljuju se i prve nevladine organizacije, a zatim i prve takve tvorevine i pokreti na međunarodnom nivou. Neke od njih bave se problemima koji su u većoj ili manjoj vezi sa međunarodnim odnosima i međunarodnim pravom, kao što su borba ukidane ropstva, borba za prava radnika, borba za prava žena, nastojanje da se očuva mir, napori da se obezbedi humanizacija rata i slično. U tu svrhu povremeno se organizuju i razni međunarodni skupovi.

Nakon što je kao prvo nacionalno mirovno udruženje u Njujorku 1816. osnovano Društvo za trajni i opšti mir (*Society for the Promotion of Permanent and Universal Peace*) slična udruženja se osnivaju i u Londonu

1816, Parizu 1821, Ženevi 1830. itd.[17]

Prvom međunarodnom nevladinom organizacijom smatra se Međunarodno društvo za borbu protiv ropstva (*Anty-Slavery International*) osnovano u Londonu 1839. g. U narednim godinama osnovani su Udruženje mladih hrišćanki (1855), Međunarodni komitet Crvenog krsta (1863), Međunarodno udruženje radnika odn. Prva internacionala (1864), Međunarodni savet žena (1888), Organizacija radničkih i socijalističkih partija poznata kao Druga internacionala (1889), Interparlamentarni kongres (1889), Međunarodni olimpijski komitet (1894) i niz raznih drugih udruženja, tako da su 1874. bile registrovane 32, a do 1905. g. 134 međunarodne nevladine organizacije.

Primer odnosnih međunarodnih skupova je Međunarodni kongres za mir (London, 1843) koji se založio za obezbeđenje mira propagandom protiv rata, kontrolom proizvodnje i prodaje municije i za stvaranje kongresa i suda nacija. Zatim su takvi skupovi održani u Briselu (1848), Parizu (1849), Frankfurtu (1850), Londonu (1851), Mančesteru (1852) i Edinburgu (1853). U isto vreme rađaju se i razni međunarodni društveni pokreti, kao npr. Pokret za prava žena (1848).

Aktivnosti mnogih međunarodnih i nacionalnih nevladinih organizacija i pokreta bile su više ili manje povezane sa razvojem odnosnog oblika međudržavne saradnje i, s tim u vezi, izgradnjom određene sfere međunarodnog prava. Zavisno od slučaja, pomenuta udruženja i organizacije su makar posredno vršila pritisak na vlade da na međunarodnom planu usvoje određena rešenja, a u nekim slučajevima su i neposredno doprinela razvoju pojedinih sfera međunarodnog prava. Primer je Komitet Crvenog krsta koji je zaslužan za zaključenje izuzetno važnih ugovora iz domena međunarodnog humanitarnog prava.[18]

Klimi koja je bila pogodna za suštinski razvoj međunarodnog prava doprineli su i razni drugi činioci, među kojima i nagli razvoj novina. Naime, druga polovina XIX v. značila je revoluciju u novinarstvu zato što je nova tehnologija omogućila da se brzo i za mali trošak štampa ogromna količina primeraka. Dodatno, zahvaljujući razvoju železnice nova izdanja mogla su da se blagovremeno prevezu železnicom u udaljena mesta, što je znatno proširilo krug njihovih čitalaca.

Tada nastaju savremene novine od kojih su mnoge i danas poznate: “Njujork tajms” (*New York Times*, 1851), “Los Anđeles tajms” (*Los Angeles Times*, 1881), “Volstrit džurnal” (*Wall Street Journal*, 1889), itd.

[17] S. V. Scott, J. A. Billingsley, C. Michaelson, *International Law and the Use of Force*, Greenwood Publishing Group, 2010, 3–10.

[18] B. Krivokapić, Rat i pravo: Teorija i praksa oružanih sukoba i međunarodno pravo, Banja Luka, 2023a, 1053–1057.

Pojavljuju se i prve novinske agencije – francuski “Avas” (*Havas*, 1832), američka *Harbour News Association* (1848) koja se od 1892. zove “Asošijeted pres” (*Associated Press*), britanski “Rojters” (*Reuters*, 1851) i dr.

Pronalazak i široka upotreba telegrafa, a zatim i radio-telegrafa, omogućili su korišćenje dopisnika iz drugih gradova, a sve više i iz inostranstva. Oni kratke vesti šalju neposredno sa lica mesta, čime javnost postaje skoro trenutno upoznata sa svim važnim događajima. Ova lica javljaju o političkim, ekonomskim, sportskim i drugim događajima u stranim državama (smrt vladara, prevrat, pobuna, prirodna katastrofa, pronalaženje nafte, rezultat utakmice itd.), važnim međunarodnim skupovima i slično, a sve su češći i ratni dopisnici,[19] koji iz prve ruke izveštavaju o toku određenog oružanog sukoba.

Sa druge strane, XIX vek je i doba zbilja velikog broja ratova. Dovoljno je podsetiti na neke od najpoznatijih, kao što su Napoleonovi ratovi (1803–1815) što je zbirni naziv za niz oružanih sukoba u kojima je na razne načine učestvovalo 35 država, Prvi opijumski rat (1839–1842), Američko-meksički rat (1846–1848), Krimski rat (1853–1856), Drugi opijumski rat (1856–1860), Francusko-meksički rat (1861–1867), Austrijsko-pruski rat (1866), Francusko-pruski rat (1870–1871), Rusko-turski rat (1877–1878), Španско-američki rat (1898), Bokserski ustanak (1899–1901), Drugi burski rat (1899–1902) itd. Tome valja dodati i mnoštvo ratova za nacionalno oslobođenje, građanskih ratova, ustanaka, pobuna i slično. Svoj pečat ostavila je i 1848. g., poznata i kao Godina revolucije, jer je revolucionarni talas obuhvatio mnoge evropske i latinoameričke zemlje.

U isto vreme, XIX vek je i doba masovnih pronalazak i usavršavanja raznih tipova oružja.

Tada su izmišljena, proizvedena ili patentirana razna oruža. Između ostalog, Britanci su kao prvi uveli u nauružanje šrapnel (1803), isprobana je prva morska mina sa električnim upaljačem (1812), počela je serijska proizvodnja revolvera (1836), pojavile su se moderne puške sa obrtno-čepnim zatvaračem (1841) a zatim (1850) i brzometne puške), napravljene su vrlo precizne (snajperske) puške (1857), proizveden je prvi autonomni torpedo (1866), pronađen je dinamit (1867), napravljen je metak sa metalnom čaurom (1882), konstruisan je prvi savremeni mitraljez (1884), pojavili su se brzometni topovi (1897), napravljen je poluautomatski pištolj (1891) i dr.

Sumirajući sve rečeno, verujemo da nećemo pogrešiti ako primetimo da sa stanovišta dubine promena, ono što je doneo XIX vek, nije viđeno u

[19] *Ibid.*, 453–456.

čitavoj prethodnoj istoriji. To se odnosi na sve sfere ljudskog života, pa i na međunarodno pravo.

2. OPŠTI RAZVOJ MEĐUNARODNOG PRAVA U XIX VEKU

2.1. Opšti osvrt

U XIX veku međunarodno pravo je doživelo do tada neviđen polet i to na razne načine.

Zbog velikog broja novina koje je doneo nagli naučno-tehnološki razvoj, ali i iz raznih drugih razloga, nastali su novi instituti međunarodnog prava, a mnogi već postojeći obogaćeni su novim sadržajem. Pored toga, izvršene su neke od prvih kodifikacija međunarodnog prava u savremenom smislu u domenu diplomatskog prava, ratnog i humanitarnog prava i dr. Radilo se o kodifikacijama u širem smislu, tj. onima koje su značile progresivni razvoj međunarodnog prava, te je njihov značaj bio utoliko veći.[20] Uz to, za razliku od tzv. doktrinarnih (nezvaničnih) kodifikacija, koje su u prethodnim periodima povremeno nudili pojedini učeni pojedinci, a koje, kao takve, nisu nikoga obavezivale, za XIX vek su karakteristične zvanične kodifikacije, one koje putem međunarodnih ugovora vrše države i koje su stoga pravno obavezujuće za članice odnosnih ugovora.[21]

Posebno važnu karakteristiku ovog perioda predstavlja činjenica da međunarodno pravo postepeno prerasta lokalni i regionalni nivo i, makar jednim svojim delom, postaje univerzalno, što znači svetsko, globalno. Premda su i ranije postojala određena pravila koja su u principu bila poz-

[20] U međunarodnom pravu se pravi razlika između kodifikacije u užem smislu (obična, čista kodifikacija) i one u širem smislu, koja podrazumeva i progresivni razvoj. U prvom slučaju reč je o prikupljanju, preciznijem formulisanju i sistematizovanju već postojećih pravila međunarodnog prava odn. o pretvaranju međunarodnopravnih običajna u međunarodne ugovore, čime se postiže njihova veća preciznost i olakšavaju njihovo tumačenje i primena. U praksi se tvorci kodifikacije obično ne zadovoljavaju samo time, već nastoje da popune pravne praznine, usklade postojeća protivrečna rešenja, uvedu nove institute itd. Takvo postupanje i njegov rezultat nazivaju se progresivnim (postepenim) razvojem međunarodnog prava. Za razliku od čiste kodifikacije, ovde se ne radi o već postojećem, već o manje ili više novom (izmenjenom i dopunjenom) međunarodnom pravu.

[21] O raznim aspektima kodifikacije međunarodnog prava: S. Rosenne, „Codification Revisited After 50 Years“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2/1998, 1–22; A. Pellet, „Between Codification and Progressive Development of the Law: Some Reflections from the ILC“, *International Law FORUM du droit international*, 2004, 15–23; A. K. Abashidze, A. M. Solntsev, „Codification of International Law: The End of the Beatiful Era?“, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 13/2013, 37–45; L. R. Helfer, T. Meyer, „The Evolution of Codification: A Principal – Agent Theory of the International Law Commission's Influence“, *Custom's Future: International Law in a Changing World* (ed. C. A. Bradley), Cambridge University Press 2016, 305–331; B. Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2017, 187–191.

nata i poštovana na raznim kontinentima, kao što su npr. ona o nepovredivosti poslanika, tek u ovom periodu dolazi do stvarnog povezivanja udaljenih delova planete, do prvih međunarodnih konferencija na kojima učestvuju predstavnici zemalja iz raznih delova sveta, do zaključenja međunarodnih sporazuma koji među članicama imaju države koje se nalaze na raznim kontinentima i pripadaju različitim kulturama.

To daje za pravo da se zaključi da je u ovom periodu međunarodno pravo od skupa normi koje uređuju određene političke ili političko-ekonomske odnose između pojedinih država, postepeno preraslo u sve sveobuhvatniji i savršeniji pravni poredak koji reguliše različite vrste odnosa u međunarodnoj zajednici. Posebno, ono se ne tiče samo odnosa između država, već precizira i određena pravila o nekim kvazidržavnim subjektima (npr. o ustanicima, o Komitetu Crvenog krsta itd.) a kao njegovi novi subjekti i učesnici u njegovom stvaranju i primeni, pojavljuju se do tada nepoznati entiteti – međunarodne organizacije.

2.2. Međunarodni kongresi i konferencije

Sve izraženija potreba pregovaranja i zaključenja međunarodnih sporazuma u domenu sve šireg kruga oblasti međunarodne saradnje, oružani sukobi, previranja unutar država i u međunarodnim okvirima i drugi momenti doveli su do toga da u ovom periodu sve veći značaj ima višestrana (multilateralna) diplomatija, koja se odvija posredstvom međunarodnih kongresa i konferencija.

Premda se višestrani međunarodni skupovi javljaju i ranije, tokom čitave istorije,[22] uglavnom se radilo o međunarodnim kongresima, čiji je domašaj bio ograničen njihovim obeležjima koja su se ticala broja i sastava učesnika, karaktera skupa i njegovog predmeta i očekivanog rezultata. Njihovi učesnici su po pravilu bili vladari ili, eventualno, drugi najviši predstavnici država (predsednici vlada ili ministri inostranih poslova) s tim da njihov krug najčešće nije nije prelazio predstavnike nekolicine zainteresovanih zemalja. To je imalo za posledicu da se u najboljem slučaju radilo o regionalnom događaju. Predmet pregovora i očekivani rezultat sledili su iz činjenice da su se učesnici kongresa uglavnom fokusirali na velike ili precizne teme, u prvom redu one od posebnog političkog značaja. U prak-

[22] Skupovi predstavnika nekoliko država bili su poznati praktično oduvek, ali su se održavali retko i po pravilu na najvišem nivou. U relativno bližoj istoriji primeri su kongres u Vešegradu (1335) na kome su se sastali kraljevi Češke, Mađarske i Poljske; Skup kraljeva Engleske, Škotske, Francuske, Danske i Kipra u Londonu (1363); Kongres u Krakovu (1364) koji je okupio jedan broj evropskih vladara; Kongres evropski monarha u Lucku (1429); Kongres evropskih sila Kambreju (1508); Vestfalski kongres (1648); Kongres u Sremskim Karlovcima (1698–1699); Utrehtski mirovni kongres (1713); Ahenski mirovni kongres (1748) i dr.

si, takvi sastanci obično su održavani posle velikih ratova i stoga su uglavnom imali za cilj ugovaranje mira i regulisanje posleratnih odnosa, u smislu razgraničenja, oslobađanja zarobljenika, plaćanja ratne odštete i slično.

U poređenju s tim, specifičnost međunarodnih skupova u XIX veku je što oni postepeno prerastaju u međunarodne konferenciji čiji učesnici nisu uvek vladari i druge ličnosti najvišeg ranga, već se sve češće u toj ulozi pojavljuju i razni drugi predstavnici država. Manje učešće vladara može se objasniti time što nije bilo uvek moguće okupiti ih sve na jednom mestu, što oni sami nisu hteli da pregovaraju sa predstavnicima drugih država koji nisu bili njihovog ranga ili o pitanjima koja nisu smatrali posebno važnim, što su neki od skupova trajali po nekoliko meseci tako da šefovi država objektivno nisu mogli da budu stalno prisutni itd. Dodatno, za razliku od klasičnih kongresa, međunarodni skupovi u XIX v. sve više podrazumevale sučeljavanje raznih ideja i inicijativa, rad na plenarnim sednicama, ali izvan njih, a često i niz pratećih događaja. To ima za posledicu da se postepeno termin „kongres“ (lat. *congressus*, od *congradi*, dogovoriti se) napušta u korist naziva „konferencija“ (nlat. *conferentia*, skup, od *conferre*, okupiti).

Nezavisno od samog naziva međunarodnog skupa, u principu stalno raste broj država učesnica, s tim da se pored evropskih sve više pojavljuju i države sa drugih kontinenata. Uz konferencije koje se sazivaju posle nekog velikog rata, sve su češće one čiji glavni cilj je pregovaranje o zaključenju višestranog sporazuma kojim se utvrđuje status nekog područja ili reguliše međunarodna saradnja u domenu saobraćaja, komunikacija i slično. Čak i oni skupovi koji su posvećeni jasno definisanim političkim problemima, sve više se bave i pitanjima koja izlaze izvan uskih okvira zbog kojih je sastanak sazvan i pogađaju interese i država koje nisu učestvovale u njegovom radu. Dobar primer je Bečki kongres (1815) koji je sazvan radi političke reorganizacije Evrope nakon sloma Napoleona, ali se bavio i nizom drugih pitanja, kao što su sloboda plovidne na međunarodnim rekama, zabrana trgovine robovima, rešavanje problema ranga diplomatskih predstavnika i dr.

Sve češće održavanje međunarodnih kongresa i konferencija važno je ne samo zbog toga što su na njima rešavani aktuelni problemi i donošene konkretne političke odluke, već i zbog prostre činjenice da je njihovo sazivanje bilo radi postizanja dogovora, što znači radi zaključenja međunarodnog sporazuma između država učesnica. Pošto su najvažnije takve skupove organizovale i u njima aktivno učestvovale velike sile,[23] ono što je tim

[23] Tokom najvećeg dela XIX veka priznavano je pet velikih sila: Austrija odn. Austrougarska (od ujedinjenja sa Ugarskom 1867. g.), Francuska, Rusija, Turska i Velika Britanija. Kada su se ujedinile Italija (1861) i Nemačka (1871) i one su ušle u taj krug, a na samom

putem dogovoreno, na razne načine, a posebno pretvaranjem u običajna pravila, nametano je ostalim zemljama. Dodatno, praksa povremenog sastajanja predstavnika nekoliko država bila je jedan od važnih faktora koji su doveli do pojave međunarodnih organizacija, kao institucionalnih oblika međunarodne saradnje.

Među najpoznatije međunarodne kongrese iz XIX veka spadaju: Bečki (1815), četiri kongresa Svete Alijanse (1818–1822), Pariski (1856) i Berlinski kongres (1878). Premda su bili sazvani radi rešavanja krupnih političkih problema, ugovorima koji su zaključeni na tim skupovima regulisana su mnoga važna pitanja od značaja za opšte međunarodno pravo.

Bečki kongres bio je skup predstavnika svih evropskih država sem Turske, sazvan na inicijativu ondašnjih velikih sila (Austrija, Rusija, Pruska i Velika Britanija). Trajao je više od 8 meseci – od 30. 9. 1814. do 9. 6. 1815. kada je potpisan Završni akt. Nijednom se nije sastao u plenumu, već se njegov rad odvijao u brojnim komitetima u kojima su se vodili pregovori zainteresovanih zemalja. Sa stanovišta međunarodnog prava Kongres je posebno značan zbog toga što su u Završnom aktu usvojeni Pravilnik o rangu diplomatskih predstavnika, opšta pravila o plovidbi međunarodnim rekama, Pravilnik o plovidbi brodovima Rajnom, Deklaracija protiv trgovine Crncima (robovima), dokumenti kojima su ustanovljeni i garantovani trajna neutralnost Švajcarske, utvrđena određena rešenja u prilog zaštite manjina i dr. Između ostalog, na Kongresu je ustanovljena Nezavisna Republika Krakov u kojoj je kontrola poverena Austriji, Pruskoj i Rusiji, što je predstavljalo prvi pokušaj internacionalizacije neke teritorije.

Odmah nakon okončanja Bečkog kongresa, vladari Austrije, Rusije i Pruske potpisali su u Parizu 26. 9. 1815. Akt Svetog saveza, kojem su zatim pristupili svi evropski vladari izuzev pape, engleskog kralja i turskog sultana. Time je stvorena Sveta alijansa, konzervativni savez pomenute tri velike sile, formiran radi očuvanja poretka ustanovljenog na Bečkom kongresu i borbe protiv revolucionarnih i oslobodilačkih pokreta. Alijansa je održala četiri kongresa – u Ahenu (1818), Tropau (1820), Lajbahu (1821) i Veroni (1822). Neke od odluka sa tih skupova bile su zanimljive iz ugla međunarodnog prava. Primer su odluka iz Ahena o tome da države učesnice potpisuju sporazume po abecednom redu, čime je prevaziđen problem reda prvenstva među njima i, posebno, Ahenski protokol (1818) o klasama i rangu diplomatskih predstavnika. Premda reakcionarna po svojoj ulozi, Alijansa je važna iz ugla međunarodnog prava jer je bila jedna od faza u procesu koji je vodio osnivanju prvih međunarodnih organizacija.

Pariski kongres je održan radi okončanja Krimskog rata (1853–1856). Trajao od 25. 2. do 30. 3. 1856, i završio se zaključenjem višestranog ugo-

kraju XIX veka na taj status su sve više pretendovale i SAD.

vora o miru kojim su rešena važna politička i teritorijalna pitanja toga vremena od kojih su mnoga imala međunarodnopravnu dimenziju. Između ostalog, izvršena je neutralizacija Crnog mora; Rusiji i Turskoj je zabranjeno da na obalama Crnog mora podižu utvrđenja i ograničen im je broj ratnih brodova koje mogu da drže u Crnom moru; uređen je režim prolaza kroz moreuze Bosfor i Dardaneli (sloboda trgovačke plovidbe za sve zemlje i zabrana prolaza stranih ratnih brodova); proglašena je sloboda plovidbe na Dunavu i dr. Poseban značaj Kongresa je što je na njemu doneta Pariska deklaracija o pomorskom ratu, koja je zabranila gusarenje i kodifikovala pravila međunarodnog prava o blokadi, kontrabandi i pravu zaplene u pomorskom ratu.

Berlinski kongres je bio skup tadašnjih velikih sila (Austro-Ugarska, Francuska, Italija, Nemačka, Rusija, Turska i Velika Britanija,) sazvan radi revizije Sanstefanskog ugovora o miru između Rusije i Turske od 3. 3. 1878.[24] Završen je potpisivanjem Berlinskog ugovora (13. 7. 1878) čija su rešenja imala dalekosežne posledice za dalju istoriju Evrope. Između ostalog, Sanstefanski ugovor je stavljen van snage; priznata je nezavisnost Srbije, Crne Gore i Rumunije; Austro-Ugarskoj je data na upravljanje Bosna i Hercegovina; a Bugarska je podeljena na dva dela – vazalnu kneževinu i autonomnu oblast Istočna Rumelija. Suštinski, radilo se o podeli turske imperije s tim da je veliki plen pripao Velikoj Britaniji i Austrougarskoj, dok je Balkan iscepkan na nekoliko slabašnih državica. Kongres se, bavio i nizom problema koji su od značaja za međunarodno pravo kao npr. zaštitom manjina, s tim da su se ta rešenja odnosila samo na Tursku i balkanske državice. Posebno je intereantna činjenica da su na Kongresu po prvi put osnivani međunarodni sekretarijat i stalne tehničke komisije, što su bili važni koraci ka formiranju međunarodnih organizacija.

Pored pomenutih, održane su i druge, manje poznate, ali zato važne međunarodne konferencije koje su se bavile političkim pitanjima.

Tu spadaju: Londonska konferencija (1830) kojom je priznata nezavisnost Belgije; Londonska mirovna konferencija (1864) koja je trebalo da dovede do okončanja Nemačko-danskog rata, ali se završila bez uspeha; Londonska konferencija (1867) na kojoj su predstavnici šest velikih sila zaključili sporazum u cilju regulisanja političkog poretka u severnoj Evropi nakon Austro-pruskog rata (1866) i izbijanja Luksemburške krize tj. diplomatskog sukoba između Francuske i Pruske u vezi sa statusom Luksemburga (1867); Berlinska konferencija (1884) u vezi sa podelom sfera uticaja u Africi; i dr.

[24] Tim mirom okončan je Rusko-turski rat (1877–1878) tako što je Rusija nametnula Turskoj svoju volju i obezbedila sebi dominaciju na Balkanu stvorivši veliku Bugarsku pod svojom zaštitom.

Uz međunarodne skupove koji su bili posvećeni rešavanju važnih političkih problema i samo uzgredno se bavili međunarodnopravnim pitanjima kao takvim, javljaju se i konferencije koje su sazvane iz drugačijih razloga. Na njima su rešavana određena pravna, uslovno rečeno tehnička ili druga konkretna pitanja od značaja za sve države.

Takva je npr. bila Metarska konferencija (Pariz, 1875) na kojoj su, u cilju uspostavljanja jedinstvenog međunarodnog mernog sistema predstavnici 17 država sa 2 kontinenta potpisali Konvernciju o metru, kojom je kao jedinstvena mera uveden metar. Isto se može reći i za Međunarodnu meridijansku konferenciju (Vašington, 1884) koja je sazvana radi dogovora o nultom meridijanu, koji bi poslužio za merenje dužine Zemljine kugle i utvrđivanje standarda za računanje vremena u čitavom svetu (tada je prihvaćen i danas važeči Grinički meridijan).

Konkretnim problemima iz specifične materije – ratnog i humaniarnog prava, bavila se Petrogradska konferencija (1868) na kojoj je usvojena Petrogradska deklaracija o zabrani upotrebe u ratu eksplozivnih zrna lakših od 400 grama.

Na mnogo načina posebno mesto imaju međunarodne konferencije sazvane radi zaključenja višestranih ugovora o međunarodnoj saradnji u određenoj oblasti. Tu se, dakle, nije radilo o sporazumnom rešavanju konkretnih pitanja, već o jednoj vrsti ugovorne kodifikovanja međunarodnopravnih pravila koja na relativno dug period regulišu čitavu veću ili manju materiju, što je bio korak ka rađanju nove grane međunarodnog prava (npr. poštansko međunarodno pravo). Pored toga, značaj ovih skupova bio je u tome što su na njima učestvovali predstavnici država iz raznih delova sveta i, posebno, što su njima osnovane administrativne unije (upravni savezi) kao prve međunarodne organizacije, tada novi, a čak i danas uz države najvažniji subjekti međunarodnog prava.

Na Međunarodnoj telegrafskoj konferenciji, održanoj u Parizu 1865. g. delegati 20 evropskih zemalja[25] potpisali su Telegrafsku konvenciju kojom su utvrđena osnovna načela međunarodne telegrafije i stvorili prvu međunarodnu organizaciju uopšte – Međunarodnu telegrafsku uniju.

Na međunarodnoj poštanskoj konferenciji održanoj u Bernu 1874. g., koju je sazvala vlada Švajcarske, učestvovali su predstavnici 22 zemlje sa dva kontinenta. Oni su usvojili Bernsku konvenciju i osnovali Opštu poštansku uniju, kao specijalizovanu međunarodnu organizacia.

Zatim su usledile nove međunarodne konferencije koje su usvajale višestrane međunarodne ugovore kojima su regulisana pitanja u datoj obla-

[25] Austrija, Baden, Bavariska, Belgija, Danska, Francuska, Gčka, Hamburg, Hanover, Holandija, Italija, Portugal, Pruska, Rusija, Saksonija, Španija, Švajcarska, Švedska-Norveška (tada jedna država), Turska i Virtemberg.

sti međunarodne saradnje i na kojima su osnivane odgovarajuće međunarodne organizacije. Reč je o konferenciji za zaštitu industrijske svojine (Pariz, 1883), konferencji o zaštiti književnih i umetničkih dela (Beč, 1885), konferenciji o međunarodnoj registraciji žigova (Madid, 1891) i dr.

U XIX veku javljaju se i prve kodifikacije koje su sazvane ne radi rešavanja konkretnih političkih, teritorijalnih i sličnih pitanja, uređenja novih odnosa nastalih kao posledica određenih pronalazaka i slično, već radi kodifikacije međunarodnog prava u određenoj materiji. Primeri su Ženevska konferencija (1864), Ženevska konferencija (1868)[26] i Prva haška konferencija mira (1899).

Prelomni momenat u razvoju humanitarnog prava bila je međunarodna diplomatska konferencija koju je 1864. g. sazvala Švajcarska radi usvajanja međunarodnog sporazuma koji bi na širokom međunarodnom planu uredio pitanje poboljšanja položaja ranjenika i bolesnika u ratu na kopnu. Od ukupno 25 pozvanih (praktično sve u tom trenutku priznate suverene države sveta) učestvovali su predstavnici 16 država. Konferencija se završila potpisivanjem Konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu. To je bio ne samo prvi slučaj uređenja zaštite ranjenika i bolesnika putem univerzalnog međunarodnog ugovora,[27] već i prvi međunarodni sporazum isključivo iz domena humanitarnog prava.

Prva haška konferencija mira (1899)[28] utvrdila je pravila o mirnom rešavanju međunarodnih sporova i kodifikovala pravila tadašnjeg ratnog i humanitarnog prava. Okupila je delegate iz 26 zemalja, od čega 4 iz Azije i 2 iz Amerike,[29] što realno znači praktično čitavu tadašnju međunarodnu zajednicu odnosno skoro sve tadašnje suverene države. Sama ta činjenica svedoči o posebnom značaju ovog skupa, koji bismo mogli nazvati i prvom univerzalnom međunarodnom konferencijom, jer su prethodne bile regio-

[26] Pošto su, i pored svih pozitivnih rezultata, brzo isplivali problemi u vezi sa tumačenjem i primenom nekih rešenja Ženevske konvencije iz 1864. g., u Ženevi je 1868. g. održana nova konferencije na kojoj je Konvencija iz 1864. dopunjena sa 15 novih članova, kojima je zaštita proširena na pomorski rat. Države, međutim, nisu bile spremne da prihvate ovu reviziju, tako da ona nije stupila na snagu.

[27] Premda u trenutku potpisivanja Konvencija nije bila univerzalnog karaktera (potpisao ju je samo jedan broj evropskih zemalja) zaključena je sa namerom da vezuje sve države sveta. I zaista, već do 1899. g. u njenomo članstvu bile su 43 države iz Evrope, Afrike, Amerike i Azije.

[28] Nazvana je konferencijom mira zbog toga što je bila usmerena na to da putem razoružanja i na druge načine obezbedi uslove za trajno učuvanje mira, a ne, kako bi se pogrešno moglo zaključiti, zato što je bila rezultat završetka nekog rata i napora da se dogovori nekakav mirovni sporazum.

[29] Iz Evrope: Austro-Ugarska, Belgija, Bugarska, Crna Gora, Danska, Francuska, Grčka, Holandija, Italija, Luksemburg, Nemačka, Portugalija, Rumunija, Rusija, Srbija, Španija, Švajcarska, Švedska i Norveška, Turska, Velika Britanija; Iz Azije: Japan, Kina, Persija i Siam; Iz Amerike: Meksiko i SAD.

nalne ili međukontinentalne. Konferencija se završila usvajanjem: zaključnog akta; 3 konvencije – o rešavanju međunarodnih sporova mirnim putem, o zakonima i običajima rata na kopnu i o prilagođavanju na pomorski rat načela Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu (1864); 3 deklaracije – o zabrani bacanja projektila i eksploziva iz balona ili sličnih novih sredstava, o zabrani upotrebe zrna koja bi imala za cilj jedino širenje zagušljivih ili otrovnih gasova i o zabrani upotrebe zrna koja se lako rasprskavaju ili šire u ljudskom telu; jedne rezolucije i 6 preporuka. Među najveće uspehe tog skupa spadaju osnivanje Stalnog arbitražnog suda i usvajanje Konvencije o zakonima i običajima rata na kopnu, kojom je izvršena kodifikacija običajnog ratnog prava.

Pored konferencija koje imaju ili nastoje da imaju univerzalni, globalni značaj, u ovom periodu održavaju se i regionalne konferencije, sa dalekosežnim posledicama za međunarodne odnose i međunarodno pravo. Tu se izdvaja Prva međunarodna konferencija američkih država, koja je uz učešće 18 američkih država održana u Vašingtonu od oktobra 1889. do aprila 1890. godine.

Uzimajući u obzir sve rečeno, nameće se zaključak da, kada je reč o međunarodnim skupovima, od druge polovine XIX veka može se govoriti o nizu važnih novina:

1) veliki međunarodni skupovi se održavaju sve češće;

2) države učesnice nisu samo iz Evrope, već sve više dolaze sa raznih kontinenata, što znači da se u sve većem broju pojavljuju univerzalni međunarodni skupovi;

3) na tim skupovima sve ređe učestvuju šefovi država i vlada, a sve više su države predstavljene preko funkcionera nižeg ranga i eksperata, pa se sve češće umesto termina *međunarodni kongres* koristi naziv *međunarodna konferencija*;

4) premda se povremeno ti skupovi i dalje organizuju kao mirovne konferencije odn. sastanci radi rešavanja aktuelnih političkih problema, u sve većem broju njihov predmet je višestrana saradnja država u određenoj oblasti;

5) na tim skupovima usvajaju se razni akti, među njima i konvencije koje na opšti način uređuju odnose u određenoj materiji – u domenu poštanskog saobraćaja, telegrafskog saobraćaja i slično ili čak kodifikuju međunarodno pravo u nekoj materiji;

6) na jednom broju takvih sastanaka dolazi do osnivanja međunarodnih organizacija kao novih subjekata međunarodnih odnosa i međunarodnog prava;

7) u pitanju su nove tendencije koje će u XX veku postati uobičajena, a

u izvesnom smislu i pojava.

3. POSEBNA PITANJA

3.1. Diplomatsko pravo

Norme koje se tiču diplomatskih odnosa spadaju među najstarija pravila međunarodnog prava. Neke od njih su tu i tamo zapisivane, tumačene i prenošene dalje – na odnose sa novim državama. Pa ipak, sve do XIX veka nije bilo stvarne kodifikacije međunarodnog prava u ovoj materiji.

Važan momenat u razvoju međunarodnog diplomatskog prava bilo je usvajanje Pravilnika o klasama i rangu diplomatskih predstavnika, donetog kao Aneks „D“ (br. 17) Završnog akta Bečkog kongresa (1815) kojim je u izvesnom smislu izvršena prva univerzalna kodifikacija ove grane međunarodnog prava. Bliže gledajući, radi izbegavanja stalnih sporova, Pravilnik je sve diplomatske predstavnike u državi prijema podelio u tri klase,[30] s tim da je viša klasa imala prednost nad nižom, dok su se u svakoj klasi diplomatski predstavnici rangirali prema datumu zvanične notifikacije svog dolaska. Na taj način, rang diplomatskih predstavnika imao se utvrđivati prema objektivnom kriterijumu (trenutku notifikacije) pri čemu se svaki šef misije prve klase mogao nadati da će, ukoliko provede dovoljno vremena u zemlji prijema, u nekom trenutku postati prvi u rangu. Ovaj mehanizam opstao je do naših dana.

Pravilnik je dopunjen Ahenskim protokolom (1818) kojim su kao nova klasa uvedeni ministri rezidenti, koje je akreditovao šef države kod drugog šefa države. U praksi su se u toj ulozi mahom pojavljivali poslanici polusuverenih država, odn. suverenih država kod polusuverenih. Kasnije je ovaj institut napušten.

3.2. Mirno rešavanje sporova

1. Obaveza mirnog rešavanja sporova. – Jedna od karakteristika ovog perioda je u tome da je prvi put u istoriji na univerzalnom planu definisana obaveza država da svoje međunarodne sporove rešavaju mirnim sredstvima.

To je učinjeno Prvom haškom konvencijom, usvojenom na Prvoj haškoj konferenciji mira (1899). Taj sporazum, čiji je puni naziv Konvencija o mirnom rešavanju međunarodnih sporova, bio je pokušaj da se u međuna-

[30] 1) Ambasadori, legati ili nunciji; 2) ministri poslanici ili drugi koji su akreditovani kod vladara i 3) otpravnici poslova, akreditovani kod ministara inostranih poslova. Svaka država je, u dogovoru sa državom prijema, sama određivala klasu svog šefa misije, tako da tu nije bilo mesta sporu.

rodne odnose uvede obaveza mirnog rešavanja sporova, te da se što potpunije regulišu načini (sredstva) mirnog rešavanja sporova.

Kada je reč o sadržini, odredbom iz člana 1 ugovornice su prihvatile obavezu da ulože sve napore da bi se osiguralo mirno rešavanje međunarodnih sporova. Premda time nije bila zabranjena i sama sila u međunarodnim odnosima,[31] to rešenje, tim pre što je usvojeno sa idejom da dobije univerzalnu primenu, značilo je ogroman pomak u odnosu na praksu i pravila međunarodnog prava u čitavoj prethodnoj istoriji. U narednim članovima relativno detaljno su regulisana konkretna sredstva za mirno rešavanje međunarodnih sporova koje je poznavala tadašnja stvarnost – dobre usluge, posredovanje, međunarodne istražne komisije i međunarodna arbitraža. Poseban značaj ima činjenica da je osnovano novo telo – Stalni arbitražni sud, koji svoje funkcije vrši i u naše vreme.

2. Sredstva za mirno rešavanje međunarodnih sporova. – Ne samo da je tadašnje međunarodno pravo predviđalo obavezu mirnog rešavanja međunarodnih sporova i mehanizme za mirno rešavanje međunarodnih sporova, već su ta sredstva korišćena u praksi. U nekim slučajevima upravo je postojanje tih puteva razrešilo spor i sprečilo veliki rat.[32]

Kao oprobano i pouzdano sredstvo, koje je, uz neposredne pregovore strana u sporu, najstariji način mirnog rešavanja međunarodnih sporova, tokom XIX veka dosta često je korišćeno posredovanje.

Tako je npr. 1866. g. Napoleon III svojim posredovanjem uspeo da pomogne zaključenje mira između Austrije i Pruske i, ubrzo zatim, između Austrije i Italije; Austrija je 1867. g. uspešno posredovala u sporu između Francuske i Pruske oko Luksemburga; SAD su 1882. g. posredovale između Bolivije i Čilea; Papa Lav XIII je 1885. g. uspešno posredovao u sporu između Nemačke i Španije oko Karolinskih ostrva; Evropske sile su 1897. g. svojim posredovanjem dovele do okončanja rata između Grčke i Turske, i dr.

U XIX veku jača uloga međunarodne arbitraže. Tvrdi se da je na taj način rešeno preko 50 međunarodnih sporova odn. da je samo između 1872. i 1899. g., za tek nešto više od četvrt veka, na rešavanje pred arbitražu izneto 86 sporova.[33] Po drugim izvorima, nakon uspeha arbitraže u slučaju *Alabama* 1872. godine, u naredne tri decenije arbitražni sudovi su sa

[31] Uostalom, odredba iz čl. 2 Konvencije obavezuje ugovornice „da u slučaju ozbiljnog razmimoilaženja ili sukoba, ukoliko prilike to budu dopustile, *pre nego što pribegnu oružju* [podvukao B.K.] obrate se dobrim uslugama ili posredovanju jedne ili više prijateljskih sila“.

[32] O mirnom rešavanju sporova u prošlosti i u naše vreme: Б. Кривокапич, *Мирное разрешение международных споров*, Самара 2020.

[33] B. M. Janković, Z. Radivojević, 396.

velikim uspehom rešavali oko 100 predmeta, s tim da je Velika Britanija učestvovala u oko 30, SAD u oko 20, evropske države u oko 60, a latinoameričke države u oko 50 arbitraža.[34]

Zavisno od slučaja, u ulozi arbitara pojavljivale su se treće države, međunarodna sudska veća (npr. u sporu *Alabama*), nacionalni sudovi država,[35] šefovi država i druge istaknute ličnosti[36] pa čak i obični, istina, kvalifikovani, pojedinci.[37] Bilo je i arbitražnih sudova sastavljenih istovremeno od šefova stranih država i predstavnika strana u sporu.[38]

Najpoznatiji spor koji je u ovom periodu rešila neka međunarodna arbitraža je slučaj *Alabama* (*Alabama Case*) između SAD i Velike Britanije (1865–1872). Njega je 1872. g, presudila petočlana komisija sastavljena od po jednog predstavnika strana u sporu i tri neutralna člana (iz Brazila, Italije i Švajcarske).

Nastao je zbog toga što iako je proglasila neutralnost u američkom secesionističkom ratu (1861–1865). Britanija nije učinila ništa da spreči izgradnju u svojim lukama brodova koje su naručile države Konfederacije. Premda su napuštali britanske vode bez oružja, oni su imali ugrađena ležišta za topove, tako da su na pučini brzo naoružavani i popunjavani posadom sa brodova koji su isplovljavali iz drugih britanskih luka. Zatim su odmah započinjali krstarička dejstva, nanoseći veliku štetu trgovačkoj mornarici Severa – uništili su ili zaplenili preko 200 severnjačkih brodova. Najuspešnija u tome bila je „Alabama“, koja je uništila ili zaplenila 71 brod, te otuda i naziv spora.

Pošto su nekoliko puta bezuspešno protestovale tokom trajanja građanskog rata, SAD su odmah po njegovom završetku tražile od Velike Britani-

[34] М. Хадсон, 30–33. Nav. prema: А. Попков, „Концепция международного арбитража и ее историческое развитие“, *Белорусский журнал международного права и международных отношений* 4/1998, 29.

[35] Tako je npr. francuski Kasacioni sud 1879. g. označen od Nikaragve kao arbitar u sporu između nje i Francuske. M. Moa, *Osnovni pojmovi međunarodnog javnog prava*, Beograd 1925, 254.

[36] Npr. nemački car u sporu između Velike Britanije i SAD oko arhipelaga San Huan (1872), predsednik Francuske Republike u sporu između Engleske i Portugalije (1875), ruski car u sporu između Francuske i Holandije (1891), španska kraljica u sporu između Kolumbije i Venecuele (1891).

[37] Jedan francuski pravnik je kao arbitar – pojedinac 1898. g. sam rešio spor između Belgije i Velike Britanije. M. Moa, 254.

[38] Npr. spor između Velike Britanije i SAD povodom pretenzija SAD da je čitavo Beringovo more njihovo unutrašnje more, rešavala je 1892. sedmočlana arbitraža sa sedištem u Parizu koju su činila po dva predstavnika država u sporu, a uz njih još predsednik Francuske, kralj Italije, i švedsko-norveški kralj. Ф. Ф. Мартенс, *Современное международное право цивилизованных народов*, (по изданию 1904–1905), том I, Москва 1996, 272–273.

je veliku odštetu. Ona je to odbila tvrdeći da nije odgovorna po međunarodnom pravu, a da joj unutrašnje pravo zabranjuje da se meša u privatne interese – odnose domaćih brodogradilišta sa stranim partnerima. Kada su se odnosi između njih zaoštrili do te mere da je zapretila opasnost od izbijanja rata, obe države su Vašingtonskim ugovorom (8. 3. 1871.) pristale da spor povere međunarodnoj arbitraži, s tim da su se sporazumele o pravilima kojih će se arbitraža pridržavati (Vašingtonska pravila). Odlučujući na osnovu njih pravila, arbitraža je presudom od 14. 9. 1872. utvrdila odgovornost Velike Britanije, zaključivši da je ona prekršila dužnost neutralne države time što nije sprečila isplovljavanje brodova, nije preduzela mere za njihov progon i nije ništa učinila kada su brodovi kasnije ponovo uplovljavali u njene luke. Britanija je protestovala, ali je ipak izvršila presudu i isplatila SAD 15,5 miliona dolara dosuđenih na ime odštete.

Iz ovog perioda su neke od najpoznatijih arbitražnih presuda u sporovima, koji su se, zavisno od slučaja, ticali prava i dužnosti neutralnih država, zaplene brodova, ribolova, prava na određenu teritoriju, pitanja u vezi sa granicom, odgovornosti države za postupke svojih organa, sukoba nadležnosti, ekstradicije itd.[39]

3.3. Prve međunarodne mirovne misije

Premda se neki slični pokušaji ne mogu isključiti ni u prethodnim razdobljima istorije, na izmaku XIX v. zabeležena je prva međunarodna mirovna operacija u novijoj istoriji.

Posle još jednog u nizu ustanaka Krićana, odlučnih da se oslobode turske vlasti i ujedine sa Grčkom, velike sile su odlučile da zavedu red i u februaru 1897. g. poslale su na Krit jedinice sastavljene od trupa Velike Britanije, Francuske, Italije, Rusije, Nemačke i Austro-Ugarske. U okupaciji ostrva i očuvanju mira je 1897–1899. g. učestvovao je i odred Crnogoraca od 70 vojnika, 8 podoficira i 2 oficira. Za vreme boravka međunarodnih snaga, Kritom je upravljao odbor sastavljen od admirala četiri velike sile – Velike Britanije, Francuske, Italije i Rusije (snage Nemačke i Austrougarske su se povukle početkom 1898. g.). Marta 1898. g. pomenute četiri sile su odlučile da će Krit ostati pod turskom vlašću ali dobiti autonomiju. Sultanu se takvo rešenje nije svidelo, ali je bio prinuđen da ga prihvati.

[39] Pregled ovih slučajeva vidi kod: M. Novaković, *Osnovi međunarodnog javnoga prava*, II, Beograd 1938, 163–179.

3.4. Sloboda plovidbe međunarodnim rekama

1. Sloboda plovidbe međunarodnim rekama. – U prethodnim razdobljima reke su pripadale onome na čijoj teritoriji su se nalazile odnosno služile su kao granica između dve države. Nije postojala pravno uobličena kategorija međunarodnih reka, niti su međunarodnim pravom bila predviđena prava brodova svih zastava. Naprotiv, u vreme feudalne rascepkanosti mnoge sukcesivne reke (one koje protiču kroz teritorije dve ili više država) a posebno one među njima koje su bile važne za međunarodni saobraćaj, bile su podeljene u smislu da se njihov tok nalazio pod nadležnošću i vlašću raznih većih ili manjih vladara.

To je imalo za posledicu da je transport rekama, koji je oduvek bio važan za međunarodnu trgovinu, bio je znatno otežan. Ovo zato što je plovidba rekom koja protiče kroz teritorije nekoliko država podrazumevala stalno zaustavljanje broda, pregled brodskih papira, broda i tereta, plaćanje carina i drugih dažbina i slično. Time je usporavan saobraćaj, što je, između ostalog, moglo dovesti do kvarenja određene robe, kao što su npr. namirnice.

Istraživanja istoričara, koja se zasnivaju na registrima za naplatu prevoza robe Rajnom u periodu od 1630. do 1810. g. pokazala su da su tom rekom prevoženi naročito: drvna građa, staklo, rude, tuf (vrsta vulkanoklastične stene koja se koristi za gradnju, a koje ima u izobilju u Italiji odakle se izvozi u druge zemlje), štampane knjige, oružje itd. ali i sanduci sa hranom, kao to su limun, bakalar, sir i dr. Pored toga, prevoženi su i putnici – poslanici (putujući ambasadori), profesori, studenti, komedijaši (glumci, zabavljači), vojnici itd.[40]

Sa druge strane praksa o kojoj je reč imala je za posledicu to da je krajnja cena robe bila suviše visoka. Ovo zbog toga što su u cenu robe morala biti ugrađeni i izdaci koji su izdvojeni za plaćanje raznih nameta kojima je roba opterećena na svom putu.

Dovoljnu ilustraciju predstavlja podatak da su krajem XVIII v. na Rajni, reci koja protiče između današnje Švajcarske i Holandije, i to samo na delu između Strazbura i holandske granice, postojale 32 stanice za naplatu raznih dažbina.

Svemu rečenome može se dodati i to da je gospodar teritorije preko koje je prolazila reka u principu mogao da zabrani prevoz određene robe ili plovidbu brodova koji su poreklom iz određenih država.

[40] L. Van Prooije, „Toll Stations along the great Rivers“, The viabunus Blog, *www.landesgeschichte.uni-goettingen.de/roads/viabundus/toll-stations-along-the-great-rivers/*, 15 October 2020.

Uočavanje tih problema dovelo je do toga da, pod pritiskom zahteva međunarodne trgovine, već od početka XIX v. sve više prodire shvatanje o tome da neke reke imaju međunarodni značaj i da na njima mora važiti načelo slobodne plovidbe za trgovačke brodove svih zastava, što znači svih zemalja.

Ovo načelo je prvi put je proklamovano 1792. godine. Ipak, ono je na međunarodnom planu pravno formulisano tek u Završnom aktu Bečkog kongresa (1815).[41] Najpre je primenjeno na Rajnu i druge evropske reke (Vislu, Odru, Elbu, Dunav, Labu i dr.), a zatim postepeno i na reke na drugim kontinentima.

2. Međunarodne rečne komisije. – U tesnoj vezi sa proklamovanom slobodom plovidbe međunarodnim rekama je pojava posebnih međunarodnih tela poznatih kao međunarodne rečne komisije. One se osnivaju da bi se prevazišle pojave koje su otežavale međunarodnu trgovinu, odnosno da bi se obezbedili nesmetana plovidba i najvažniji oblici redovnog upravljanja i gazdovanja datom međunarodnom rekom. To se čini samim ugovorom kojim se reka proglašava međunarodnom.

Rečne komisije bile su sastavljene od lica različitog državljanstva i bile su zadužene za sprovođenje konkretnog ugovora i obezbeđenje plovidbe za sve, bez diskriminacije. Imale su važnu normativnu ulogu i druga ovlašćenja, uz pravo da umesto nacionalnih (unutrašnjih) sudova država raspravljaju sporove po žalbama protiv odluka o dažbinama.

Najstarija rečna komisija koja i danas funkcioniše je Centralna komisija za plovidnu Rajnom, čije osnivanje se vezuje za akte Bečkog kongresa (1815) s tim da su pitanja koja se tiču njenog pravnog položaja precizirana Ugovorom iz Majnca (1831). U toku XIX v. obrazovane su međunarodne komisija i za druge reke – Elbu (1821), Duro (1835), Po (1849), Dunav (1856), Prut (1866) i dr.

Dunav je status međunarodne reke sa pravom slobodne plovidbe za sve države dobio Pariskim ugovorom (1856) kojim su formirana i dva međunarodna tela – Evropska komisija, sastavljena od predstavnika velikih sila, i Pribrežna komisija, u koju su ušli predstavnici pribrežnih država. Premda je nadležnost Evropske komisije trebalo da bude vremenski, prostorno i stvarno ograničena, njen mandat je stalno produžavan, a ovlašćenja proširivana, tako da je potpuno potisnula Pribrežnu komisiju.[42]

Osim što su poslužile međunarodnoj saradnji u rešavanju konkretnih pitanja koje je nametao život, rečne komisije su, kao poseban vid

[41] Istini za volju, načelo o slobodi plovidbe, predviđeno Završnim aktom Bečkog kongresa, odnosilo se u to vreme samo na brodove pribrežnih država i prenos robe svih država rekom (ali ne i brodovima nepribrežnih država).

[42] Vid. B. Krivokapić, 2017, 377–378, 755–758.

međunarodnog organizovanja predstavnika raznih država, predstavljale i jedan od važnih koraka ka osnivanju prvih međunarodnih organizacija.

Štaviše, neki smatraju rečne komisije međunarodnim organizacijama, pa tako ističu da je Centralna komisija za plovidbu Rajnom, osnovana Bečkim ugovorom (1815) najstarija i danas postojeća međunarodna organizacija.[43] Mislimo da se, bez obzira na njihov značaj, rečne komisije, iz mnogo razloga ne mogu izjednačiti sa međunarodnim organizacijama. Uostalom, čak i u naše vreme one se u praksi i pravnoj literaturi po pravilu uvek odvajaju od međunarodnih organizacija i izlažu zasebno.

3.5. Višestrani ugovori o saradnji i unifikaciji pravila u određenim oblastima

Kada je reč o višestranim ugovorima, za ovaj period je karakteristično nekoliko momenata: 1) višestrani ugovori se zaključuju sve češće, 2) krug članica tih sporazuma je sve širi, s tim da sve više obuhvata države iz raznih delova sveta i 3) ne radi se, kao u prošlosti, samo o mirovnim ugovorima ili političkim aranžmanima.

Pod uticajem novih odnosa u međunarodnoj zajednici i brojnih inovacija u svetu tehnike i saobraćaja, dolazi do potpisivanja raznih međunarodnih sporazuma koji nastoje da na jedistven odn. unificirani način regulišu odgovarajuća pitanja. Drugačije jednostavno nije moglo biti, jer su prednosti koje su nudili telegraf, železnica, automobil itd. dolazile do izražaja naročito u prekograničnom saobraćaju, a on je mogao biti uspostavljen i nesmetano se odvijati samo ako su njegovi najvažniji elementi u dovoljnoj meri standardizovani u međunarodnim (svetskim) okvirima.

Telegraf je omogućio skoro trenutno prenošenje vesti, ali samo pod uslovom da postoji jedinstvena tehnologija i da je prihvaćen isti sistem kodiranja poruka. Stoga su na kraju prve Međunarodne telegrafske konferencije (1865) delegati 20 evropskih zemalja potpisali Telegrafsku konvenciju, kojom su utvrđena osnovna načela međunarodnog telegrafskog saobraćaja. Dodatak uz nju bio je Pravilnik o međunarodnoj službi, poznat i kao Telegrafski pravilnik, koji je sadržao odredbe o međunarodnoj telegrafskoj mreži; uslugama koje pružaju telegrafske kancelarije; sistemima naplate i tarifama; signalnim kodovima; pripremi telegrama i brojanju reči; slanju, prenosu i isporuci telegrama; telegramima koji se odnose na bezbednost života; vladinim telegramima; telegramima štampe i dr. Nakon što je 1876. g. patentiran telefon, Pravilnik je 1885. g. dopunjen odredbama o međunarodnom telefonskom saobraćaju. Značaj Konferencije je i u tome

[43] Robertson A., *European Institutions*, 1966, 237. Nav. prema: D. S. Collinson „The Rhine Regime in Transition – Relations Between the European Communities and the Central Commission for Rhine Navigation“, *Columbia Law Review* 72/1972, 485.

što je stvorena Međunarodna telegrafska unija, kao prva međunarodna organizacija u istoriji. Dodatno, pošto je postavljanje i korišćenje podmorskih telegrafskih kablova (jednim od njih je 1858. g. preneta prva telegrafska poruka između Amerike i Evrope) zahtevalo jedinstveno regulisanje čitavog niza pitanja, u Parizu je 1884. g. zaključena Međunarodna konvencija za zaštitu morskih telegrafskih kablova.

Međunarodnopravno regulisanje na široj osnovi zahtevao je i poštanski saobraćaj. Skup poštanskih usluga, poštanska tarifa i druga bitna pitanja razlikovali su se od jedne zemlje do druge, što je znatno usporavalo i poskupljivalo međunarodni poštanski saobraćaj. Prvi korak ka prevazilaženju tih problema bila je poštanska konferencija u Bogoti 1838. g., na kojoj su tri latinoameričke države (Venecuela, Ekvador i Nova Granada – današnja Kolumbija) stvorile između sebe poštanski savez. Zatim je 1863. g., u Parizu održana Poštanska konferencija na kojoj su delegati 15 država iz Evrope i Amerike definisali opšte principe za pojednostavljenje procedura, kao model za naknadne bilateralne sporazume. Najvažniji događaj bila je međunarodna konferencija u Bernu 1874. g, na kojoj su predstavnici 21 zemlje[44] sa tri kontinenta[45] usvojili Ugovor o formiranju Svetskog poštanskog saveza, poznat i kao Bernski ugovor (1874). To je bio univerzalni međunarodni sporazum, koji je uspeo da sve države članice ujedini u jedinstvenu poštansku teritoriju sa istim pravnim okvirima koji se tiču razmene pismonosne pošte. Ostale vrste poštanskih usluga (prenos pisama i paketa sa deklarisanom vrednošću, prenos paketa, uputnice i dr.) regulisane su dodatnim sporazumima koji vezuju samo njihove članove. Ugovor je definisao i uslove tranzita i tranzitne troškove, razne vrste besplatnih pošiljki (npr. publikacije za slepe, štampane Brajevom azbukom). Na konferenciji je osnovana specijalizovana međunarodna organzacija – Opšta poštanska unija, koja je 1878. g. preimenovana u Svetski poštanski savez, što je naziv pod kojim postoji i danas, kao jedna od specijalizovanih agencija Ujedinjenih nacija.

Pošto su u raznim delovima sveta vladali razni merni sistemi, što je otežavalo međusobno razumevanje i saradnju, učinjeni su napori da se

[44] Na Konferenciji su učestvovali i predstavnici Francuske, kao 22. države učesnice, ali oni nisu potpisali Konvenciju.

[45] Iz Evrope: Austrougarska, Belgija, Crna Gora, Danska, Grčka, Holandija, Italija, Luksemburg, Nemačka, Norveška, Portugal, Rumunija, Rusija, Srbija, Španija, Švajcarska, Švedska, Turska i Velika Britanija; iz Amerike – SAD i iz Afrike – Egipat. U sastav Unije su zatim ušli Francuska, francuske kolonije i Britanska Indija (svi 1876), Brazil, Japan, Persija, danske, holandske, portugalske, španske i neke britanske kolonije (svi 1877), Argentina i Kanda (obe 1878), Bugarska, Honduras, Liberija, Meksiko, Njufaundlend, Salvador, Peru, britanske kolonije u Centralnoj Africi (svi 1879), Bahamska Orstva, Ekvador, San-Dominga, Urugvaj i Venecuela (svi 1880), Barbados, Čile, Gvatemala, Haiti, Kolumbija, Paragvaj, Sent Vinsent (svi 1881) itd.

postigne unifikacija, uspostavljanjem jedinstvenog međunarodnog mernog sistema. U tu svrhu 20. 5. 1875. predstavnici 17 zemalja sa 2 kontinenta[46] potpisali su Metarsku konvenciju, poznatu i Konverncija o metru, kojom je kao jedinstvena mera uveden metar. Konvencijom je osnovan Međunarodni biro za tegove i mere, kao međunarodna organizacija, specijalizovana za međunarodnu saradnju u cilju obezbeđenja jedinstvenog, koherentnog sistema merenja širom sveta.

Pariska konvencija za zaštitu industrijske svojine (1883) regulisala je najvažnija pitanja koja se odnose na patente, žigove, modele, industrujske dizajne, trgovačka imena i dr. i osnovala Uniju za zaštitu industrijske svojine. Premda je imala relativno mali broj izvornih potpisnica (samo 11)[47] Konvencija, sa kasnijim izmenama i dopunama, važi i danas.

Pod uticajem Pariske konvencije iz 1883, već 1885. g. potpisana je Bernska konvencija o zaštiti književnih i umetničkih dela, koja se bavi zaštitom tih dela i njihovih autora. Ova zaštita je definisana u međunarodnim okvirima, uz usvajanje određenih jedinstvenih pravila. Sa kasnijim izmenama i dopunama, Konvencija je i danas najvažniji međunarodni sporazum u materiji zaštite autorskih prava. Izvorno je imala samo 10 članica, ali zato sa tri kontinenta.[48]

Vredi pomenuti i da je 1891. g. potpisan Madriski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova. Njime je stvoren sistem za međunarodnu registraciju žigova,[49] koji omogućava zaštitu žiga u velikom broju zemalja dobijanjem međunarodne registracije koja važi u svakoj od ugovornica. Sa kasnijim izmenama i dopunama i ovaj sporazum važi i danas.

Važni su i razni drugi sporazumi, koji su usvojeni pod pritiskom zahteva koje je diktirao sam život. Jedan od primera je Međunarodna konvencija o prevozu robe železnicom (1890) čija sadržina se vidi iz njenog naziva.

Posebnu vrstu specijalizovanih međunarodnih ugovora predstavljali su oni kojima su kodifikovana pravila međunarodnog ratnog i humanitarnog prava. Reč je o Ženevskoj konvenciji o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu (1864) i drugi odnosni sporazumi koji su zaključeni u ovom periodu.

---

[46] Od toga 12 iz Evrope (Austrougarska, Belgija, Danska, Francuska, Nemačka, Italija, Portugal, Rusija, Španija, Švajcarska, Švedska-Norveška i Turska) i 5 iz Amerike (Argentina, Brazil, Peru, SAD, i Venecuela.

[47] Od toga 8 iz Evrope (Belgija, Francuska, Holandija, Italija, Portugal, Srbija, Španija i Švajcarska) i 3 iz Latinske Amerike (Brazil, Gvatemala i Salvador).

[48] Od toga 7 iz Evrope (Belgija, Francuska, Nemačka, Italija, Španija, Švajcarska i Velika Britanije), 2 iz Afrike (Liberija i Tunis) i 1 iz Amerike (Haiti).

[49] Izvorno ga je potpisalo samo 8 država od kojih 7 iz Evrope (Belgija, Francuska, Holandija, Italija, Portugal, Španija i Švajcarska) i 1 iz Amerike (Gvatemala).

Značaj pomenutih i sličnih sporazuma bio je ne samo u tome što su na širokoj osnovi uređeni odnosi u datoj oblasti međunarodnih odnosa (konkretno regulisanje najvažnijih pitanja i principa) već, gledano šire, što se prešlo na viši nivo međunarodnog pregovaranja i dogovaranja. Radi se o ugovorima koji su zamišljeni i uobličeni sa idejom da obuhvate čitav svet. To čini da se, makar u ograničenom obliku, po prvi put u istoriji susrećemo sa zaista univerzalnim međunarodnim pravom. Istovremeno, praksa primene ovih sporazuma dovodi do nastanka određenih međunarodnopravnih običaja koji, prirodno, i sami imaju opšti, univerzalni karakter.

3.6. Međunarodne organizacije

Počev od druge polovine XIX v. države sve češće zaključuju međunarodne ugovore kojima stvaraju zajednice radi obezbeđenja saradnje svojih upravnih organa po tehničkim i administrativnim pitanjima. Te zajednice nazivaju se upravnim savezima odn. administrativnim unijama, što je trebalo da označi da je reč o međunarodnim tvorevinama preko kojih se ostvaruje višestrana saradnja nadležnih upravnih (administrativnih) organa država.

Naime, u to vreme mnoge oblasti života, posebno one u kojima su ostvareni nagli tehnički i tehnološki prodori (telegraf, železnica, poštanski saobraćaj i dr.) bile su u nadležnosti i pod kontrolom državnih (upravnih) organa. Radi ostvarivanja međusobne saradnje, a pre svega radi obezbeđenja razvoja i nesmetanog odvijanja međunarodnog saobraćaja, došlo je do povezivanja ovih organa u posebne zajednice (saveze, unije) od kojih je svaka imala sopstvenu oblast saradnje i svoje članstvo.

U prvo vreme radilo se o nekoj vrsti konferencija ovlašćenih predstavnika država, s tim da su sastanci naizmenično držani u jednoj, pa u drugoj zemlji. Ubrzo je ustanovljeno da je to nepraktično – zbog toga što je neracionalno, pa i nemoguće svaki put prenositi u novo mesto celokupnu arhivu, što se pokazalo da je zbog pouzdane komunikacije i iz drugih razloga poželjno imati stalno sedište, da je za obavljanje određenih poslova potrebno imati stalno zaposlena lica itd. S tim u vezi, radi pripremanja sastanaka predstavnika članica i koordinacije zajedničkog rada, ove zajednice su počele da osnivaju sekretarijate, a zatim i druge stalne organe, kao i da se vezuju za određeno stalno sedište.

Kao prvi takav savez i ujedno prva međudržavna organizacija stvorena je 1865. g. Međunarodna telegrafska unija. Zatim su osnovani: Opšta poštanska unija (1874), Međunarodni biro za tegove i mere (1875), Unija za zaštitu industrijske svojine (1883) itd. Ove organizacije, neke pod nešto izmenjenim nazivima, postoje i danas, s tim da većina njih ima status specijalizovane agencije Ujedinjenih nacija. Ostavljajući po strani značaj

svake pojedine međunarodne ustanove za razvoj međunarodne saradnje i međunarodnog prava u konkretnoj oblasti, pojava administrativnih unija značila je rađanje i zatim brzi razvoj međunarodnih organizacija kao novih, do tada nepoznatih subjekata međunarodnog prava.

Na samom kraju XIX veka stvorena i prva regionalna međunarodna organizacija. Bila je to Međunarodna unija američkih republika (*International Union of American Republics*). Osnovana je u Vašingtonu 14. 4. 1890. godine na Prvoj konferenciji američkih država na kojoj su učestvovali predstavnici 18 američkih država. Na konferenciji je osnovan i Komercijalni biro američkih republika, kao stalni sekretarijat Unije, sa sedištem u Vašingtonu.[50] Organizacija je 1910. g. preimenovana je u Uniju američkih republika (Panamerička unija) a 1948. g. je iz nje nastala današnja Organizacija američkih država.[51]

Bez međunarodnih organizacija nezamislivi su savremeni međunarodni odnosi i pozitivno međunarodno pravo. Od svoje pojave, sve do danas međunarodne organizacije igraju veoma važnu ulogu u stalnim pregovorima i saradnji između država članica, a često i sa nečlanicama; u razvoju pojedinih njegovih grana i međunarodnog prava kao celine; u pojavi novih međunarodnih tela i ustanova; u mirnom rešavanju međunarodnih sporova i smirivanju međunarodnih sukoba; itd. To daje za pravo da se primeti da pojava međunarodnih organizacija iz mnogo razloga spada među najvažnije novine koje je u sferi međunarodnih odnosa i međunarodnog prava doneo XIX vek.

3.7. Vazalne države i protektorati

Pošto se u oba slučaja radi o međunarodnim ugovorom uspostavljenom odnosu između jače i slabije države, ponekad nije lako razlikovati vazalne države i protektorate. Ipak, u principu to su razne ustanove, među kojima postoji dovoljno jasna razlika.

Klasične vazalne države nemaju pravo da samostalno vode spoljnu politiku, već su u tom pogledu u punoj meri vezane za sizerena (jaču državu), što ide dotle da ako on uđe u rat, i vazalna država ulazi u rat.[52]

[50] On je 1902. g. na Drugoj konferenciji američkih država (1901–1902) preimenovan u Međunarodni biro.

[51] Ima mišljenja da su prve međunarodne organizacije bile rečne komisije, osnovane početkom i sredinom XIX veka za Rajnu, Dunav i druge reke. Ipak, one su po mnogo čemu specifične i tradicionalno se izdvajaju kao posebni oblik međunarodne saradnje koji se pojavio pre međunarodnih organizacija.

[52] Nazivi država u ovom odnosu potiču iz naziva feudalaca koji su u prošlosti bili u suštinski sličnom odnosu. Konkretno, vazal (nlat. *vasallus*, verovatno od keltskog *gwas*, sluga) je u srednjem veku, mahom u Zapadnoj Evropi, bio feudalac (vlastelin) koji je dobijao zemlju od drugog, jačeg feudalca (vlastelina, vladara) pod uslovom da mu se potčinjava, a

Naprotiv, premda se lišava dela svoje suverenosti, država pod protektoratom (protektorat, država štićenica) ostaje i dalje subjekt međunarodnog prava. Ona ne postaje deo države protektora (država zaštitnica), njeni državljani ne stiču samim tim državljanstvo države protektora, rat države protektora protiv treće države ne povlači ulazak u rat države pod protektoratom, ugovori koje zaključi država protektor ne primenjuju se automatski na teritoriji države pod njenom zaštitom i dr.

3.7.1. Vazalne države

Premda na prvi pogled može izgledati neobično, u XIX veku i dalje postoje brojne vazalne države. Ipak, uglavnom se radi o prelaznom obliku ka punoj samostalnosti odnosnih zemalja ili, naprotiv, ka gubitku nezavisnosti, bilo tako što su kasnije ta područja potpuno pripojena državi-sizerenu, bilo tako što su postala deo neke druge države.

Mnoge zemlje koje su bile turski vazali, u XIX v. su izgubile taj status, kao npr. Dubrovačka Republika (1458–1808),[53] Kneževina Moldavija (1503–1861), Kraljevina Imeretija (1555–1804), Kneževina Abhazija (1555–1810), Fundžistan odn. Senarski sultanat (1556–1821), Šerifat Meke (1517–1803), Hararski emirat (1647–1887), Mamlučka dinastija u Iraku (1704–1831), Tripolitanija (1711–1835) i dr.

Sa druge strane, određene zemlje su tek u XIX v. postale turski vazali, s tim da je kod nekih taj odnos okončan tokom tog istog stoleća, dok je kod drugih prestao tek u XX v. Primeri su: Srbija (1830–1878), Kneževina Samos (1832–1912), Emirat Džabal Šamar (1836–1921), Ujedinjene kneževine Moldavija i Vlaška (1862–1877), Jetišar (1865–1877), Egipat (1867–1914), Katar (1872–1913), Bugarska (1878–1908), Kipar (1878–1914) i dr. U većini ovih slučajeva uspostavljanje vazalnog odnosa nije predstavljalo nametanje ograničenja dotadašnjeg suvereniteta, već naprotiv, korak ka sticanju nezavisnosti, uporedo sa slabljenjem Osmanskog carstva.

U nekim slučajevima država-sizeren priznavala je svom vazalu određene oblike ograničenog međunarodnog subjektiviteta.

Primer je Srbiji, koja je bila turski vazal sve dok nije zvanično stekla nezavisnost na Berlinskom kngresu 1878. g. Međutim, ona je mnogo pre toga ostvarila neke vidove međunarodnopravnog subjektiviteta, svojstvenih suverenim državama. Već 1836. g. u Beogradu je otvoren austrijski, a za njim i konzulati Velike Britanije (1837), Rusije (1838), Francuske

posebno da se na njegov poziv odazove i bori u ratu na njegovoj strani. Taj jači vlastelin, kome je bio podređen slabiji, nazivao se sizeren (od lat. *sursum*, naviše, uvis).

[53] Prva godina je godina uspostavljanja, a druga – prestanka vazalnog odnosa.

(1839), Sardinije (1849), Grčke (1868) itd. Pored toga, Srbija je 17. 2. 1836. (na osnovu sultanove saglasnosti, date fermanom oktobra 1835. g.) otvorila svoje prvo predstavništvo u inostranstvu – Knjaževsku srpsku agenciju u Bukureštu, koja je obavljala konzularne poslove, izdavala pasoše, rešavala statusna pitanja, vršila legalizaciju dokumenata, beležničke poslove, međunarodnu pravnu pomoć u građanskim i krivičnim stvarima, evidenciju srpskih državljana i drugo; a u Carigradu je na osnovu Hatišerifa iz 1838. postojalo Srpsko diplomatsko predstavništvo, kao diplomatska misija *sui generis*.[54] To nije sve. Srbija je 1866. g. postala član Međunarodnog telegrafskog saveza, s tim da je od 1868. samostalno obavljala međunarodni poštanski saobraćaj; Učestvovala je na Bernskoj konferenciji 1874. g. kao jedna od samo 21 države koje su osnovale Opštu poštansku uniju; pristupila je 24. 3. 1876, dakle 2 godine pre formalnog osamostaljenja, Ženevskoj konvenciji o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu (1864) itd.

Opšte uzev, premda su se tu i tamo zadržali vazalni odnosi između država, u XIX v. taj institut sve više gubi značaj, kao relikt feudalizma, nespojiv sa uslovima i potrebma novog vremena. Vazalne države postepeno stiču nezavisnost, a tamo gde je ostala formalna podređenost slabije države jačoj, to se ispoljava na druge načine, među kojima i putem ustanovljenja protektorata.

3.7.2. Protektorati

Odnosi koji bi se mogli označiti kao protektorati (od nlat. *protectoratus*, zaštitništvo, pokroviteljstvo) beleže se tokom čitave istorije. Između ostalog, u takvom položaju su se nalazili *civitates foederatae*, savezнички gradovi i lokalne zajednice koji su bili pod vlašću Rima, ali uživali određenu autonomiju. Premda je za to doba karakterističniji bio odnos vazaliteta, protektorat se sreće i u srednjem veku. U XV–XVIII v. protektorate su imale razne velike sile: Velika Britanija (Obala komaraca odn. Moskitija), Turska (Krimski kanat, Alžir, Otomanska Tripolitanija), Portugal (Kraljevina Larantuka), Rusija (Žečpospolita – Državna zajednica Poljske i Litvanije, Kartlija-Kahetija, Imereti, Moldavija) i dr.

Pa ipak, moderni koncept protektorata nastao je tek u XIX veku. Od tada se radi o dovoljno precizno definisanom institutu međunarodnog prava koji označava odnos između dveju država u kome se slabija stavlja pod pokroviteljstvo one jače, poveravajući joj vođenje svih svojih važnijih međunarodnih poslova. Tako se naziva i sama slabija država u tom odnosu.

[54] Đ. Lopičić, *Studije i ogledi o konzularnim odnosima*, Beograd 2006, 483–548; Đ. N. Lopičić, J. Đ. Lopičić Jančić, *Konzularni odnosi i konzularno pravo*, Beograd 2013, 37–41.

Odnosi između države protektora i njene štićenice uređuju se međunarodnim ugovorom čija sadržina može biti vrlo različita. Ipak, kao zajedničke karakteristike svih pojavnih oblika ovog instituta ističu se pravo i dužnost protektora da zastupa svoju štićenicu na međunarodnom planu, a naročito da, ako treba i oružjem, brani njenu nezavisnost i teritorijalnu celovitost. Izvan toga su veće ili manje razlike u zavisnosti od suštine samog odnosa.

Najviše protektorata u XIX veku imala je Velika Britanija, čiji su protektorati bili: Malta (1800–1813), Mogulsko carstvo odn. Indija (1803–1858), Jonska ostrva (1815–1864), Nepal (1816–1923), Abu Dabi (1820 – 1971), Ajman (1820–1971), Šardža (1820–1971), Um el Kajven (1820–1971), Dubai (1835–1971), Aden (1839–1967), Sikkim (1861–1947), Tokelau (1877–1916), Avganistan (1879–1919), Bahrein (1880–1971), Egipat (1882–1914), Britanski Somalilend (1884–1960), Papua (1884–1888), Bečuan (1885–1966), Maldivi (1887–1965), Kukova Ostrva (1888–1893), Saravak (1888–1946), Zanzibar (1890–1963), Britanska Solomonska Ostrva (1893–1978), Gambija (1894–1965), Uganda (1894–1962), Britanska istočna Afrika (1895–1920), Sijera Leone (1896–1961), Kuvajt (1899–1961) i dr.

Francuski protektorati bili su: Rajnska konfederacija (1806–1813), Francuska Polinezija (1842–1946), Obala Slonovače (1842–1904), Druga Meksička Imperija (1863–1867), Kambodža (1863–1945), Tunis (1881–1956), Anam (1883–1945), Tonkin (1883–1945), Vijetnam (1884–1945), Laos (1893–1945), Gornja Volta (1895–1919), Gvineja (1891–1894) i dr.; Nemački: Nova Gvineja (1884–1914), Togolend (1884–1914; Gand (1895–1897), Gurman (1895–1897) i dr.; Ruski: Vlaška (1829–1856), Karačaj (1834–1873) i dr.; Italijanski: Monako (protektorat Sardinijije 1815–1860), Etiopija (1889–1896), Banadir (1889–1905) i dr.; Portugalski: Gaza (1824–1895), Kongo (1857–1910), Portugalski Kongo (1885–1974) i dr.; Španski Sulu (1851–1898) i dr.; Holandski: niz sultanata i drugih područja od 50-ih godina XIX v. na Sumatri, Javi, Borneu, Celebesu, Malim Sundskim ostrvima, Molučkim Ostrvima i Novoj Gvineji; Argentinski: Federalna Liga (1815–1820), Peru (1821–1822), itd.

U nekim slučajevima uspostavljeni su tzv. međunarodni protektorati preko dve ili više država. Primeri su zajednički protektorati Rusije i Turske nad Republikom Sedam ostrva (1800–1807); Rusije, Pruske i Austrije nad Krakovskom Republikom (1815–1846) i Turske, Velike Britanije, Francuske, Sardinije, Austrije, Pruske i Rusije nad Vlaškom (1856–1859).

3.8. Položaj pape (Svete Stolice)

Jedna od karakteristika ovog perioda je i činjenica da je papa izgubio

ulogu koju je imao u prethodnim vekovima, kada je bio važan subjekt međunarodnih odnosa i međunarodnog prava, sa svojom svetovnom državom i vojskom, aktivnim i pasivnim pravom poslanstva, ulogom arbitra u međunarodnim sporovima i dr. Papa je u to vreme, vodio prave ratove sa pojedinim državama i čak pretendovao da u pogledu ranga ima prednost nad svim ostalim vladarima.

Međutim, Italija je 1870. g. zauzevši Rim i izvršivši anekciju papine države, samim tim papu lišila dotadašnje svetovne vlast. Pošto je papa odbio uslove koje mu je Garancionim zakonom (1871) ponudila Italija (pravo na određene privilegije i imunitete, godišnju rentu i uživanje nekih objekata, ali ne i pravo vlasništva ili suverenitet nad teritorijom) njegov status je ostao neregulisan sve do Lateranskih ugovora (1929). U međuvremenu papa je i dalja primao i slao diplomatske predstavnike i zaključivao neke ugovore, ali je njegov nekadašnji značaj u međunarodnim odnosima vidno opao.

3.9. Teritorijalna pitanja

Kada se pominju teritorijalna pitanja, po pravilu se odmah pomisli na teritorijalne promene posle nekog rata ili na teritorijalne sporove između država. Tu se u oba slučaja radi o političkim problemima koji su u vezi sa međunarodnim pravom bilo da ih ono potvrđuje (teritorijane promene) bilo da ih rešava (teritorijalne sporove). Mi ovde imamo u vidu nešto drugo, konkretno činjenicu da se u XIX veku precizira međunarodnopravni status određenih područja i, s druge strane, da se tada zaključuju mnogi važni međunarodni ugovori o cesiji državne teritorije.

3.9.1. Međunarodnopravni status određenih područja

Razni razlozi, među njima potreba razvoja međunarodne trgovine, iskustva u organizovanju međunarodnih konferencija, sve tešnje diplomatsko opštenje država i dr., doveli su do toga da već krajem ovog perioda dolazi do međunarodnopravnog uređenja položaja određenih područja i to na višestranoj osnovi.

Pimer je mandat (uprava) nad Bosnom i Hercegovinom koji je Berlinskim ugovorom (1878) dobila Austrougarska. Trajao je do 5. 10. 1908. kada je Austrougarska bez prethodne saglasnosti ostalih velikih sila i protiv volje lokalnog stanovništva anektirala Bosnu i Hercegovinu. Time je prekršila Berlinski ugovor i pokrenula događaje koji su doveli do Sarajevskog atentata 28. 7. 1914, koji je bio uvod u Prvi svetski rat.[55]

[55] Vid. I. Pržić, *Novo međunarodno pravo*, Beograd 1934, 162–171; B. E. Schmitt, *The Annexation of Bosnia 1908–1909*, Cambridge University Press, 1937; G. Geršić, *Položaj*

Ovde je posebno zanimljiviji drugi slučaj. Reč je o Sueckom kanalu, koji je najbliža veza Evrope sa Indijom, Kinom i Australijom. Zbog uočavanja te činjenice i pritiska do tada nezabeleženog razvoja međunarodne trgovine i pomorstva, kanal, onakav kakvim ga danas poznajemo, prokopan je i otvoren za saobraćaj 1869. g.[56] Režim plovidne kroz njega uređen je Carigradskom konvencijom (1888) koja je i dalje na snazi.

Ona u čl. 1. utvrđuje: „Morski kanal Suec biće uvek slobodan i otvoren, za vreme rata kao i za vreme mira, za sve trgovačke i ratne brodove bez razlike u pogledu zastave“. Konvencija precizira i da „Kanal neće nikada biti podložan vršenju prava blokade“ te da se „nikakav akt neprijateljstva ili bilo kakav akt koji ima za cilj da spreči slobodnu plovidbu Kanalom neće moći vršiti u Kanalu i njegovim pristupnim lukama, kao i u prostoru od tri nautičke milje od tih luka“. Ona sadrži i niz ograničenja u pogledu prolaza ratnih brodova zaraćenih strana i obavezuje ugovornice da poštuju materijal, postrojenja, građevine i radove Kanala i dr. Na taj način, premda je u pitanju bio međunarodni ugovor, koji u principu vezuje samo ugovornice, time su zapravo precizirala pravila objektivnog režima koja su postala deo opšteg međunarodnog prava, što znači da su obavezna za sve.

3.9.2. Cesija (ustupanje) teritorije

Tako se naziva prelazak dela teritorije neke države pod suverenitet druge države, na osnovu njihovog međusobnog sporazuma (ugovora). Istorijski gledano, poznati su razni oblici cesije: ugovori o miru, kupoprodaja, poklon, miraz, razmena teritorije i slično. Ovde nas posebno zanima kupovina teritorija koja je na izvestan način obeležila XIX vek.

Daleko najveći kupac bile su SAD. One su kupile: 1803. g. Luizijanu (površine 2,14 miliona km^2)[57] od Francuske za 15 miliona dolara; 1819. g.

Bosne i Hercegovine i ostrva Kipra, reprint izdanja iz 1893, Beograd 1998; B. Krivokapić, „Zaštita manjina između dva svetska rata – osvrt na neke posebne slučajeve“, *Međunarodni problemi* 1–2/2005, 100–120; D. Dimitrijević, Međunarodnopravno regulisanje teritorije država, Beograd 2008, 84–92; F. C. Zagare, „The Moroccan Crisis of 1905–1906: An Analytic Narrative“, *Peace Economics, Peace Science and Public Policy* 3/2015, 327–350.

[56] Oduvek je bilo zanimljivo postojanje morskog kanala koji bi spojio Sredozemno i Crveno more, pa ne čudi što je prvi takav plovni put prokopan još u Starom Egiptu u XIX v. pre n. e. Bio je u funkciji do XIII v. pre n. e. kada je zatrpan peskom i zaboravljen. Ponovno je prokopan u dužini od oko 80 km u V v. pre n. e., pod persijskim osvajačem, carem Darijem I, ali ga je nakon nekoliko stoleća opet prekrio pesak. U VII v. Arapi su očistili kanal, tako da je bio plovan do VIII v. kada ga je opet zatrpao pesak.

[57] Na tom ogromnom području danas se nalaze teritorije šest saveznih država SAD (Arkanzas, Misuri, Ajova, Oklahoma, Kanzas i Nebraska) i delovi teoritirija još devet saveznih država, među kojima i današnje Luizijane.

Floridu (200.000 km^2) od Španije za 5 miliona dolara; 1848. g. Kaliforniju, Nevadu, Jutu i Arizonu (1,36 miliona km^2) od Meksika za 18,25 miliona dolara; 1853. g. Južnu Arizonu i Novi Meksiko (76.800 km^2) od Meksika za 10 miliona dolara; 1867. g. Aljasku (1,72 miliona km^2) od Rusije za 7,2 miliona dolara; 1898. g. Filipine (300.000 km^2) od Španije za 20 miliona dolara.

U mnogo manjem obimu, zemlju su kupovale i druge velike sile tog doba. Ujedinjeno Kraljevstvo je kupilo Singapur od Džohora (1824), kolonijalne posede Danske Indije od Danske (1845) i Holandsku Zlatnu Obalu od Holandije (1872); Pruska je kupila Saksen-Lauenburg od Austrije (1865); Francuska je kupila Sen Bartelemi od Švedske (1878); Nemačka je kupila Palau, Karolinska i Marijanska ostrva od Španije (1899).

U poređenju sa prethodnim vremenima, u XIX v. se kupovina često tiče ogromnih područja, a sa druge strane, u mnogim slučajevima radi se o kolonijalnim posedima koji se nalaze na drugom kraju sveta. Sa stanovišta prakse, to je bio način zadovoljenje određenih interesa mirnim putem, dok se iz ugla međunarodnog prava radilo o jednoj vrsti potvrde cesije teritorije kao instituta međunarodnog prava.

Za razliku od kupoprodaje, sve manje su korišćeni drugi oblici cesije, kao što su davanje teritorije u vidu miraza ili poklona. Ipak, postoje i takvi primeri. Najpoznatiji je slučaj iz 1866. g. kada je Austrija poklonila Francuskoj Veneciju.

Odmah posle Bitke kod Sadove, 3. 7. 1866, u kojoj je njegova vojska doživela težak poraz od Pruske, austrijski car Franc Jozef je telegramom obavestio francuskog cara Napoleona III da mu ustupa Veneciju. To je, kako smatraju istoričari, učinio da bi što pre, po cenu žrtvovanja Venecije, okončao učešće na italijanskom vojištu i trupe sa juga prebacio na sever radi angažovanja protiv pruskih snaga. Istovremeno, nije želeo da ispadne da su Italijani osvojili grad. Bečkim ugovorom o miru između Austrije i Italije (3. 10. 1866) zaključenim uz posredovanje Napoleona III, Austrija je ustupila Veneciju Francuskoj, koja ju je odmah ustupila Italiji.

3.9.3. Zakup teritorije

Kolonijalne sile su ponekad pribegavale institutu zakupa da bi ostvarile kontrolu nad područjem koje ih zanima, a koje zbog otpora drugih kolonijalnih sila ili iz nekog drugog razloga ne mogu ili ne žele da osvoje i pripoje svojoj državnoj teritoriji. U takvim slučajevima, drugoj strani je pod pretnjom sile nametan dugoročni zakup, uz malu ili čak samo simboličnu zakupninu.

Tako je Honkong na osnovu raznih ugovora o zakupu koje je Velika Britanija nametnula Kini (1842, 1860. i 1898.) bio pod britanskom koloni-

jalnom vladavinom punih 156 godina (1841–1997). Na isti način, Kina je odgovarajućim ugovorima bila prinuđena da na određeni period (zavisno od slučaja, od 25 do 99 godina) Nemačkoj, Francuskoj i Rusiji prepusti potpuno vršenje suvereniteta na delovima svoje teritorije, dozvoljavajući im da u zakupljenim oblastima vrše isključivu upravu, drže svoje trupe, podižu utvrđenja i dr.

Velika Britanija i druge kolonijalne sile koristile su institut zakupa i na drugim područjima, obično nametnuvši takvo rešenje silom. Tako je mirovnim Ugovorom iz Sinčule (1865) Butan bio prinuđen da u zamenu za godišnji iznos od 50.000 rupija, prepusti Britancima kontrolu nad tri svoje oblasti.

Posebno je zanimljiv slučaj zakupa Kipra. Tzv. Kiparskom konvencijom (4. 6. 1878) zaključenom između nje i Turske, Velika Britanija se obavezala da će silom oružja pomoći sultanu da zadrži azijske posede protiv svakog novog napada Rusije. Istovremeno, da bi joj omogućio da obezbedi uslove, neophodne za ispunjenje njenih obaveza, sultan je Velikoj Britaniji ustupio okupaciju i upravu nad Kiprom. Na osnovu toga, Velika Britanija je na Kipar poslala svoje činovnike koji su upravljali ostrvom, rasporedila je tamo svoje jedinice, podigla utvrđenja, vršila naplatu poreza i dr. Pri tome se, formalno, nije diralo u suverenost Turske nad Kiprom, tako da su se na njemu i dalje primenjivati ugovori koje je zaključila Turska (a ne Velika Britanija), stanovnici su smatrani turskim, a ne britanskim podanicima i dr. Takvo stanje trajalo je do 1914. g. kada je Velika Britanija, iskoristivši ulazak Turske u Prvi svetski rat na strani Nemačke, kraljevskim ukazom raskinula ugovor iz 1878. i anektirala Kipar.

3.10. Položaj ljudi

Praktično na samom rubu XIX veka dogodila se Francuske buržoaska revolucija (1789). Njene ideje o bratstvu, jednakosti i slobodi, uključujući i slobodu savesti i veroispovesti, kao o osnovnim ljudskim pravima koja pripadaju svakome, pronele su se Evropom uporedo sa Napoleonovim uspesima na bojnom polju i nastavile da žive i nakon njegovog vojnog sloma. To i dejstvo nekih drugih faktora dovelo je do porasta interesovanja za položaj čoveka, pa i do zaključenja prvih međunarodnih ugovora koji su priznali ravnopravnost svih građana bez obzira na njihovu veru. Zabeleženi su i opipljivi rezultati u smislu rešavanja konkretnih problema vezanih za međunarodnopravni i stvarni položaj ljudi.

3.10.1. Zabrana trgovine robovima

Dugi niz vekova prirodnim stanjem smatrani su društveni odnosi u kojima je čovek pretvarao drugog čoveka u roba, u „stvar koja govori“,

negirajući mu ne samo ličnu slobodu, već bilo kakva prava, pa i pravo na život. Takva praksa se donekle zadržala i u doba feudalizma. Ona je doživela novi procvat u XVI–XVIII v., s tim da je za razliku od onog što je obeležavalo ranije epoha, robovlasništvo novijeg doba značilo hvatanje, porobljavanje, prodaju i iskorišćavanje slobodnih ljudi van tla Evrope, mahom crnaca.

Mada je bilo pokušaja da se ova praksa moralno opravda teorijama o navodnoj rasnoj superiornosti belaca, tvrdnjama da je ispravno tako postupati s nevernicima, da se time postepeno civilizuju divlji urođenici i slično, stvarni razlozi bili su vrlo prosti. Budući da je domorodačko stanovništvo u kolonijalnim posedima evropskih sila, posebno u Americi, velikim delom bilo istrebljeno odn. pomrlo zbog surovih postupaka osvajača ili usled epidemija zaraznih bolesti koje su doneli kolonizatori, od XVI v. kao zamena za nedostajuću radnu snagu dovode se zarobljenici iz Afrike, kako bi radili na plantažama kao robovi. To je donosilo ogroman profit trgovcima robljem i robovlasnicima, ali i odnosnim državama. Samo na prostorima današnjih SAD, ubrzo nakon naseljavanja prvih kolonista iz Engleske, počela je masovna upotreba robova.[58]

Smatra se da su beli lovci na robove (uz pomoć crnaca koji su, za naknadu, pomagali u hvatanju pripadnika neprijateljskih plemena) uspeli da u Africi zarobe i brodovima za Ameriku pošalju 10–20 miliona crnaca, od kojih je nekoliko miliona usput poginulo ili umrlo u prenatrpanim potpalubama brodova.

Često se zaboravlja da su se istim poslom bavili i Arapi koji su, kako se tvrdi, prodali na Bliskom istoku skoro 17 miliona crnaca. Pored toga, i belci su padali u ropstvo – od 1530. do 1820. severnoafrički pirati zarobili su i na pijacama gradova severa Afrike prodali u roblje više od milion Evropljana.

Sazrevanje svesti o tome da se radi o krajnje nehumanoj, nepravednoj i na svaki način neprihvatljivoj pojavi dovelo je toga da se među intelektualnom i kulturnom elitom Evrope već u XVIII veku proširi shvatanje da je neophodno što pre ukinuti i zabraniti ropstvo i to na što široj međunarodnoj osnovi. Uočavanje neophodnosti međunarodne akcije imalo je, između ostalog, osnov u tome što je zapaženo da iako su pojedine zemlje ukinule ropstvo na svojoj teritoriji, to je mahom bilo delimično ili takve mere nisu uspevale da se održe.

Stoga su na Bečkom kongresu (1815) vodeće države tog vremena

[58] Prvo stalno englesko naselje u Americi bio je Džemstaun (*Jamestown*) osnovan 1607. g. u Vidržiniji, a već 1619. g. u engleski kolonisti iz Virdžinije uvezli su prve robove iz Afrike. Do 1660. g. ropstvo se u Virdžiniji potpuno ukorenilo.

posebnom deklaracijom osudile trgovinu robljem (afričkim crncima).[59] To je bilo utoliko lakše što je 1807–1808. g. već bio zabranjen uvoz adričkih robova u SAD i britanske kolonije.

Ubrzo nakon Bečkog kongresa, zaključuju se međunarodni ugovori koji zabranjuju trgovinu robovima, a zatim i robovlasništvo.

Prvi višestrani sporazum zabrani trgovine robovima bio je Ugovor o suzbijanju trgovine afričkim robljem, koji su u Londonu 1841. g. zaključile četiri evropske velike sile.[60]

Generalnim aktom Berlinske konferencije o Zapadnoj Africi (1885) 14 država[61] je potvrdilo „da je trgovina robovima zabranjena u skladu sa principima međunarodnog prava“, da se radnje, „koje po moru ili kopnu obezbeđuju snabdevanje robovima za trgovinu, takođe moraju smatrati zabranjenim“ i preciziralo da teritorije koje čine konvencionalni basen Konga, „ne mogu služiti kao tržište ili sredstvo tranzira za trgovinu robova, ma koje rase bili“ (čl. 9). [62]

Konvencija o trgovini robljem i uvozu vatrenog oružja, municije i alkoholnih pića u Afriku, koja je zaključena u Briselu 1890. g. između 17 država sa četiri kontinenta[63] je kao jedan od svojih glavnih ciljeva navela ukidanje trgovine crnačkim robljem kopnom i morem.

Kada je reč o dvostranim ugovorima, neki od primera su: Konvencija između Velike Britanije i Brazila za ukidane trgovine afričkim robovima (1826), Ugovor između SAD i Velike Britanije za suzbijanje trgovine robljem (1862), Englesko-egipatska konvencija o suzbijanju trgovine robljem (1877) koja je zabranila uvoz robova iz Sudana i dr.

Ipak, premda se radilo o važnim koracima, oni su imali ograničeni domašaj. Naime, kolonijalne sile su zadržale svoje kolonijalne posede u kojima su neke među njima tretirale lokalno stanovništvo kao najgoru vrstu robova. Štaviše, svoje privatne kolonije sa užasnom praksom koja je u njima vladala imali su i pojedini evropski vladari.

---

[59] J. Reich„The Slave Trade at the Congress of Vienna“, *Journal of Negro History* 2/1968, 129–143.

[60] Austrija, Pruska, Rusija i Velika Britanija. Francuska je potpisala Ugovor, ali ga nije ratifikovala.

[61] Austrougarska, Belgija, Danska, Francuska, Holandija, Italija, Nemačka, Portugal, Rusija, SAD, Španija, Švedska-Norveška, Turska i Velika Britanija.

[62] General Act of the Berlin Conference on West Africa 1885, 26 February 1885, *https://loveman.sdsu.edu/docs/1885GeneralActBerlinConference.pdf***.**

[63] Austrougarska, Belgija, Danska, Francuska, Holandija, Italija, Kadržarski Iran, Nemačka, Portugal, Rusija, SAD, Slobodna Država Kongo, Španija, Švedska-Norveška, Turska, Ujedinjeno Kraljevstvo i Zanzibar.

Najpoznatiji primer je Kongo, privatni posed belgijskog kralja Leopolda II kojim je 1885–1908. g. surovo vladao preko svoje privatne kompanije i privatne plaćeničke vojske, sa jedinim ciljem da se što više obogati. Prethodno je na Berlinskoj konferenciji o zapadnoj Africi (1885) ubedio ostale učesnike da mu prepuste to područje da bi se tamo formirao Slobodnu državu Kongo i putem humanitarnog rada poboljšao život njenih stanovnika. U praksi, pod njegovom vlašću stanovnici formalno nezavisne Slobodna država Kongo, čija površina je bila 76 puta veća od Belgije, podvrgnuti su sistematskom teroru i pretvoreni u neku vrstu robova, koji su Leopolda besplatno snabdevali slonovačom i kaučukom. Svako selo imalo je propisane kvote, a ako one ne bi bile ispunjene, pojedincima su (uključujući i žene i decu) za kaznu odsecane ruke. Ne samo da je ova kolonijalna uprava bila praćena teškim zločinima (sakaćenje, mučenje, otmica dece, paljenje sela i dr.) već je usled ropskog rada, nasilja i bolesti izazvanih užasnim uslovima života, stradalo oko 10 miliona ljudi. Neke procene idu tako daleko da tvrde da se između 1884. i 2015. g. stanovništvo Konga bukvalno prepolovilo, smanjivši se sa 30 na samo 15 miliona.[64]

Pored toga, ukidanje trgovine robovima nije značilo i istovremeno ukidanje same ustanove ropstva. U prvo vreme napori su bili usmereni na to da se prekine praksa pretvaranja slobodnih ljudi u robove odn. praksa kupovine i na druge načine pribavljanja novih robova, a tek kasnije se prešlo na ukidanje ropstva kao takvog. To znači da su u međuvremenu oni koji su već bili u poziciji robova i njihovi potomci ostajali u tom položaju. Stoga, premda je trgovina robovima zabranjena već početkom XIX veka, ropstvo je u mnogim državama pravno ukinuto tek u drugoj polovini tog stoleća, a u nekim zemljama tek u XX v.

Primera radi, premda je još 1807. ukinula trgovinu crnačkim robovima, Velika Britanija je ropstvo zabranila tek 1833.

U SAD, najnaprednijoj državi druge polovine XIX veka, iako je uvoz robova iz inostranstva zabranjen 1808. g., ropstvo je u čitavoj zemlji konačno ukinuto tek posle građanskog rata (1861–1865) 13. Amandmanom na Ustav SAD (1865). Još 1860. ono je postojalo u 15 američkih država, u kojima su od ukupno 19 miliona stanovnika, 4 miliona činili robovi, mahom crnci.

[64] Ponekad se ovaj slučaj naziva genocidom. Ipak, iako nema sumnje da je reč o odvratnom zločinu, on bi se pre mogao nazvati zločinom protiv čovečnosti nego genocidom. Užasna stradanja naroda Konga bila su posledica nemilosrdnog kolonijalnog izrabljivanja, a ne stvarne namere da se istrebi lokalno stanovništvo.

3.10.2. Zaštita manjina

Mada u XIX veku još nema međunarodnih sporazuma koji bi se isključivo bavili regulisanjem ovog pitanja, u mnoge ugovore, u prvom redu one o osamostaljenju novih država ili o krupnijim teritorijalnim promenama, ugrađuju se odredbe kojima se teži osiguranju zaštite manjina.[65] Između ostalog, raznim aspektima položaja manjina bavili su se Bečki (1815) i Berlinski kongres (1878).

Bečki kongres se bavio problemom regulisanja verskih prava stanovništva teritorije koja je pripojena Ženevskoj republici, tzv. poljskim pitanjem (s obzirom na to da je Poljska podeljena između Rusije, Austrije i Pruske, bilo je predviđeno da će Poljaci, bez obzira na to kojoj državi pripadnu, dobiti ustanove kojima će moći da sačuvaju svoju narodnost) kao i problemom položaja Jevreja u nemačkim gradovima.

Odredbe o verskim slobodama i nediskriminaciji manjina ugrađene su u Berlinski ugovor, usvojen na Berlinskom kongresu. Turska se (čl. 62) obavezala da ostvari načelo pune verske slobode i da ga tumači u najširem smislu, a takve obaveze preuzele su i Bugarska (čl. 5), Crna Gora (čl. 27), Srbija (čl. 35) i Rumunija (čl. 44). Od značaja su i neke druge odredbe, kao što je ona iz čl. 4, kojom je Bugarska prihvatila da se u mestima u kojima su Bugari izmešani sa turskim, rumunskim, grčkim i drugim stanovništvom, mora voditi računa o pravima i interesima tog stanovništva u pogledu izbora i ustavnih prava. Važno je i rešenje kojim je umesto dotadašnje zaštite od strane pojedinih država uvedena kolektivna zaštita velikih sila za sve hrišćane u Turskoj.

I pored toga, mora se primetiti da se ne može govoriti o nekakvoj jedinstvenom, opšteprihvaćenom sistemu zaštite manjina. Naprotiv, velike sile su određivale i kome će se nametnuti obaveze, i kakva će biti njihova sadržina, s tim da su na sebi dodeljivale ulogu garanta izvršenja tih obaveza. Pri tome su manje vodile računa o sudbini samih manjina, a mnogo više se rukovodile svojim sopstvenim interesima. Uostalom, one same nisu preuzele nikakve pravne obaveze u tom pogledu. Pored toga, prvenstveno se radilo o zaštiti verskih, a ne etničkih (nacionalnih) manjina, mada su se u praksi verske manjine često poklapale sa etničkim.

3.10.3. Zaštita radnika

Protesti, demonstracije i štrajkovi radnika ukazali su na to da im je potrebno zajamčiti određena prava i uopšte voditi računa o njihovom pravnom i stvarnom položaju.

[65] Tako je npr. zaštita verskih manjina uneta u Londonski protokol (1830) kojim je priznata nezavisnost Grčke, u Berlinski ugovor (1878) i dr.

S tim u vezi može se zapaziti zanimljiva pojava. Države su pokazale volju da prvo na međunarodnom planu razrade i usvoje određene norme i principe o zaštiti zdravlja radnika, pa da ih tek onda prenesu u svoja unutrašnja zakonodavstva. Razlozi za to nisu se ogledali u nameri da se obezbedi što potpunija i standardizovana zaštita radnika u svim zemljama, već u težnji da razvoj domaćeg zakonodavstva koji bi vodio računa o zdravlju radnika ne ugrozi ekonomsku konkurentnost proizvoda sopstvene države na svetskom tržištu.

Primer je zabrana upotrebe šibica sa belim fosforom. Njihova upotreba je bila bezopasna za kupca, ali je zbog otrovnih svojstava belog fosfora proces proizvodnje izazivao teška oboljenja kod radnika. To se moglo izbeći jedino zabranom upotrebe belog fosfora i prelaskom na crveni, čija je proizvodnja, međutim, bila skuplja. Stoga, ako bi samo neke države prešle na proizvodnju šibica sa crvenim fosforom, učinile bi mnogo za zaštitu zdravlja svojih radnika, ali bi njihove šibice koštale više i time bile nekonkurentne onima od belog fosfora. To je navelo države da ovo pitanje reše na međunarodnom planu, tako što su usvojile Konvenciju o zabrani upotrebe belog fosfora u proizvodnji šibica (1906) kojom su se obavezale da će zabraniti proizvodnju i prodaju šibica koje sadrže beli fosfor.[66]

Na taj način, nastojanje da se prevaziđu određeni problemi iz prakse i regulišu konkretna pitanja dovelo je ne samo do pronalaženje odnosnih rešenja, već i do izgradnje međunarodnog prava u ovoj oblasti.

3.11. Ratno i humanitarno pravo

Određena običajna i ugovorna pravila koja su se ticala zabrane određenih sredstava (oružja) i načina (metoda) borbe u cilju ograničenja prekomerne i nepotrebne surovosti u ratu, postojala su tokom čitave istorije. Negde su bila više, negde manje razvijena, neretko su selektivno primenjivana ili čak grubo kršena, ali su postojala. Štaviše, zabeleženi su primeri da tamo gde nisu bila dovoljno razvijena ili dovoljno jasna, sukobljene strane su unapred, na samom početku rata odnosno pred sam boj (bitku) ugovarale određena pravila ratovanja.

Jedno od pitanja koje je regulisano na taj način ticalo se sudbine ranjenika. Po nekim izvorima, od 1551. do 1864. zaključen je 261 međunarodni ugovor usmeren samo na poboljšanje sudbine ranjenika, uključujući i one u pomorskom ratu.[67]

---

[66] B. Šunderić, *Pravo međunarodne organizacije rada*, Beograd 2001, 37.

[67] В. Ф. Новицкий: *Военная энциклопедия*, СПб 1911–1915, т. 10. Nav. prema: „Женевская конвенция (1864)“, *Википедия*, *ru.wikipedia.org/wiki/Женевская_конвенция_(1864)*.

Ipak, do tada neviđeni pomak beleži se u drugoj polovini XIX veka, kada dolazi do postepene kodifikacije međunarodnog prava oružanih sukoba odn. međunarodnog ratnog i humanitarnog prava.

Prvo je došlo do ugovornog preciziranja pravila onog dela međunarodnog prava koji se obično zove ratno pravo u užem smislu ili „zakoni i običaji rata”, a koje sačinjavaju norme koje regulišu odnose između država (između zaraćenih sila i njih i neutralnih država) uključujući i samo izvođenje neprijateljstava i niz pravila koja neposredno važe za pojedince. To je izvršeno usvajanjem odnosnih višestranih sporazuma na velikim međunarodnim skupovima – kongresima i konferencijama.

Prvi takav savremeni višestrani ugovor je Pariska deklaracija o pomorskom ratu (1856). Predstavljala je prvi pokušaj kodifikovanja u vreme mira pravila koja će važiti u slučaju rata, a sadržala niz pravila pomorskog rata. Jedno od najvažnijih rešenja bilo je ono o ukidanju i zabrani gusarenja. Pored toga, predviđeno je da u pomorskom ratu neutralna zastava štiti i neprijateljsku imovinu (osim u slučaju kontrabande), utvrđena je neprikosnovenost neutralne imovine (osim u slučaju kontrabande) i precizirano je da pomorska blokada ima obavezujuću snagu samo ako je efektivna. Suštinski, Deklaracija je zapravo potvrdila rešenja iz francusko-britanskog sporazuma iz 1854. g., postignutog za vreme Krimskog rata (1853–1856) za potrebe regulisanja odnosa tokom tog oružanog sukoba, ali ih je digla na viši nivo – iz onog što je predviđeno dvostranim ugovorom u ono što je priznato kao opšte međunarodnog pravo. Već u toku 1856. g. Parisku deklaraciju ratifikovalo je čak 48 država, a do kraja XIX veka njih ukupno 53,[68] tako da su njena rešenja ubrzo prerasla u opšte međunarodno običajno pravo, što znači da su postala obavezna za sve.

Pretogradskom deklaracijom o zabrani upotrebe u ratu eksplozivnih i zapaljivih metaka (1868) ugovornice su se obavezale „da uzajamno odustanu, u slučaju međusobnog rata, od upotrebe u svojim kopnenim i pomorskim trupama svih projektila ispod 400 grama težine koji su eksplozivni ili napunjeni rasprskavajućim ili zapaljivim materijama”. Deklaracija je važna i zbog toga što je utvrdila i danas važeće načelo o zabrani nanošenja nepotrebnih patnji. Njoj su pristupile sve tadašnje evropske i neke vanevropske države.

Poseban značaj imaju dokumenti, usvojeni na Prvoj haškoj konferenciji mira (1899) čiji se predmet regulisanja vidi već iz njihovog naziva. U pitanju su bili: Konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu, uz koju je pridodat Haški pravilnik o zakonima i običajima rata na kopu; Konven-

[68] Declaration Respecting Maritime Law (1856) Paris, 16 April 1856, International Committee of the Red Cross, *https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/paris-decl-1856/state-parties.*

cija o prilagođavanju na pomorski rat načela Ženevske konvencije od 10. avgusta 1864; Deklaracija o zabrani bacanja projektila i eksploziva iz balona ili sličnih novih sredstava; Deklaracija o zabrani upotrebe zrna koja bi imala za cilj jedino širenje zagušljivih ili otrovnih gasova; Deklaracija o zabrani upotrebe zrna koja se lako rasprskavaju ili šire u ljudskom telu i dr.

Pored toga, u nekim slučajevima države su dvostranim sporazumima precizirale određena pravila koja su zatim, posebno posredstvom prakse međunarodne arbitraže, potvrđena kao pravila opšteg međunarodnog prava. Jedan od primera su već pomenuta rešenja francusko-britanskog sporazuma iz 1854. koja su ugrađena u Parisku deklaracija o pomorskom ratu (1856). Drugi poznati slučaj tiče se Vašingtonskih pravila (1871).

SAD i Britanija su se Vašingtonskim ugovorom (8. 3. 1871) dogovorile da svoj spor “Alabama” povere međunarodnoj arbitraži i istovremeno sporazumele o pravilima kojih će se arbitraža pridržavati (tzv. Vašingtonska pravila).[69] Odlučujući na osnovu tih pravila, petočlana arbitraža, sastavljena od po jednog predstavnika strana u sporu i tri neutralna arbitra (iz Brazila, Italije i Švajcarske) presudom od 14. 9. 1872. utvrdila je odgovornost Velike Britanije, zaključivši da je ona prekršila dužnost neutralne države time što nije sprečila isplovljavanje brodova, nije preduzela mere za njihov progon i nije ništa učinila kada su brodovi kasnije ponovo uplovljavali u njene luke. O tome je već bilo reči.

Uz činjenicu da se radilo o uspešnom mirnom rešenju spora koji je pretio da se pretvori u oružani sukob, ovaj slučaj je primer situacije u kojoj je ono što je prvobitno formuilisano sporazumom između dve države, tako da je obavezivalo samo njih i to samo u vezi sa konkretnim sporom, zatim preraslo u norme opšteg međunarodnog prava. Naime Vašingtonska pravila su, skoro bez izmena, uključena u hašku Konvencija o pravima i dužnostima neutralnih sila u slučaju pomorskog rata (1907).

Premda su neka pitanja koja se toga tiču u izvesnoj meri dotaknuta i već pomenutim sporazumima, došlo je do velikog napretka i onog dela međunarodnog prava oružanih sukoba koji sadrži skup normi i principa čija primena dolazi u obzir za slučaj oružanog sukoba, ali koji ne regulišu

[69] Ona su navedena u čl. 6 Ugovora i svode se na to da je neutralna država obavezna da: 1) obrati dužnu pažnju kako bi na teritoriji pod svojom nadležnošću sprečila izgradnju, naoružavanje ili opremanje broda za koji se opravdano može smatrati da je namenjen krstarenju ili ratnim operacijama protiv sile s kojom je u miru, kao i da obrati istu pažnju kako bi sprečila odlazak s teritorije pod svojom nadležnošću ma kakvog broda namenjenog da na pomenuti način krstari ili preduzima ratne operacije, ako je taj brod na toj teritoriji, delimično ili u potpunosti, prilagođen za korišćenje u ratu; 2) ne dozvoli niti trpi da bilo koja zaraćena strana koristi njene luke ili vode kao baze za pomorske operacije protiv druge strane, ili za obnavljanje ili povećavanje vojnih zaliha ili naoružanja, ili za regrutovanje ljudi i 3) obrati pažnju u svojim lukama i vodama i na sva lica pod svojom nadležnošću kako bi sprečila svako kršenje navedenih obaveza i dužnosti.

odnose između zaraćenih i neutralnih sila niti samu borbu, već imaju za cilj da ublaže ratne strahote. U pitanju je onaj deo prava oružanih sukoba koji je poznat kao humanitarno pravo, a koji čine norme o zaštiti civilnog stanovništva, ranjenika, bolesnika, o postupanju s ratnim zarobljenicima itd. Posebno važna u tom pogledu bila je Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u ratu (1864) koja je bila prvi takav ugovor u čitavoj istoriji i predstavljala odskočnu dasku za nastanak niza kasnijih sličnih sporazuma. U njenih 10 članova regulisani su zaštita vojnika onesposobljenih za borbu (ranjenika i bolesnika) a sa druge strane, status i zaštita medicinskog osoblja i pomoćnog osoblja, medicinskih objekata i dobara, materijala.[70] Konvencija je doživela revizije 1906. i 1929, a zatim je, još jednom izmenjena i dopunjena, kao Prva ženevska konvencija postala deo Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava rata (1949).

3.12. Pravna nauka

Premda se to ne odnosi na međunarodno pravo shvaćeno kao normativni sistem, svakako valja istaći da u ovom periodu do tada neviđen uspon doživljava nauka međunarodnog prava.

Deo teoretičara razdoblje 1600–1815. g. naziva klasičnim periodom nauke međunarodnog prava.[71] Ne možemo se u potpunosti složiti sa tim. Ovo već zbog toga što je obično sastavni deo tog stava tvrdnja da je Hugo Grocijus otac međunarodnog prava ili makar otac nauke međunarodnog prava, što, razume se, nije tačno. Nijedan pojedinac, pa ni on, nije bio ni pozvan, ni u stanju da stvara međunarodno pravo (normativni sistem) dok su, s druge strane, važni teoretičari i njihova dela postojali i pre slavnog Holanđanina. Takođe, vezivanje kraja klasičnog perioda za 1815. g. moglo bi se možda razumeti ako je reč o periodizaciji samog međunarodnog prava, ali ne i ako je reč o razvoju pravne nauke u ovoj sferi, jer se u toj nauci pomenute godine ništa spektakularno nije dogodilo. Pa ipak, iako možda ne najpreciznije artikulisani, takvi pogledi su zanimljivi, jer nastoje da pokažu da su se u nauci međunarodnog prava u XIX veku dogodile zbilja velike promene.

U XIX veku pojavljuje se sve veći broj onih koji se bave proučavanjem međunarodnog prava. Ne samo da ih je sve više, već dolaze iz sve većeg broja država i imaju sve bolje i potpunije poznavanje materije. Neki među njima bave se sistematskim izlaganjem tadašnjeg međunarodnog prava, dok su drugi usmereni na istraživanje odabranih problema, kao što

[70] Vid. B. Krivokapić, „Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u ratu (1864) – Povodom 140 godina od pristupanja Srbije Konvenciji“, *Strani pravni život* 1/2016, 9–30.

[71] Tako npr. C. Neff, 3.

su istorija međunarodnog prva, odnos između međunarodnog i unutrašnjeg prava, diplomatsko i konzularno pravo, neutralnost i prava i obaveze neutralnih država, objava rata, ratna okupacija, gusarenje, ratna kontrabanda, plebiscit itd.

Među istaknutim međunarodnopravnim piscima iz ovog i naposredno sledećeg perioda (deo njih je počeo karijeru u XIX i nastavio u XX veku) mogu se pomenuti takva imena kao što su: Henri Viton (*Henry Wheaton*, 1785–1848), Johan Blunčli (*Johann Caspar Bluntschli*, 1808–1881), Mihail Kapustin (*Михаил Н. Капустин*, 1828–1899), Viljem Hol (*William Edward Hall*, 1835–1894), Fransis Loran (*François Laurent*, 1810–1887), Fjodor Martens (*Федор Федорович Мартенс*, 1845–1909),[72] Ernest Nis (*Ernest Nys*, 1851–1920), Lasa Openhajm (*Lassa F. Oppenheim*, 1858–1919) i dr.

Pitanjima od značaja za teoriju međunarodnog prava bavila su se i mnoga čuvena imena opšte i, posebno, pravne filozofije, kao što su Džeremi Bentam (*Jeremy Bentham*, 1748–1832), Džon Ostin (*John Austin*, 1790–1859), Georg Jelinek (*Georg Jellinek*, 1851–1911), Leon Digi (*Léon Duguit*, 1859–1928), Đorđo del Vekio (*Giorgio Del Vecchio*, 1878–1970) i drugi.

U ovom periodu se, više nego ikada pre, mogu zapaziti obrisi onoga što se obično podvodi pod naziv razne škole međunarodno prava. Razume se, te škole nisu mogle postojati nezavisno od glavnih tendencija u opštoj pravnoj filozofiji. Stoga i u domenu doktrine međunarodnog prava jedan deo teoretičara korene međunarodnog prava i dalje traži u nekakvom prirodnom pravu, što je ideja koja potiče još od Huga Grocijusa i drugih klasičnih pisaca iz XVI–XVII veka, drugi se priklanjaju istorijskoj školi čiji su osnivači Gustav fon Hugo (*Gustav von Hugo*, 1764–1844) i Fridrich Carl fon Savinji (*Friedrich Kar von Savigny*, 1779–1861), treći, poput Džona Ostina propagiraju novi pravni pozitivizam, četvrti slede ideje realističke škole čiji je jedan od istaknutih predstavnika Rudolf Jering (*Rudolf von Jhering*, 1818–1982), petima je bliska neka od teorija suvereniteta itd.

Ove momente pominjemo samo uzgred, bez namere da se njima dublje bavimo. Izlaganje raznih koncepcija je vrlo složen posao, koji, ako se pravilno vrši, zahteva od onog ko se njime bavi da se prethodno što detaljnije upozna sa raznim pristupima, njihovim idejama, dobrim stranama i slabostima. Stvari su utoliko složenije što u okviru raznih pravaca postoje ponekad podjednako zanimljivi međupravci, što su pojedini istaknuti teoretičari

[72] On je zapravo bio rođen kao Estonac u mestu Parnu, tada u sastavu Rusije, sa imenom *Friedrich Fromhold Martens*, a u literaturi je ostao poznat po ruskom, ali i po nemačkom (*Friedrich Fromhold von Martens*) i francuskom obliku svog imena (*Frédéric Fromhold de Martens*).

tokom karijere menjali mišljenja i napuštali jedne u korist drugih koncepcija ili čak osnivali sopstvene, nove škole itd. Ipak, glavni razlog zbog koga ćemo se zadovoljiti samo pominjanjem najosnovnijih crtica je taj što se u ovom radu ne bavimo razvojem nauke međunarodnog prava, već razvojem samog međunarodnog prava kao specifičnog normativnog sistema.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Abashidze, Aslan K., Solntsev, A. M. „Codification of International Law: The End of the Beatiful Era?“, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 13/2013;
2. Andrassy, Juraj, Bakotić, Božidar, Vukas, Budislav, *Međunarodno pravo I*, Zagreb 1998;
3. Avramov, Smilja, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2011;
4. Bartoš, Milan, *Međunarodno javno pravo*, I knjiga, Beograd 1954;
5. Баскин, Юрий Яковлевич, Фельдман, Давид Исаакович, *История международного права*, Москва 1990;
6. Бекяшев, Камиы Абдулович, *Международное публичное право*, Москва 2009;
7. Блатовая, Наталия Тимофеевна, *Международное право,* Москва 1987;
8. Буткевич, Олег Викторович, *Історія міжнародного права*, Київ 2019;
9. Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press 2001;
10. Collinson, Dale S., „The Rhine Regime in Transition – Relations Between the European Communities and the Central Commission for Rhine Navigation“, *Columbia Law Review* 72/1972;
11. Чхиквадзе, Вячеслав Михайлович, *Курс международного права*, том I, Москва 1967;
12. Dimitrijević, Duško, *Međunarodnopravno regulisanje teritorije država*, Beograd 2008;
13. Дмитриев, Александар Иванович, Батлер, Уильям Эллиота, *История международного права*, Одесса 2013;
14. Фердросс, Альфред, *Международное право*, Москва 1959;
15. Geršić, Gligorije, *Položaj Bosne i Hercegovine i ostrva Kipra*, reprint izdanja iz 1893, Beograd 1998;
16. Helfer, Laurence R., Meyer, Timothy, „The Evolution of Codification: A Principal – Agent Theory of the International Law Commission's Influence“, *Custom's Future: International Law in a Changing World* (ed. C. A. Bradley), Cambridge University Press 2016;
17. Игнатенко, Генна́дий Владимирович, Тиунов, Олег, Иванович, *Международное право*, Москва 2009;

18. Janković, Branimir. M., Radivojević, Zoran, *Međunarodno javno pavo*, Niš 2014;
19. Кожевников, Фёдор Иванович, *Курс международного права*, Москва 1996;
20. Кожевников, Фёдор Иванович, *Курс международного права*, Москва 1972;
21. Кожевников, Фёдор Иванович, *Международное право*, Москва 1987;
22. Kreća, Milenko, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2016;
23. Krivokapić, Boris, „Zaštita manjina između dva svetska rata – osvrt na neke posebne slučajeve“, *Međunarodni problemi* 1–2/2005;
24. Krivokapić, Boris, „Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u ratu (1864) – Povodom 140 godina od pristupanja Srbije Konvenciji“, *Strani pravni život* 1/2016;
25. Krivokapić, Boris, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2017;
26. Кривокапич, Борис, *Мирное разрешение международных споров*, Самара 2020;
27. Krivokapić, Boris, *Rat i pravo: Teorija i praksa oružanih sukoba i međunarodno pravo*, Banja Luka 2023a;
28. Кривокапић, Борис, „Међународно право у доба апсолутизма и великих колонијалних освајања (XVI–XVIII в.)“, *Правна ријеч* 67/2023;
29. Le Fir, Luj, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 1934;
30. Лисовский, Вадим Иванович, *Международное право*, Москва 1970;
31. Листъ, Франц, *Международное право*, Рига 1923;
32. Lopičić, Đorđe, *Studije i ogledi o konzularnim odnosima*, Beograd 2006;
33. Lopičić, Đorđe N., Lopičić, Jančić, Jelena Đ., *Konzularni odnosi i konzularno pravo*, Beograd 2013;
34. Лукашук, Игорь Иванович, *Международное право*, Общая часть, Москва 2005;
35. Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge 1997;
36. Мартенс, Фёодор Фёдорович, *Современное международное право цивилизованных народов*, (по изданию 1904–1905), том 1, Москва 1996;
37. Moa, Marsel, *Osnovni pojmovi međunarodnog javnog prava*, Beograd 1925;
38. Neff, Stephen C., „A Short History of International Law“, in: Evans Malcolm D. (ed.) *International Law*, Oxford University Press 2010;
39. Novaković, Mileta, *Osnovi međunarodnog javnoga prava*, II, Beograd 1938;
40. Oppenheim, L., *International Law, A Treatise*, vol. I, „Peace“, Longmans, Green and co., London 1905;
41. Pellet, Alain, „Between Codification and Progressive Development of the

Law: Some Reflections from the ILC“, *International Law FORUM du droit international* 1/2004;

42. Попков, Андрей, „Концепция международного арбитража и ее историческое развитие“, *Белорусский журнал международного права и международных отношений* 4/1998;
43. Pržić, Ilija, *Novo međunarodno pravo*, Beograd 1934;
44. Quoc, Din Nguyen, Daillier, Patric, Pellet, Alain, *Droit international public*, Paris 1992;
45. Reich, Jerome, „The Slave Trade at the Congress of Vienna“, *Journal of Negro History* 2/1968;
46. Rhyne, Charles S., *International Law*, Washington 1971;
47. Rosenne, Shabtai, „Codification Revisited After 50 Years“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2, 1998;
48. Schmitt, Bernadotte E., *The Annexation of Bosnia 1908–1909*, Cambridge University Press 1937;
49. Scott, Shirley V., Billingsley, John, Anthony, Michaelson, Christopher, *International Law and the Use of Force*, Greenwood Publishing Group 2010;
50. Shaw, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press 2017;
51. Šunderić, Borivoje, *Pravo međunarodne organizacije rada*, Beograd 2001;
52. Тункин, Григорий, Иванович, *Международное право*, Москва 1982;
53. Van Hulle, Inge, Lesaffer, Randall C. H., *International Law in the Long Nineteenth Century (1776–1914): From the Public Law of Europe to Global International Law*, Brill / Nijhoff, 2019;
54. Вылегжанин, Александар Николаевич, *Международное право*, Москва 2014;
55. Zagare, Frank C., „The Moroccan Crisis of 1905–1906: An Analytic Narrative“, *Peace Economics, Peace Science and Public Policy* 3/2015.

Internet izvori

1. Declaration Respecting Maritime Law (1856) Paris, 16 April 1856, International Committee of the Red Cross, *https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/paris-decl-1856/state-parties*;
2. General Act of the Berlin Conference on West Africa 1885, 26 February 1885, *https://loveman.sdsu.edu/docs/1885GeneralActBerlinConference.pdf*;
3. Van Prooije, Leendert, „Toll Stations along the great Rivers“, The viabunus Blog, *www.landesgeschichte.uni-goettingen.de/roads/viabundus/toll-stations-along-the-great-rivers/*, 15 October 2020;
4. „Женевская конвенция (1864)“, Википедия, *ru.wikipedia.org/wiki/Женевская_конвенция_(1864)*.

Academician, Full Professor Boris Krivokapić, LL.D.

Russian Academy of Natural Sciences – RAEN (Dept. of Socio-Economic and Legal Issues), Moscow, Russia
Business and Law Faculty, University “MB”, Belgrade
Law Faculty, Samara National University “S. P. Korolev”, Samara, Russia

SIGNIFICANCE OF THE 19TH CENTURY FOR THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW

Summary

After briefly indicating its place in various periodizations of history and the most important general characteristics of the XIX century in the introductory remarks, the article moves on to the general development of international law in that period and the role and importance of the most important international congresses and conferences of that time. The next part of the work, which is dedicated to special problems, deals with characteristic novelties and other important moments related to diplomatic law, peaceful settlement of international disputes, the first international peace missions, freedom of navigation on international rivers, multilateral agreements on cooperation and unification of rules in certain areas, the first international organizations, vassals states and protectorates, position of the Pope (Holy See), international legal status of certain areas, cession and lease of some territories, position of people (prohibition of slave trade, protection of minorities, protection of workers), war and humanitarian law, etc. Following this, the author provided a concise summary of the jurisprudence of that era. In the final considerations, the author states that in the XIX century, international law experienced an unprecedented upsurge in various ways, and that it was then that the foundations were laid by all the sudden changes that took place after the First World War.

Keywords: *International law; XIX century; Legal history; International relations; Jurisprudence*.

UDC/УДК 341.217(4-672ЕУ)
341.645(4-672ЕУ)
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Full Professor Allan Francis Tatham, LL.D.

Universidad San Pablo-CEU, Madrid, Spain

THE DEVELOPMENT OF THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY UNDER EU LAW: THE FILLING OF LEGAL GAPS BY THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

This paper seeks to chart the European Court of Justice ("ECJ") evolution of the principle of the need for an effective remedy – before national courts – to protect rights of individuals and companies derived from EU law ("EU rights"). The relevant case law will be looked at to show how the ECJ used national courts' treaty-based duties of Union loyalty and sincere cooperation to force them to protect EU rights in proceedings before them. Without this protection, EU law would have lost its relevance in the eyes of individuals and companies across the Union. With the EU's initial unwillingness to interfere in any way with the provision of common remedies designed to enforce EU rights before national courts, it was left to the ECJ to gradually fill these legal lacunae and to pursue a policy of developing an EU basis for the provision of remedies to protect the enforcement of EU rights before national courts while being sensitive to national jurisdictions. By balancing EU and domestic interests in this field, the ECJ managed to bridge the gaps in the protection of rights under EU law while leaving the national courts with the ultimate responsibility for providing the relevant domestic remedy under their own system.

Keywords: Effective remedies in EU law; Protection of EU rights; Principles for provision of national remedies; Interpretation of EU law; Duties on national courts.

1. INTRODUCTION

In any legal system, one of the hallmarks of its operation is the extent to which it is able to provide adequate redress to a party – in whatever

Allan Francis Tatham, *allanfrancis.tatham@ceu.es.*

form – before the courts for the infringement of its rights by another. Guaranteeing the effectiveness of such remedies ensures that a party's rights are properly protected and, at the same time, acts to deter the potential breach of rights of other parties. Yet compared to national systems that of the EU is of a special nature, comprised as it is of both national and European jurisdictions complementing each other's role while enforcing EU law before them. In fact, much EU law is applied at national level and, in the absence of any Union police force or enforcement service, the support of national bodies is indispensable for enforcing rights derived from EU law ("EU rights"). Put simply, the Union legal order would be instantly deprived of its *sui generis* characteristics were support from national institutions, including, and perhaps especially, courts, to be withdrawn. The EU law principles – created and developed by the European Court of Justice ("ECJ") – of primacy and direct effect[1] combine to ensure that the role of national authorities, including courts, is of great significance in the practical application of the Union legal order. In this sense, all national judges came to be regarded as EU judges due to their duty to enforce EU law and protect EU rights before them.[2]

Since the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009, the guarantee of an effective remedy to protect rights deriving from EU law is now provided expressly in the second sentence of Article 19(1) TEU[3] and in the first sentence of Article 47 of the EU Charter on Fundamental Rights[4], and echo the earlier wording of Articles 6[5] and 13[6] of the 1950 European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

[1] On primacy and direct effect of EU law, see, e.g., B. de Witte, "Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order", *The Evolution of EU Law* (eds. P. Craig, G. de Búrca), Oxford University Press, Oxford 2021, 187-227.

[2] A. Rosas, "The National Judge as EU Judge: Some Constitutional Observations", *Southern Methodist University Law Review* 67/2014, 717.

[3] Article 19(1) TEU, second sentence: "Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law."

[4] Article 47 CFR: "Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article."

[5] Article 6 ECHR (first sentence), the right to a fair trial: "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law."

[6] Article 13 ECHR, right to an effective remedy: "Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

However, at the beginning of its case law development, such guarantees were not provided for in the original Treaties.[7] It therefore lay in the hands of the ECJ to fashion a means for ensuring that the relevance of directly effective rights for individuals and companies could be enhanced by requiring national courts to protect those rights in cases before them, using the relevant domestic system of remedies. Consequently, in those cases where rights are conferred upon natural and legal persons by directly effective EU legal provisions (whether in the Treaties or secondary legislation), it follows from the combined effect of the doctrines of direct effect and primacy of Union law, that national courts are bound to protect and enforce those rights against any adverse measure or practice of the Member States which tends to prevent their free exercise. The national courts are obliged to afford direct and immediate protection. Article 4(3) TEU (formerly Article 5 EEC and Article 10 EC)[8] sets out a basic statement of the obligations undertaken by Member States towards the Union and provides:

Pursuant to the principle of sincere cooperation, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties.

The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union.

The Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives.

The ECJ has inferred the notion that the principle of Union solidarity or sincere cooperation laid down in this Article imposes a duty on the national courts to ensure the legal protection of the rights which citizens and businesses derive from directly effective EU provisions.[9] This was affirmed (in similar wording) in the cases of *Rewe*[10] and *Comet*:[11] in *Comet*, a levy had been paid on exports, subsequently found by the ECJ to be a

[7] A. F. Tatham, "Restitution of charges and duties levied by the public administration in breach of European Community Law: a comparative analysis", *European Law Review* 19/1994, 146.

[8] J. Temple Lang, "Community constitutional law: Article 5 EEC Treaty", *Common Market Law Review* 27/1990, 645 and J. Temple Lang, "The Duties of National Courts under Community Constitutional Law", *European Law Review* 22/1997, 3.

[9] For example, Case 265/78, *H. Ferweda B.V. v. Produktschap voor Vee en Vlees*, ECLI:EU:C:1980:66.

[10] Case 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, ECLI:EU:C:1976:188.

[11] Case 45/76, *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, ECLI:EU:C:1976:191.

charge equivalent in effect to a customs duty contrary to former Article 16 EEC (since repealed).[12] The applicant's claim for repayment was met by the argument from the Dutch authorities that it had not been lodged before the expiry of the limitation period for the bringing of such claims under Dutch law. The applicant, in response, submitted that this was an independent right of action unaffected by national limitation periods, which were liable to weaken the impact of directly effective EU law. On a reference, the ECJ stated:

[12] Thus, in application of the principle of co-operation laid down in [Article 4(3) TEU], the national courts are entrusted with ensuring the legal protection conferred on individuals by the direct effect of the provisions of Community law.

[13] Consequently, in the absence of any relevant Community rules, it is for the national legal order of each Member State to designate the competent courts and to lay down the procedural rules for proceedings designed to ensure the protection of the rights which individuals acquire through the direct effect of Community law, provided that such rules are not less favourable than those governing the same right of action on an internal matter[…].

[15] In default of such harmonisation measures, the rights conferred by Community law must be exercised before the national courts in accordance with the rules of procedure laid down by national law.

[16] The position would be different only if those rules and time-limits made it impossible in practice to exercise rights which the national courts have a duty to protect.

[17] This does not apply to the fixing of a reasonable period of limitation within which an action must be brought.

[18] The fixing, as regards fiscal proceedings, of such a period is in fact an application of a fundamental principle of legal certainty which protects both the authority concerned and the party from whom payment is claimed.

Therefore, in the absence of any relevant EU provisions,[13] the rights conferred upon individuals must be exercised before national courts in accordance with the system of remedies and procedures available under

[12] Article 16 EEC: "Member States shall abolish as between themselves, not later than at the end of the first stage, the customs duties on exportation and charges with equivalent effect."

[13] For a discussion on the convergence of remedy protection, see W. Van Gerven, "Bridging the Gap Between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogenity in the Field of Legal Remedies?", *Common Market Law Review* 32/1995, 679.

domestic law.[14] EU law requires that adequate protection be afforded: it leaves to each Member State the task of laying down, *inter alia*, the rules of procedure and evidence.[15] This matter is subject to three principles: (a) non-discrimination or equivalence in the provision of remedies; (b) the remedy must be effective in protecting the infringed Union right; and (c) respect for national procedural autonomy.

2. NON-DISCRIMINATION OR EQUIVALENCE

The principle of non-discrimination was expounded again in *Rewe v. Hauptzollamt Kiel*[16] where the ECJ held that national courts need not create new remedies to ensure that Union law is fully effective if those remedies do not exist in national law. The remedy available therefore depended on the provisions of national law and should be provided to protect EU rights on a non-discriminatory or equivalent basis to that provided for the protection of solely national legal rights:

[44] […] The system of legal protection established by the Treaty […] implies that it must be possible for every type of action provided for by national law to be available for the purpose of ensuring observance of Community provisions having direct effect, on the same conditions concerning the admissibility and procedure as would apply were it a question of ensuring observance of national law.

The ECJ case law on the non-discrimination or equivalence in the provision of national remedies to protect EU rights has been greatly affected by the issue of national time-limits for bringing actions. *Edis*[17] yet again concerned the repayment of charges paid but not required according to EU law. Under Italian law, a time-limit of three years was laid down within which an action for repayment had to be commenced against the State – but under the ordinary rules governing cases between private parties, a

[14] See generally, M. Dougan, *National Remedies Before the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford 2004; T. A. Downes, C. Hilson, "Making Sense of Rights: Community Rights in EC Law", *European Law Review* 24/1999, 121; *Remedies for Breach of EC Law* (eds. J. Lonbay, A. Biondi), London 1997; and J. Steiner, *Enforcing EC Law*, Blackstone Press, London 1995.

[15] National law also normally governs questions of evidence and procedure. These include such matters as the appropriate court or tribunal to hear the case, time-limits for commencing proceedings, and the burden of proof: Case 45/76, *Comet*, ECLI:EU:C:1976:191; Joined Cases 205 to 215/82, *Deutsche Milchkontor v. Germany*, ECLI:EU:C:1983:233. On the question of time-limits, however, see Case C-208/90, *Emmott v. Minister for Social Welfare*, ECLI:EU:C:1991:333.

[16] Case 158/80, *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH v. Hauptzollamt Kiel*, ECLI:EU:C:1981:163.

[17] Case C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) v. Ministero delle Finanze*, ECLI:EU:C:1998:401.

much longer limitation period applied. When the applicant sought to raise the issue of the discriminatory time-limits as an impediment to effective protection of its rights under Union law, the ECJ stated:

[36] Observance of the principle of equivalence implies, for its part, that the procedural rule at issue applies without distinction to actions alleging infringements of Community law and to those alleging infringements of national law, with respect to the same kind of charges or dues[…] That principle cannot, however, be interpreted as obliging a Member State to extend its most favourable rules governing recovery under national law to all actions for repayment of charges or dues levied in breach of Community law.

[37] Thus, Community law does not preclude the legislation of a Member State from laying down, alongside a limitation period applicable under the ordinary law to actions between private individuals for the recovery of sums paid but not due, special detailed rules, which are less favourable, governing claims and legal proceedings to challenge the imposition of charges and other levies. The position would be different only if those detailed rules applied solely to actions based on Community law for the repayment of such charges or levies.

Consequently, where time-limits – shorter than the general ones provided for under national rules – apply equally to proceedings brought to protect Union rights and "similar" national rights, then the principle of non-discrimination or equivalence is satisfied and cannot be dislodged by the requirement of effectiveness (for which, see further below in the next section).

While the ECJ has acknowledged that national courts are best placed to determine the issue of equivalence, the ECJ has not refrained from providing guidance to national courts in their resolving such issue. In *Levez*,[18] for example, the applicant had been employed on by the respondent employer as a shop manager between February 1991 and March 1993. She had the same responsibilities and was subject to the same contract terms as her male predecessor. However, her employer paid her a lower salary than the previous (male) manager but falsely declared to her that her salary was the same.

On leaving the respondent's employ, she discovered that until April 1992 she had been paid less than her male predecessor. She brought an action against the respondent before an industrial tribunal in September 1991, seeking the arrears of remuneration not paid by reason of sex discrimination. The respondent contested the claim as being out of time since

[18] Case C-326/96, *Levez v. T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.*, ECLI:EU:C:1998:577.

the two-year time-limit for bringing such an action under the UK sex discrimination legislation had already passed. The tribunal could not therefore award the arrears of remuneration for the period prior to September 1991.

On a reference, the ECJ ruled that the two-year limitation period could not apply to her case because the respondent had deliberately misrepresented to her the level of remuneration paid to members of the opposite sex. In its ruling, the ECJ gave further guidance to national courts on the way of applying the principle of non-discrimination or equivalence:

[43] In order to determine whether the principle of equivalence has been complied with in the present case, the national court – which alone has direct knowledge of the procedural rules governing actions in the field of employment law – must consider both the purpose and the essential characteristics of allegedly similar domestic actions[…]

[44] Furthermore, whenever it falls to be determined whether a procedural rule of national law is less favourable than those governing similar domestic actions, the national court must take into account the role played by that provision in the procedure as a whole, as well as the operation and any special features of that procedure before the different national courts[…]

The subsequent case of *Preston*[19] concerned the applicant's claim, based on sex discrimination, in respect of membership of an occupational pension scheme. This time the House of Lords (the highest UK civil court, now known as the Supreme Court) requested clearer guidance from the ECJ in respect of the criteria according to which it was possible to identify a similar basis for a claim in the context of protecting a purely domestic right. The ECJ noted,[20] referring to its earlier decision in *Levez*: "[I]n order to decide whether procedural rules are equivalent, the national court must verify objectively, in the abstract, whether the rules at issue are similar taking into account the role played by those rules in the procedure as a whole, as well as the operation of that procedure and any special features of those rules."

In these decisions, the ECJ has clearly recognised that national courts are best placed to determine whether or not remedies are similar in their protection of Union and national rights. Nevertheless, it has provided guidance for those courts in their assessment of similar remedies, a matter which the ECJ has also done in respect of the principle of effectiveness.

[19] Case C-78/98 *Preston v. Wolverhampton Healthcare NHS Trust*, ECLI:EU:C:2000:247.

[20] *Ibid.*, paragraph 63.

3. EFFECTIVENESS

Following on from its decisions in *Rewe*[21] and *Comet*,[22] the ECJ sought in *Harz v. Deutsche Tradax*[23] to impose on Member States an obligation to afford real protection for breach of EU law, the principle of effectiveness:[24] "Although [...] full implementation of the Directive does not require a specific form of sanction for breach of the prohibition of discrimination, it does entail that that sanction be such as *to guarantee real and effective judicial protection*. Moreover, it must also have *a real deterrent effect* on the employer."

The ECJ case-law on the effectiveness in the provision of national remedies to protect EU rights has been greatly affected in its development by the tension such principle enjoys with the one previously discussed, that of non-discrimination or equivalence. In certain cases, the strict application of the equivalence principle would have had the result of denying effective protection of a Union right. At times, it has seemed that the effectiveness principle has predominated over equivalence.

In *Von Colson*,[25] the female plaintiffs had applied for posts as social workers in German prisons. When two men were appointed to these posts, the plaintiffs brought proceedings before the German labour courts on the grounds of sex discrimination. On the basis of then Directive 76/207/EEC, the Equal Treatment Directive ("ETD")[26], which had been implemented into German law, the national court considered that it only had the power to award nominal damages (travelling expenses). When challenging this interpretation, the German court made a reference to the ECJ which, in turn, considered the need for the effectiveness in the remedy provided, ruling:

[28] It should, however, be pointed out to the national court that although Directive 76/207/EEC, for the purpose of imposing a sanction for the breach of the prohibition of discrimination, leaves the Member States free to choose between the different solutions suitable for achieving its

[21] Case 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188.

[22] Case 45/76 *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, ECLI:EU:C:1976:191.

[23] Case 79/83 *Harz v. Deutsche Tradax GmbH*, ECLI:EU:C:1984:155.

[24] *Ibid.*, paragraph [23]. Emphasis supplied.

[25] Case 14/83, *Von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153.

[26] Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions: [1976] *Official Journal of the European Communities* L 39/40. Repealed and replaced by Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation: [2006] *Official Journal of the European Union* L204/23.

objective, it nevertheless requires that if a Member State chooses to penalise breaches of that prohibition by the award of compensation, then in order to ensure that it is effective and that it has a deterrent effect that compensation must in any event be adequate in relation to the damage sustained and must therefore amount to more than purely nominal compensation such as, for example, the reimbursement only of the expenses incurred in connection with the application. It is for the national court to interpret and apply the legislation adopted for the implementation of the Directive in conformity with the requirements of Community law, in so far as it is given discretion to do so under national law.

Consequently, the duty on national courts to secure an effective sanction arose quite apart from the concept of direct effect. It rested on what is now Article 288(3) TFEU and the duty of Member States (including their courts) under Article 4(3) TEU to fulfil their obligations regarding the result envisaged by the Directive.

In *Marshall (No.1)*,[27] the ECJ had established directly enforceable rights regarding equality in retirement ages on the basis of Article 5 ETD.[28] The applicant's case then returned to the English industrial tribunal where the only issue was the amount of compensation she was entitled to recover from the defendants, her ex-employers. The relevant British law provided a maximum award of £6,250 but the tribunal, in view of its duty to provide an effective remedy and the lapse of eight years between the claim and the payment of damages, decided that the limitation was inadequate and breached Article 6 ETD[29], as discussed above in *Von Colson*. In addition to its increased amount of compensation, the tribunal awarded the applicant £7,710 by way of interest, thereby bringing the total award to £19,405. The defendants had already paid the statutory sum of £6,250 as well as a fur-

[27] Case 152/84 *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1986:84.

[28] Article 5 ETD, in part: "1. Application of the principle of equal treatment with regard to working conditions, including the conditions governing dismissal, means that men and women shall be guaranteed the same conditions without discrimination on grounds of sex.

2. To this end, Member States shall take the measures necessary to ensure that:

(a) any laws, regulations and administrative provisions contrary to the principle of equal treatment shall be abolished;

(b) any provisions contrary to the principle of equal treatment which are included in collective agreements, individual contracts of employment, internal rules of undertakings or in rules governing the independent occupations and professions shall be, or may be declared, null and void or may be amended…."

[29] Article 6 ETD: "Member States shall introduce into their national legal systems such measures as are necessary to enable all persons who consider themselves wronged by failure to apply to them the principle of equal treatment within the meaning of Articles 3, 4 and 5 to pursue their claims by judicial process after possible recourse to other competent authorities."

ther £5,445 but appealed against the award of interest which they maintained the tribunal had no jurisdiction to award.

The appeal eventually reached the House of Lords which referred the case to the ECJ. In *Marshall (No. 2)*,[30] the ECJ was asked to rule on whether the applicant was entitled to full compensation for the damage sustained, together with interest, on the basis of Article 6 ETD. The ECJ ruled in favour of the applicant:

[25] In the event of discriminatory dismissal contrary to Article 5(1) of the Directive, a situation of equality could not be restored without either reinstating the victim of discrimination or, in the alternative, granting financial compensation for the loss and damage sustained.

[26] Where financial compensation is the measure adopted in order to achieve the objective indicated above, it must be adequate, in that it must enable the loss and damage actually sustained as a result of the discriminatory dismissal to be made good in full in accordance with the applicable national rules […]

[30] It also follows […] that the fixing of an upper limit of the kind at issue in the main proceedings cannot, by definition, constitute proper implementation of Article 6 of the Directive, since it limits the amount of compensation *a priori* to a level which is not necessarily consistent with the requirement of ensuring real equality of opportunity through adequate reparation for the loss and damage sustained as a result of discriminatory dismissal.

[31] With regard to […] the award of interest, suffice it to say that full compensation for the loss and damage sustained as a result of discriminatory dismissal cannot leave out of account factors, such as the effluxion of time, which may in fact reduce its value. The award of interest, in accordance with the applicable national rules, must therefore be regarded as an essential component of compensation for the purposes of restoring real equality of treatment.

Marshall (No. 2) thus demonstrated that, where a national court was required to provide an effective remedy to protect a right under EU law, national rules governing such remedies – in this case, the amount of damages and the award of interest – could be disapplied to ensure justice to the applicant.

[30] Case C-271/91, *Marshall v. Southampton & South West Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1993:335.

4. NATIONAL PROCEDURAL AUTONOMY

At the present stage of integration, an applicant able to show a violation of EU law still remains – in many cases in the absence of common EU rules – dependent on existing national procedures to enforce her claim before national courts. Such procedures may, unfortunately, thwart the enforcement of the claim as when a claim is brought outside the national limitation period. Procedural law varies from Member State to Member State, with the result that in practice the means of enforcement of EU rights are not uniform State by State. Yet such national procedural autonomy is not absolute – it is subject to the principles of equivalence and effectiveness in the provision of remedies. The interplay between these three requirements of EU rights protection in national systems has produced a broad variety of results over the years.[31]

In *Rewe*,[32] the applicants had had to pay charges for phytosanitary inspection on the importation of French apples, already found by the ECJ[33] to be contrary to Article 30 TFEU as being charges in equivalent effect to customs duties. The plaintiffs, on the basis of this ECJ ruling, sought in the national proceedings to have the decisions imposing the charges annulled and the amounts paid refunded (with interest). The respondent refused on the ground that their claims were inadmissible because the time-limits for commencing such claims, as laid down by the relevant national code of administrative procedure, had expired. On another reference to the ECJ, the Court was asked whether EU law required that the applicants be granted the remedy that they sought. The ECJ, using wording very similar to that later used in *Comet*,[34] stated:

[5] Applying the principle of co-operation laid down in [Article 4(3) TEU], it is the national courts which are entrusted with ensuring the legal protection which citizens derive from the direct effect of the provisions of Community law.

Accordingly, in the absence of Community rules on this subject, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which citizens

[31] For a discussion of this issue, see, e.g.: A. Biondi, "The European Court of Justice and certain national procedural limitations: not such a tough relationship", *Common Market Law Review* 36/1999, 1271 and M. Hoskins, "Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules", *European Law Review* 21/1996, 365.

[32] Case 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188.

[33] Case 39/73 *Rewe Zentralfinanz eGmbh v. Direktor der Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe*, ECLI:EU:C:1973:105.

[34] Case 45/76, *Comet*, ECLI:EU:C:1976:191.

have from the direct effect of Community law, it being understood that such conditions cannot be less favourable than those relating to similar actions of a domestic nature...

In the absence of such measures of harmonisation the right conferred by Community law must be exercised before the national courts in accordance with the conditions laid down by national rules.

The position would be different only if the conditions and time-limits made it impossible in practice to exercise the rights which the national courts are obliged to protect.

This is not the case where reasonable periods of limitation of actions are fixed.

The laying down of such time-limits with regard to actions of a fiscal nature is an application of the fundamental principle of legal certainty protecting both the tax-payer and the administration concerned.

This matter of national procedural autonomy, where common EU rules do not exist, has an important adjunct: namely that EU law does not require States (or courts) to create remedies that are not available under national law.[35]

There are, however, very exceptional cases in which the respect for national procedural autonomy has been overruled by Court's guarantee of the principle of effectiveness. In *Emmott*,[36] for example, the applicant claimed retrospective payment of a disability benefit for the time during which Ireland had failed to implement Directive 79/7/EEC.[37] When she had contacted the relevant government department regarding her entitlement, she had been told that no decision in her case could be made until determination of a reference pending before the ECJ.

The applicant, having had no further communication from the Ministry, eventually began proceedings for judicial review of the decisions relating to her social security benefit. The respondent Ministry pleaded that her delay in starting an action rendered it time barred under Irish rules of procedure. On a reference, the ECJ refused to allow the Ministry to take advantage of Ireland's failure to implement the Directive in time:

[35] Case 158/80, *Rewe Nord*, ECLI:EU:C:1981:163. However, since *Rewe Nord*, the ECJ – while maintaining lip service to the "no new remedies" principle – has actually undermined its effect: see, e.g., Case 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio*, ECLI:EU:C:1983:318; and Case C-213/89, *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd*., ECLI:EU:C:1990:257.

[36] Case C-208/90, *Emmott*, ECLI:EU:C:1991:333.

[37] Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security: [1979] *Official Journal of the European Communities* L6/24.

[16] As the Court has consistently held […], in the absence of Community rules on the subject, it is for the domestic legal system of each Member State to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which individuals derive from the direct effect of Community law, provided that such conditions are not less favourable than those relating to similar actions of a domestic nature nor framed so as to render virtually impossible the exercise of rights conferred by Community law.

[17] Whilst the laying down of reasonable time-limits which, if unobserved, bar proceedings, in principle satisfies the two conditions mentioned above, account must nevertheless be taken of the particular nature of Directives[…]

[21] So long as a Directive has not been properly transposed into national law, individuals are unable to ascertain the full extent of their rights. That state of uncertainty for individuals subsists even after the Court has delivered a judgment finding that the Member State in question has not fulfilled its obligations under the Directive and even if the Court has held that a particular provision or provisions of the Directive are sufficiently precise and unconditional to be relied upon before a national court.

[22] Only the proper transposition of the Directive will bring that state of uncertainty to an end and it is only upon that transposition that the legal certainty which must exist if individuals are to be required to assert their rights is created.

[23] It follows that, until such time as a Directive has been properly transposed, a defaulting Member State may not rely on an individual's delay in initiating proceedings against it in order to protect rights conferred upon him by the provisions of the Directive and that a period laid down by national law within which proceedings must be initiated cannot begin to run before that time.

The *Emmott* ruling did not, however, engender a broader principle – prohibiting a Member State from relying on national procedural limits to prevent claims to rights under a Directive until that Directive had been transposed into national law – as subsequently determined by the ECJ in *Steenhorst-Neerings*.[38]

National limitation periods have been recognised by the ECJ as a vital feature of the principle of legal certainty and "reasonable" time limits are acceptable. In *Fantask*,[39] the ECJ determined:

[38] Case C-338/91, *Steenhorst-Neerings v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen*, ECLI:EU:C:1993:857.

[39] Case C-188/95, *Fantask A/S e.a. v. Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, ECLI:EU:C:1997:580.

[48] The Court has thus acknowledged, in the interests of legal certainty which protects both the taxpayer and the authority concerned, that the setting of reasonable limitation periods for bringing proceedings is compatible with Community law. Such periods cannot be regarded as rendering virtually impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law, even if the expiry of those periods necessarily entails the dismissal, in whole or in part, of the action brought […]

[49] The five-year limitation period under Danish law must be considered to be reasonable […] Furthermore, it is apparent that that period applies without distinction to actions based on Community law and those based on national law.

The reasonable time limit in *Steenhorst-Neerings* and *Fantask* nevertheless resulted in a dilution of the adequate and effective remedy requirement and, as time limits vary from Member State to Member State, in the uniformity of EU law. Nevertheless, the ECJ managed to square this circle in *Preston*,[40] again in the context of an equal pay claim and this time in relation to claims vis-à-vis an occupational pension scheme. On a reference from the UK House of Lords, the ECJ stated:

[32] The first question concerns the scope of the principle of effectiveness and comprises two parts. In the first part, the House of Lords asks, essentially, whether Community law precludes a national procedural rule under which a claim for membership of an occupational pension scheme (from which the right to pension benefits flows) must, if it is not to be time-barred, be lodged within a period of six months following the end of the employment to which the claim relates.

[33] As regards the compatibility of a time requirement, such as that contained in section 2(4) of the [Equal Pay Act, 'EPA'], with the Community-law principle of effectiveness, it is settled case-law, and has been since *Rewe* […] that the setting of reasonable limitation periods for bringing proceedings satisfies that requirement in principle, inasmuch as it constitutes an application of the fundamental principle of legal certainty […].

[34] Contrary to the contention of the claimants in the main proceedings, the imposition of a limitation period of six months, as laid down in section 2(4) of the EPA, even if, by definition, expiry of that period entails total or partial dismissal of their actions, cannot be regarded as constituting an obstacle to obtaining the payment of sums to which, albeit not yet payable, the claimants are entitled under [Article 157 TFEU]. Such a limitation period does not render impossible or excessively difficult the exercise of

[40] Case C-78/98, *Preston*, ECLI:EU:C:2000:247.

rights conferred by the Community legal order and is not therefore liable to strike at the very essence of those rights.

[35] The answer to the first part of the first question must therefore be that Community law does not preclude a national procedural rule which requires that a claim for membership of an occupational pension scheme (from which the right to pension benefits flows) must, if it is not to be time-barred, be brought within six months of the end of the employment to which the claim relates, provided, however, that that limitation period is not less favourable for actions based on Community law than for those based on domestic law.

In this way, the ECJ neatly ruled that the setting of reasonable time limits for bringing legal proceedings actually complies with the requirement of effective protection since it amounts to an application of the principle of legal certainty.

Further development – even practical reconciliation or a finer balancing of the three requirements for remedies provision – occurred in *Van Schijndel*[41] which concerned the ability of national courts to consider points of EU law of their own motion, the subject matter of which concerned the compatibility of occupational pension funds with the EC rules on competition. On a reference from the Dutch Supreme Court, the ECJ having discussed national procedural autonomy and the principles of equivalence and effectiveness, considered:

[19] For the purposes of applying those principles, each case which raises the question whether a national procedural provision renders application of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances. In the light of that analysis the basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, must, where appropriate, be taken into consideration.

[20] In the present case, the domestic law principle that in civil proceedings a court must or may raise points of its own motion is limited by its obligation to keep to the subject-matter of the dispute and to base its decision on the facts put before it.

That limitation, the ECJ continued, was justified by the principle that, in a civil action, it was for the parties to take the initiative, the domestic court being able to act of its own motion only in exceptional cases where

[41] Joined Cases C-430 and C-431/93, *Van Schijndel v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, ECLI:EU:C:1995:441. See also Case C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v. Belgian State*, ECLI:EU:C:1995:437.

the public interest required its intervention. That principle reflected conceptions prevailing in most of EU Member States as to the relations between the State and the individual; it safeguarded the rights of the defence; and it ensured proper conduct of proceedings by, in particular, protecting them from the delays inherent in examination of new pleas.

5. CONCLUSION

While the guarantee to an effective remedy for infringement of an EU right is now provided on a Treaty or Treaty-level basis in the Union, before the entry into force of the Lisbon Treaty the ECJ developed a group of three principles to ensure litigants, before their own domestic courts, could seek redress for breach of EU law. The combination of equivalence and effectiveness in the remedies available with the respect for national procedural autonomy, allowed the ECJ to provide a formidable basis for both natural and legal persons to pursue actions before national courts to protect their rights under EU law. What the case law in this area shows is that the balance between respect for national procedural rules and the principle of effectiveness, that is, the need for EU rights not to be "excessively difficult" to pursue, has been better achieved so far as case-law can do this. However – as is clear from *Emmott*, *Steenhorst-Neerings*, *Preston* and *Van Schijndel* – each case depends on its particular facts, on the nature and purpose of the national procedural rule, and on its effects.[42]

LIST OF REFERENCES

1. Biondi, Andrea, "The European Court of Justice and certain national procedural limitations: not such a tough relationship", *Common Market Law Review* 36/1999;
2. De Witte, Bruno, "Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order", *The Evolution of EU Law* (eds. P. Craig, G. de Búrca), Oxford University Press, Oxford 2021;
3. Dougan, Michael, *National Remedies Before the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford 2004;
4. Downes, Tony A., Hilson, Chris, "Making Sense of Rights: Community Rights in EC Law", *European Law Review* 24/1999;
5. Hoskins, Mark, "Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules", *European Law Review* 21/1996;
6. Kilpatrick, Clarie, Novitz, Tonia, Skidmore, Paul, *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford 2000;

[42] For various analyses of how remedies have evolved, see C. Kilpatrick, T. Novitz, P. Skidmore, *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford 2000.

7. *Remedies for Breach of EC Law* (eds. J. Lonbay, A. Biondi), London 1997;
8. Rosas, Allan, "The National Judge as EU Judge: Some Constitutional Observations", *Southern Methodist University Law Review* 67/2014;
9. Steiner, Josephine, *Enforcing EC Law*, Blackstone Press, London 1995;
10. Tatham, Allan F., "Restitution of charges and duties levied by the public administration in breach of European Community Law: a comparative analysis", *European Law Review* 19/1994;
11. Temple Lang, John, "The Duties of National Courts under Community Constitutional Law", *European Law Review* 22/1997;
12. Van Gerven, Walter, "Bridging the Gap Between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogenity in the Field of Legal Remedies?", *Common Market Law Review* 32/1995.

Case law and legal sources

1. Case 14/83, *Von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153;
2. Case 152/84 *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1986:84;
3. Case 158/80, *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH v. Hauptzollamt Kiel*, ECLI:EU:C:1981:163;
4. Case 158/80, *Rewe Nord*, ECLI:EU:C:1981:163;
5. Case 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio*, ECLI:EU:C:1983:318;
6. Case 265/78, *H. Ferweda B.V. v. Produktschap voor Vee en Vlees*, ECLI:EU:C:1980:66;
7. Case 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188;
8. Case 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188;
9. Case 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, ECLI:EU:C:1976:188;
10. Case 39/73 *Rewe Zentralfinanz eGmbh v. Direktor der Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe*, ECLI:EU:C:1973:105;
11. Case 45/76 *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, ECLI:EU:C:1976:191;
12. Case 45/76, *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, ECLI:EU:C:1976:191;
13. Case 45/76, *Comet*, ECLI:EU:C:1976:191;
14. Case 45/76, *Comet*, ECLI:EU:C:1976:191;
15. Case 79/83 *Harz v. Deutsche Tradax GmbH*, ECLI:EU:C:1984:155;
16. Case C-188/95, *Fantask A/S e.a. v. Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, ECLI:EU:C:1997:580;
17. Case C-208/90, *Emmott v. Minister for Social Welfare*, ECLI:EU:C:1991:333;

18. Case C-208/90, *Emmott*, ECLI:EU:C:1991:333;
19. Case C-213/89, *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd*., ECLI:EU:C:1990:257;
20. Case C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) v. Ministero delle Finanze*, ECLI:EU:C:1998:401;
21. Case C-271/91, *Marshall v. Southampton & South West Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1993:335;
22. Case C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v. Belgian State*, ECLI:EU:C:1995:437;
23. Case C-326/96, *Levez v. T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.*, ECLI:EU:C:1998:577;
24. Case C-338/91, *Steenhorst-Neerings v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen*, ECLI:EU:C:1993:857;
25. Case C-78/98 *Preston v. Wolverhampton Healthcare NHS Trust*, ECLI:EU:C:2000:247;
26. Case C-78/98, *Preston*, ECLI:EU:C:2000:247;
27. Charter of Fundamental Rights of the European Union;
28. Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions: [1976] *Official Journal of the European Communities* L 39/40;
29. Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security: [1979] *Official Journal of the European Communities* L6/24;
30. Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation: [2006] *Official Journal of the European Union* L204/23;
31. Joined Cases 205 to 215/82, *Deutsche Milchkontor v. Germany*, ECLI:EU:C:1983:233;
32. Joined Cases C-430 and C-431/93, *Van Schijndel v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, ECLI:EU:C:1995:441;
33. Treaty on European Union.

A. F. Tatham, *The development of the right to an effective remedy under EU law…*, Collection of Papers "Legal gaps and the completeness of law", East Sarajevo 2024, pp. 335–353.

Проф. др Алан Франсис Татам
Универзитет Сан Пабло-CEU, Мадрид, Шпанија

РАЗВОЈ ПРАВА НА ЕФИКАСАН ПРАВНИ ЛИЈЕК У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: ПОПУЊАВАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА ОД СТРАНЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ

Сажетак

Овај рад настоји да прикаже еволуцију принципа Европског суда правде (ЕСП) о потреби за ефикасним правним лијеком – пред националним судовима – за заштиту права појединаца и компанија која произилазе из права Европске уније (ЕУ). То ће показати, кроз анализу релевантне судске праксе, како се ЕСП ослањао на обавезе националних судова засноване на уговорима о лојалности и искреној сарадњи како би од њих захтијевао да ефикасно штите таква права ЕУ у поступцима пред њима. Без ове заштите, право ЕУ би изгубило своју релевантност у очима појединаца и компанија широм Уније. Са првобитном неспремношћу ЕУ да се на било који начин мијеша у обезбјеђивање заједничких правних лијекова – осмишљених да спроведу право ЕУ пред националним судовима – било је стога препуштено ЕСП да постепено попуни ове правне празнине и да води политику развоја ЕУ. Основа за обезбјеђивање правних лијекова за заштиту спровођења права ЕУ пред националним судовима, а притом је осјетљива на националне јурисдикције. Успостављањем равнотеже између интереса ЕУ и домаћих интереса у овој области, ЕСП је успио да премости празнине у заштити права по праву ЕУ, остављајући домаћим судовима крајњу одговорност за обезбеђивање релевантног домаћег правног лијека у оквиру сопственог система.

Кључне ријечи: *Дјелотворни правни лијекови у праву ЕУ; Заштита права ЕУ; Принципи за пружање националних правних лијекова; Тумачење права ЕУ; Дужности националних судова.*

UDC/УДК 341.231.14
341.4
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Associate Professor Kemal Makili-Aliyev, LL.D.

School of Global Studies, University of Gothenburg, Sweden

CHALLENGING POLITICAL RECOGNITIONS OF A CRIME OF GENOCIDE: A LEGAL PERSPECTIVE ON *PERINCEK V. SWITZERLAND* CASE

This article examines the legal implications of the "Armenian genocide" concept and the consequences of pursuing political recognition rather than legal scrutiny. It focuses on the European Court of Human Rights' (ECtHR) ruling in Perincek v. Switzerland and its impact on the debate. The article analyzes the ECtHR's decision in Perincek v. Switzerland, discusses the legal reasoning behind the ruling, and explores its significance in challenging the political recognition of the "Armenian genocide". It also compares the "Armenian genocide" to another instance of contested genocide and highlights the need for legal review in such cases. The ECtHR's ruling in Perincek v. Switzerland emphasizes the importance of freedom of expression and the need for a legal consensus on the matter. The Court refrains from determining whether the 1915 events constitute genocide but underscores the necessity of legal scrutiny over political recognition. This article highlights the importance of legal review in recognizing historical events as genocide. The ECtHR's ruling in Perincek v. Switzerland serves as a significant precedent, emphasizing that political recognition cannot replace legal scrutiny in addressing sensitive legal matters such as genocide. The international community should rely on courts, rather than political bodies, to make determinations about genocide and other international crimes.

Keywords: International criminal law; Human rights; Interpretation; Armenia; Turkey.

Kamal Makili-Aliyev, *kamal.makili-aliyev@gu.se.*

1. INTRODUCTION

Throughout history, humankind has endeavored to address situations that may lead to the ultimate annihilation of humanity and the destruction of moral and humane values. Regrettably, history has borne witness to egregious crimes such as genocide, mass ethnic cleansings, and other horrific instances of human destruction, casting a shadow on the innate human nature of peoples worldwide.

Nevertheless, in the pursuit of preventing and prosecuting such heinous crimes as genocide, crimes against humanity, war crimes, mass murder, aggression, etc., science and academia have established classifications and mechanisms designed to bring justice to both the situations and their perpetrators. For instance, the establishment of the International Criminal Court in 2002, with the entry into force of the Rome Statute of 1998[1], marks a pivotal development in this realm. It is imperative to note that the international community, as a whole, exhibits profound and keen interest in this process and its ongoing evolution.

Thus, in accordance with the convictions of the international community, evident from the creation of institutions such as the International Criminal Court (ICC) and the European Court of Human Rights (ECtHR) in the judicial classification and study of international crimes, it is logical to posit that all classifications of events and matters connected to atrocities and mass murders should undergo review within the frameworks of existing or specially created (*ad hoc*) legal structures.

Regrettably, this is not always the case. Affected groups, communities, diasporas, and arguably peoples themselves often endeavor to politicize such situations to gain leverage in the current state of international relations. Instead of seeking answers in international courts and tribunals, they turn to political bodies of different states that lack the competence to provide either legal or historical reviews of atrocities falling under the classification of international crimes.

Such a situation arose prominently in the infamous case of the "Armenian genocide", referred to by the Armenian people and the widespread Armenian Diaspora as the "first genocide of the 20th century".[2] For years, Armenians have sought recognition of the events that transpired in 1915 in the Ottoman Empire as "genocide" in various political structures world-

[1] M. C. Weed, "International Criminal Court and the Rome Statute: 2010 Review Conference", 10 March, 2011, *CRS Report for Congress*, *http://www.fas.org/sgp/crs/row/-R41682.pdf*, 12 March 2024.

[2] For example, Armenian Church, "Holy Martyrs of the Armenian Genocide", *https://armenianchurch.us/the-saints/holy-martyrs-of-the-armenian-genocide/*, 12 March 2024.

wide, including parliaments, executive bodies, and municipalities, aiming to gain political leverage and pressure the Republic of Turkey, the successor of the Ottoman Empire, for reparations and official apologies. While some instances resulted in formal political recognitions by certain states through resolutions,[3] in many cases, these efforts met with failure.

This article aims to elucidate serious weaknesses inherent in such an approach and to demonstrate that, despite Armenian people's persistent efforts to secure global recognition of the 1915 events as genocide, it remains neither recognized historical nor a legal fact but remains firmly in a realm of political claims. In fact, this approach creates problems for the legal evaluation of the massacres of Armenians and becomes counterproductive to the goals that Armenian people set to find justice for the victims.

2. PROBLEMATIZING THE APPROACH THROUGH LEGAL CASE OF *PERINCEK V. SWITZERLAND*

To demonstrate the problem, this article refers to the ECtHR's landmark decision that stands as a precedent, challenging the arguments put forth by Armenians regarding what they proclaim as historical facts and reality. On 17 December 2013, in Strasbourg, the Court rendered a decision in the case of *Perincek v. Switzerland*. The outcome of this specific case was eagerly awaited globally, with experts emphasizing its significance in the discourse surrounding relations between Turkey and Armenia. Consequently, the ruling held substantial importance for legal practitioners, as well as scholars and analysts in the field of international relations.

The case originates from March 9, 2007, when Dogu Perincek was found guilty and fined by the Swiss Lausanne court in a case initiated against him by the "Switzerland-Armenia" Association. He was accused of participating in three instances of conferences in Switzerland in 2005, during which he denied that the Ottoman Empire conducted genocide against Armenians in 1915. Perincek labeled the concept of "Armenian genocide" as an "international lie". The Lausanne court, in its judgment, deemed the accused guilty of racial discrimination, in accordance with the Swiss Criminal Code's definition, citing racially motivated motives detrimental to the historical discourse.[4] This, in essence, curtailed Perincek's freedom to express his opinions.

[3] *Perinçek v. Switzerland*, no. 27510/08, § 115, 17 December 2013, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139724*, 12 March 2024. In some cases, certain provisions were introduced into legislation of such states as for example France, where the denial of Armenian "genocide" briefly became crime punishable by law. See for example, Armenian Weekly Staff, "French Council Finds Bill Penalizing Denial Unconstitutional", 28 February 2012, *http://bit.ly/1ieA6kX*, 12 March 2024.

[4] *Perinçek v. Switzerland*, § 9.

Perincek appealed the Lausanne court's decision to the higher court, but his appeal proved unsuccessful. On June 19, 2007, the Court of Appeals of the francophone canton of Vaud asserted that the Armenian "genocide", akin to the Holocaust, was an established "historical fact" recognized by the Swiss legislative body, falling under the provisions of Article 261bis of the Criminal Code of Switzerland.[5] A notable flaw in this ruling is the court's reliance on the resolution of the lower chamber of the Swiss parliament in its decision,[6] as no international court or tribunal had previously examined the matter. Despite the non-legally binding nature of such a resolution, being a political document rather than a law, and its adoption solely by the lower chamber of the Swiss legislative body, the Court of Appeals concluded that historical expertise should be deemed unnecessary during the trial. Moreover, the examination of the case later by ECtHR later revealed that Perincek did not deny the mass murder and deportations of Armenians but contested the characterization of such actions as "genocide".[7]

Rulings against him prompted Perincek to exhaust all available legal avenues, especially given the perceived weak legal grounds in the Court of Appeals' decision, as demonstrated above. Moreover, examining Article 261bis of the Swiss Criminal Code reveals its general prohibition of racial discrimination and, in particular, the article states that: "…any person who publicly denigrates or discriminates against another or a group of persons on the grounds of their race, ethnic origin or religion in a manner that violates human dignity, whether verbally, in writing or pictorially, by using gestures, through acts of aggression or by other means, or any person who on any of these grounds denies, trivializes or seeks justification for genocide or other crimes against humanity… is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty".[8] Notably, the article does not target any specific group or ethnic identity, requiring an appropriate justification for its application. In this instance, the Court of Appeals relied on the aforementioned resolution, thus raising concerns about the court's potential overreach and disregard for legal authority.

Moreover, equating the Holocaust with the Armenian "genocide" solely based on a resolution from one chamber of the Swiss parliament pre-

[5] R. Smith, "European Ruling Ignites Freedom Debate", *IPS*, 15 February 2014, Switzerland, *http://www.ipsnews.net/2014/02/european-ruling-ignites-freedom-debate/*, 12 March 2024.

[6] Azatutyun, "Swiss Parliament Recognizes Armenian Genocide", 16 December 2003, *https://www.azatutyun.am/a/1572776.html*, 12 March 2024.

[7] R. Smith, 2.

[8] Criminal Code of Switzerland, AS 2020 1609; BBl 2018 3773 5231, 21 December 1937, Article 216bis, *http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a261bis.html*, 12 March 2024.

sents a precarious foundation. The Holocaust's tragic events have undergone scrutiny in international criminal tribunals, forming the basis of the contemporary concept of international criminal law. In contrast, the events in the Ottoman Empire in 1915 have not undergone review by any international judicial body, rendering them incomparable to the well-established Jewish genocide recognized within international criminal law jurisprudence.

It was unsurprising, then, that such a decision led to extended debates among international law scholars and experts who harbored substantial doubts about the feasibility of equating the resolution of a political body within any given state with the decisions of an international criminal tribunal.[9] This skepticism extended beyond Turkey and Switzerland, for apparent reasons, resonating worldwide where scholars scrutinized the perceived legal frailty of the decision, eventually concurring with the subsequent ruling of the ECtHR,[10] which will be discussed in detail herein.

It must be emphasized that Perincek's trials in Switzerland unfolded within a distinct atmosphere. The decisions of the Swiss courts may have been compromised by the pervasive influence of Armenian narrative. Throughout the entire process, Armenian activists deployed extensive arsenal of informational tactics through media campaigns, street protests, but also illegal activities, such as personal threats, defamation, and the like. Armenian activist organizations were constantly targeting public opinion and applying public pressure.[11] This trend persisted through the Federal Court of Switzerland's decision on December 12, 2007, which dismissed Perincek's appeal.

Subsequently, Perincek exhaustively pursued all available legal avenues in Switzerland, a prerequisite for appealing to the European Court of Human Rights. Perincek submitted an application to the ECtHR on June 10, 2008.

After a protracted five-year trial, the ECtHR ultimately ruled in favor of Perincek. The Court held that the Turkish applicant did not violate

[9] T. K. Tuncel, "A Look at the Perinçek v. Switzerland Case: Examination of a Lawsuit to Understand the Current State of the Armenian-Turkish Dispute and Prospective Developments", *Review of Armenian Studies* 31/2015, 319–322; E. Borsacchi, "Perinçek vs. Switzerland on the backstage: the majority approach and the separate opinion of Judge Nussberger", *International Law Blog*, 28 March 2016, *https://international-law.blog/2016/03/28/perincek-vs-switzerland-on-the-backstage-the-majority-approach-and-the-separate-opinion-of-judge-nussberger/*, 12 March 2024; U. Belavusau, "Perinçek v. Switzerland: Between Freedom of Speech and Collective Dignity", *Verfassungsblog*, 5 November 2015, *https://verfassungsblog.de/perincek-v-switzerland-between-freedom-of-speech-and-collective-dignity/*, 12 March 2024.

[10] R. Smith, 2.

[11] T. K. Tuncel, 321–322.

Swiss law when denying the "Armenian genocide". Consequently, Switzerland itself was found in violation of Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR), safeguarding freedom of expression. The Court also ruled that, despite Perincek challenging the existence of the Armenian "genocide" in multiple conferences in Switzerland, he did not abuse his rights within the meaning of Article 17 of the ECHR. Furthermore, the Court squarely placed the responsibility on Switzerland for breaching a fundamental aspect of freedom of expression. It explicitly underscored that the free exercise of the right to openly discuss sensitive and controversial issues distinguished a tolerant and pluralistic democratic society from a totalitarian or dictatorial regime.[12]

The ECtHR acknowledged that it was not tasked with ruling on the characterization of the events of 1915 in the Ottoman Empire. The Court highlighted that the term "genocide" constitutes a precisely defined legal concept that is not easily proven. It is imperative to note that "genocide" is not merely a political, historical, or sociological concept; it is a legally established fact.[13] Consequently, any assertions not grounded in legal proof, such as historical opinions or political decisions, are rendered moot and reflect only the perspectives of particular groups rather than objective reality. In alignment with this perspective, the ECtHR maintained a skeptical stance toward the likelihood of a general consensus on events described as the "Armenian genocide", considering the inherently open nature of historical research, subject to ongoing discussion and debate without necessarily culminating in definitive conclusions or the establishment of absolute truths.[14]

Evidently, the ECtHR distanced itself from an in-depth analysis and characterization of the events of 1915 in the Ottoman Empire, focusing on the immediate matter at hand. Moreover, the Court underscored that those states recognizing the Armenian genocide had not deemed it necessary to enact legislation imposing criminal sanctions on individuals challenging official views, recognizing that the primary objective of freedom of expression is to protect minority views capable of contributing to debates on questions of general interest that remain unsettled.[15]

In its decision, the European Court of Human Rights contends that the precise meaning of the term "genocide" in the rulings against Perincek is

[12] ECtHR Registrar, *Criminal conviction for denial that the atrocities perpetrated against the Armenian people in 1915 and years after constituted genocide was unjustified*, ECHR 370, 17 December 2013, *https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4613832-5581451*, 12 March 2024.

[13] *Perinçek v. Switzerland*, § 116.

[14] *Ibid.*, §§ 114–115.

[15] ECtHR Registrar, 17 December 2013.

in doubt, particularly when Article 10 of the ECHR, in its second paragraph, requires only clear and precise definitions of certain conditions.[16] Simultaneously, the ECtHR acknowledges the validity of the Federal Court of Switzerland's argument that Perincek, through his statements at conferences in Switzerland where he labeled the "Armenian genocide" an "international lie", was cognizant that he was making himself susceptible to potential sanctions under Swiss law. The Swiss government's intentions, according to the Court, were to protect the rights of others, such as the memory and honor of the relatives of the victims of the atrocities in the Ottoman Empire in 1915. However, the Court found the Swiss government's argument that Perincek's statements posed a serious threat to public order to be insufficiently substantiated. Thus, it fell upon the court to weigh the rights of others (memory and honor of victims) against Perincek's freedom of expression.[17]

Furthermore, the court emphasizes that Perincek was engaged in a historical, legal, and political discussion that constituted part of a heated debate, and the characterization of the events of 1915 in the Ottoman Empire was of great interest to the general public. Hence, the public debates limited the authorities' margin of appreciation.[18]

The ECtHR disagrees with the Swiss courts' arguments that relied on the notion of a general consensus, especially within the academic community, regarding the legal characterizations of the events of 1915 in the Ottoman Empire. It underscores that even the Federal Court of Switzerland acknowledged the absence of unanimity in the community as a whole regarding the legal understanding of the atrocities. According to the applicants' statements, with which the Court concurs, solidifying a general consensus was very difficult, if not impossible.[19]

Moreover, the court highlights that the political bodies of Switzerland themselves held varying views from institution to institution. Out of all the states in the world, only around twenty had any form of recognition of the events of 1915 in the Ottoman Empire as genocide. Most of these "recognitions" did not originate from governments but, as in the case of Switzerland, from political bodies such as Parliament or one of their chambers.[20]

The ECtHR concurs with Perincek that "genocide" entails a very narrow and clear legal definition. An illustrative example is the judgment of

[16] Council of Europe, "Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", *Council of Europe Treaty Series 005*, Council of Europe, 1950, Article 10.2.

[17] *Perinçek v. Switzerland*, § 75.

[18] *Ibid.*, §§ 112–113.

[19] *Ibid.*, § 117.

[20] *Ibid.*, § 115.

the International Criminal Tribunal for Rwanda, where the court ruled that, for the crime of genocide, the atrocities must be perpetrated with a clear intent not only to eliminate certain members of the given group but the entire group or its specific part.[21] Such a legal crime is inherently challenging to substantiate. Thus, the ECtHR agrees that the consensus referred to by Swiss courts pertains to these specific legal points.

This particular reasoning provided by the ECtHR unequivocally refutes any allegations by Armenians that there is a consensus worldwide on the Ottoman Empire's intent to destroy its Armenian population, either in whole or in part. Notably, it is the first time that such a lack of consensus has been demonstrated in international judiciary. Moreover, the ECtHR expressly states that this case has no correlation with cases of denial of Holocaust crimes, where perpetrators denied crimes perpetrated by Nazis based on solid legal grounds. The ECtHR underscores that, unlike in the case of the so-called "Armenian genocide", the crimes of the Holocaust have been established by an international court.[22] Consequently, the atrocities against Armenians cannot be equated with the same narrow legal definition as "genocide", as was the case with the proven Jewish Genocide in the international court of law.

The European Court of Human Rights has concluded that Switzerland failed to substantiate the social need to prosecute an individual on charges of racial discrimination merely for expressing disagreement with the use of the term "genocide" in reference to the tragic events in the Ottoman Empire of 1915 and subsequent years. The ECtHR considered two noteworthy cases in reaching this conclusion. The first case involved the decision of the Constitutional Court of Spain in 2007, which found it unconstitutional to criminalize the denial of genocide crimes as it cannot be construed as a direct incitement to violence.[23]

In the second case, the French Constitutional Council in 2012 declared unconstitutional a law criminalizing the denial of genocides recognized by law. The Council justified its decision by demonstrating that such criminalization would be incompatible with freedoms of expression and research.[24]

With a series of supporting arguments bolstering Perincek's rightful position, the ECtHR had no alternative but to declare that the basis for

[21] *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), §§ 469, 470, 498, 2 September 1998, *https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ictr/1998/en/19275*, 12 March 2024.

[22] *Perinçek v. Switzerland*, § 117.

[23] *Ibid.*, §§ 35–38.

[24] *Ibid.*, §§ 31–33.

Perincek's conviction by Swiss authorities was, in fact, insufficient, if not unjust. In doing so, the ECHR effectively eliminated the potential censorship loophole aimed at suppressing expressions of criticism in matters of public debate.

It is crucial to acknowledge the historical significance of the ECtHR's decision. For the first time, the issues surrounding the so-called Armenian "genocide" have received legal scrutiny at the international level. While the ECtHR did not render a decision on the legal characterization of the events of 1915 and subsequent years in the Ottoman Empire, it unequivocally identified the differences between the situation and the proven genocide in the case of the Holocaust, asserting that the "Armenian genocide" is not a historical fact. In the atrocities that befell Armenians in 1915, the essential components necessary to meet the narrow legal definition of genocide are lacking. Unlike, for example, the Rwandan genocide, there is no clear legal basis or judgment from a competent international judicial body questioning the Ottoman Empire's intent to destroy Armenians as a group, either in whole or in part.

It is important to note, however, that the ECtHR's decision was not yet binding at that moment. Pursuant to Articles 43 and 44 of the ECHR, the Chamber judgment is not final. Within three months following its delivery, any party may request that the case be referred to the Grand Chamber of the ECtHR. If such a request is made, a panel of five judges will consider whether the case warrants further examination. In the event of a referral, the Grand Chamber will hear the case and issue a final judgment. If the referral request is refused, the Chamber judgment will become final on that day.[25]

In response to the decision, and following debates in Swiss political and social circles and media, the Swiss government has opted to exercise its right to refer the case to the Grand Chamber of the ECtHR. According to the Swiss Federal Office of Justice, "Switzerland's primary interest is in clarifying the scope available to domestic authorities in applying the criminal anti-racism provision laid down in the Swiss Criminal Code (Art. 261bis CC). Switzerland created this penal provision, which entered into force on 1 January 1995, to close loopholes in criminal law and enable the country to accede to the UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination".[26]

While the primary objective appears legalistic, it is evident that political considerations and pressures from Armenian lobbying, as indicated by

[25] Council of Europe, Article 43–44.

[26] Swiss Federal Office of Justice, "Perinçek: Switzerland requests referral to Grand Chamber", Press Release, 11 March 2014, *http://bit.ly/1hrARoJ*, 12 March 2024.

official statements from the leaders of the Republic of Armenia in response to the Swiss authorities' decision, play a significant role.[27] Simultaneously, the decision has elicited understandable disappointment from the Turkish side.[28]

Nonetheless, on 15 October 2015 ECtHR Grand Chamber ruled in favor of Perincek and confirmed that there was a violation of Article 10 of the ECHR.[29] In doing so, the Court unequivocally demonstrated its independence and non-political nature, as well as near immunity to influences from politicians and lobbyists in its decision-making process.

3. KHOJALY MASSACRE AS A COMPARATIVE EXAMPLE AND POSSIBLE WAY FORWARD

Another regional case can be brought in for the comparison when scrutinizing the Perincek case. The events such as the massacres and other atrocities in Khojaly, Azerbaijan, in 1992, perpetrated by Armenian armed forces with the support of the Russian 366th infantry regiment during the Nagorno-Karabakh war, have not yet undergone legal characterization in a court of law. While widely believed to be some sort of international crime, most scholars contend that the final characterization of these events should be determined by an international court of law.

Examining the massacre in Khojaly also reveals possible elements of the crime of genocide. It is plausible that the murderous acts committed in Khojaly constitute evidence that can be classified as *actus reus* of the crime of genocide. Notably, these acts were not confined solely to Khojaly during the active stage of the Nagorno-Karabakh conflict. The *mens rea* of genocide is challenging to prove and less clear in the case of Khojaly. However, actions by the Armenians, such as premeditated ambushes, tracking refugees by helicopters, and radio orders, suggest that the *mens rea* of acts formed prior to their commission. Moreover, it is apparent that, in the case of Khojaly, Armenians selected the target group as "Azerbaijanis" with the intent to destroy parts of this group.[30] Furthermore, there was an open admission from the former president of the Republic of Armenia Serzh Sarkisian in an interview about the premeditated nature of attacks on

[27] News.am, "We welcome Swiss government decision of Perincek case - Armenian President", 14 March 2014, *http://news.am/eng/news/198982.html*, 12 March 2024.

[28] Swissinfo.ch, "Turkish anger as Swiss appeal Perincek decision", 13 March 2014, *http://bit.ly/1omTtL8*, 12 March 2024.

[29] *Perinçek v. Switzerland* [GC], Information Note on the Court's case-law 189, 15 October 2015, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-10930*, 12 March 2024.

[30] K. Makili-Aliyev, *Enforcement of International Law in Nagorno-Karabakh Conflict*, Universal, Tbilisi 2008, 75, *http://bit.ly/Nw809V*, 12 March 2024.

civilians with the purpose of eliminating them.[31] This can potentially point to either a genocidal intent or to the intent to commit crimes against humanity. This example of uncertainty is precisely why international legal investigation is necessary for such cases.

Due to the clear elements indicative of a potential international crime in the Khojaly massacre, there is, akin to the "Armenian genocide" case, a discernible need for an international judicial opinion to elucidate the character of the event. It is regrettable that substantial time has elapsed without judicial decisions on the Khojaly massacre and other tragic events of the Nagorno-Karabakh conflict.

There has been a persistent need for the establishment of an *ad hoc* international criminal tribunal to investigate the international crimes perpetrated in the Nagorno-Karabakh conflict, modeled after the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda. These institutions have demonstrated their capacity to deliver justice and expand the horizons of international criminal law. Calls for such a tribunal for the Nagorno-Karabakh conflict have been present for some time.[32]

An *ad hoc* tribunal would be equipped to address the characterization of the Khojaly massacre and establish just and objective facts to bring justice to the victims of these horrific events. Consequently, in the case concerning the "Armenian genocide", political lobbyists must acknowledge that such categories can only be characterized in judicial instances through the application of international criminal law in an international court. One international justice body has already determined that the "Armenian genocide" cannot be considered a historical fact. The actions of these political lobbyists may inadvertently worsen matters for the Armenian people, as further decisions from international judicial bodies may persuade the international community that the genocide claim is a political myth. This could potentially lead some states to nullify the resolutions they have adopted and reconsider their political recognitions. It would be prudent for Armenians to seek justice in courts rather than parliaments.

One such path for Armenian people to seek legal examination of the massacres in Ottoman Empire, can be modelled based on the International People's Tribunal for 1965 that examined the massacres in Indonesia.

[31] T. de Waal, *Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace and War*, NYU Press, New York – London 2003, 172.

[32] K. Makili-Aliyev, 89; E. Mehtiyev, "Armenian-Azerbaijani conflict: Prague Process and Current Status of Negotiations", *http://anl.az/el/q/qarabag_6/q-13.htm*, 12 March 2024; E. Mehdiyev, "Special tribunal should be created for prosecution of Khojaly genocide perpetrators", 26 February 2014, *http://en.trend.az/news/karabakh/2246324.html*, 12 March 2024; etc.

While not holding a jurisdiction, the people's court engaged real lawyers and former judges of international renown to achieve justice, even if symbolic.[33] As so much time has passed since 1915 events, it would be the best path forward for Armenian people to get a proper legal evaluation of these events and base their path to justice on legal processes rather than political campaigns. This will make their case much stronger in international courts.

4. CONCLUSION

The *Perincek v. Switzerland* case and the ongoing debates surrounding the "Armenian genocide" and the Khojaly massacre underscore the necessity of seeking justice through international legal channels rather than political lobbying. The European Court of Human Rights' decision in the Perincek case highlights the importance of legal precision in characterizing historical events and the potential dangers of relying on political resolutions to define such events as genocide.

The Khojaly massacre serves as a comparative example, emphasizing the need for an *ad hoc* international criminal tribunal to investigate and characterize the atrocities committed during the Nagorno-Karabakh conflict. This would provide a clear and objective assessment of the events, offering a pathway to justice for the victims and their families.

Similarly, the Armenian people would benefit from pursuing legal avenues to examine the events of the 1915 massacres in the Ottoman Empire. By modeling their approach after the International People's Tribunal for 1965, which examined the massacres in Indonesia, they could garner a more credible and legally sound evaluation of the historical events. This approach would strengthen their case in international courts and offer a more sustainable path to justice, as opposed to politically motivated campaigns.

In conclusion, the *Perincek v. Switzerland* case centered on "Armenian genocide", along with the comparative example of the Khojaly massacre, serve as poignant reminders of the importance of legal scrutiny and international justice in addressing historical atrocities. By pursuing legal avenues, the affected communities can achieve a more accurate understanding of the past and work towards reconciliation, healing, and justice.

[33] International People's Tribunal 1965, *Final Report of the Judges*, The Netherlands, 31 July 2016, *https://www.tribunal1965.org/en/ipt-final-report-of-the-judges/*, 12 March 2024.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Armenian Church, "Holy Martyrs of the Armenian Genocide", *https://armenianchurch.us/the-saints/holy-martyrs-of-the-armenian-genocide/*;
2. Armenian Weekly Staff, "French Council Finds Bill Penalizing Denial Unconstitutional", 28 February 2012, *http://bit.ly/1ieA6kX*;
3. Azatutyun, "Swiss Parliament Recognizes Armenian Genocide", 16 December 2003, *https://www.azatutyun.am/a/1572776.html*;
4. Belavusau, Uladzislau, "Perinçek v. Switzerland: Between Freedom of Speech and Collective Dignity", *Verfassungsblog*, 5 November 2015, *https://verfassungsblog.de/perincek-v-switzerland-between-freedom-of-speech-and-collective-dignity/*;
5. Borsacchi, Elena, "Perinçek vs. Switzerland on the backstage: the majority approach and the separate opinion of Judge Nussberger", *International Law Blog*, 28 March 2016, *https://internationallaw.blog/2016/03/28/perincek-vs-switzerland-on-the-backstage-the-majority-approach-and-the-separate-opinion-of-judge-nussberger/*;
6. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;
7. Criminal Code of Switzerland, AS 2020 1609; BBl 2018 3773 5231;
8. De Waal, Thomas, *Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace and War*, NYU Press, New York – London 2003;
9. ECtHR Registrar, *Criminal conviction for denial that the atrocities perpetrated against the Armenian people in 1915 and years after constituted genocide was unjustified*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4613832-5581451*;
10. International People's Tribunal 1965, *Final Report of the Judges*, The Netherlands, *https://www.tribunal1965.org/en/ipt-final-report-of-the-judges/*;
11. Makili-Aliyev, Kamal, *Enforcement of International Law in Nagorno-Karabakh Conflict*, Universal, Tbilisi 2008;
12. Mehdiyev, Elchin, "Special tribunal should be created for prosecution of Khojaly genocide perpetrators", 26 February 2014, *http://en.trend.az/news/karabakh/2246324.html*, last visited: 12 March 2024;
13. Mehtiyev, Elkhan, "Armenian-Azerbaijani conflict: Prague Process and Current Status of Negotiations", *http://anl.az/el/q/qarabag_6/q-13.htm*;
14. News.am, "We welcome Swiss government decision of Perincek case - Armenian President", 14 March 2014, *http://news.am/eng/news/198982.html*;

15. *Perinçek v. Switzerland* [GC], Information Note on the Court's case-law 189, 15 October 2015, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-10930*;
16. *Perinçek v. Switzerland*, no. 27510/08, ECHR (Second Section), 17 December 2013, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139724*;
17. Smith, Ray, "European Ruling Ignites Freedom Debate", *IPS*, 15 February 2014, *http://www.ipsnews.net/2014/02/european-ruling-ignites-freedom-debate/*;
18. Swiss Federal Office of Justice, "Perinçek: Switzerland requests referral to Grand Chamber", Press Release, 11 March 2014, *http://bit.ly/1hrARoJ*;
19. Swissinfo.ch, "Turkish anger as Swiss appeal Perincek decision", 13 March 2014, *http://bit.ly/1omTtL8*;
20. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, *https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ictr/1998/en/19275*;
21. Tuncel, Turgut Kerem, "A Look at the Perinçek v. Switzerland Case: Examination of a Lawsuit to Understand the Current State of the Armenian-Turkish Dispute and Prospective Developments", *Review of Armenian Studies* 31/2015;
22. Weed, Matthew C., "International Criminal Court and the Rome Statute: 2010 Review Conference", 10 March, 2011, *CRS Report for Congress*, *http://www.fas.org/sgp/crs/row/R41682.pdf*.

Проф. др Кемал Макили-Алијев
Школа глобалних студија, Универзитет у Гетебургу, Шведска

ОСПОРАВАЊЕ ПОЛИТИЧКИХ ПРИЗНАЊА ЗЛОЧИНА ГЕНОЦИДА: ПРАВНИ АСПЕКТИ ОДЛУКЕ *PERINCEK V. SWITZERLAND*

Сажетак

Овај чланак испитује правне импликације појма „геноцид над Јерменима" и посљедице тражења политичког признања умјесто детаљне правне анализе. Фокусира се на пресуду Европског суда за људска права (ECtHR) у предмету *Perincek v. Switzerland* и њен утицај на дебату. Чланак анализира одлуку Европског суда за људска права у предмету *Perincek v. Switzerland*, разматра правно расуђивање суда и истражује значај ове одлуке у оспоравању политичког признавања „геноцида над Јерменима". Такође, упоређује се „геноцид над Јерменима" с другим примјерима оспоравања геноцида и наглашава се потреба за правном преиспитивањем у таквим случајевима. Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Perincek v. Switzerland* наглашава значај слободе изражавања и потребу за правним консензусом по том питању. Суд се уздржава од утврђивања тога да ли догађаји из 1915. представљају геноцид, али наглашава неопходност детаљне правне анализе у односу на политичко признање. Овај чланак наглашава важност правног преиспитивања у препознавању историјских догађаја као геноцида. Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Perincek v. Switzerland* представља значајан преседан, наглашавајући да политичко признање не може да замени детаљно правно анализирање у решавању осетљивих правних питања попут геноцида. Међународна заједница треба да се ослони на судове, а не на политичка тијела, да би донијела одлуке о геноциду и другим међународним злочинима.

Кључне ријечи: *Међународно кривично право; Људска права; Тумачење; Јерменија; Турска.*

УДК/UDC 327
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Проф. др Матеј Савић

Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

САВРЕМЕНИ МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ПОРЕДАК – ДРЖАВА, ПРАВО И ПОЛИТИКА[1]

Предмет овог рада су проблеми конституције и функционисања међународноправног поретка. У том смислу главна расправа је, у ширем контексту, усмјерена на међусобни утицај и условљеност између међународног права и међународне политике. Аутор се у контексту главног предмета рада бави дефинисањем појма међународноправног поретка, одређењем његове (правне) природе, али и посебно изражене политичке димензије, те детерминисањем његових фундаменталних елемената. Један од циљева овог рада је да на свеобухватан, превасходно теоријски начин проведе дискусију у погледу сложених појмова државе, права и политике у оквиру међународноправног поретка. Иако је рад на првом мјесту теоријског карактера, садржи и емпиријску димензију, посебно у смислу међународних процеса који се одвијају на релацији право – политика. У овој анализи, питања у вези са државноправним субјективитетом у међународном праву, аутономијом међународних институција, успостављањем мултиполарног свјетског политичког поретка, употребе силе у међународном праву се сама по себи намећу.

Кључне ријечи: Међународноправни поредак; Држава; Међународна политика; Нормативни оквир; Фактичко стање; Мултиполарни политички поредак; Међународноправни субјективитет; Међународне институције.

Матеј Савић, *matej.savic@fpn.unibl.org matej.savic@pravni.ues.rs.ba*

[1] Овај рад резултат је вишегодишњег истраживања у оквиру којег се аутор бави проблематиком међународноправног поретка, прије свега у погледу дефинисања појма и природе, те одређења структуре и функција међународноправног поретка уопште. С тим у вези, основу овог рада представља рад изложен на међународној конференцији која је одржана на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци: М. Савић, „Међународноправни поредак у 21. вијеку: нека од теоријских питања односа државе и међународног права“, *Зборник радова „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку“*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023, 145–166.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Наслов овог реферата може дјеловати претенциозно за методолошки оквир једног рада који би требало да се нађе у конференцијском зборнику. Ипак, његова садржина, према скромном мишљењу аутора представља методичку и парадигматску материју, која би могла бити одређени основ за даљу анализу наведених феномена. У овом раду циљ нам је, прије свега, да детерминишемо основне назнаке међусобног утицаја и условљености између међународног права и међународне политике и рефлексије оваквог утицаја на државу као примарног субјекта у оквиру међународноправног поретка. На први поглед може се учинити да се ради о општепознатим питањима и већ истраженим темама, међутим дефинисање појма међународноправног поретка, одређење његове (правне) природе, али и посебно изражене политичке димензије, те детерминисање његових фундаменталних елемената изузетно је сложено и још увијек отворено питање у теорији међународног права. И дан данас се воде расправе о поријеклу међународног права, домашају примјене и тумачења међународноправних норми, изграђености, односно недостацима међународноправног поретка, а с обзиром на околности у којима се свијет налази сматрамо да су ова питања тренутно од прворазредног значаја. Криза међународног права се све више продубљује. Позиција државе у међународноправном поретку се интензивно мијења.[2] Међународна политика има све већи (негативан) утицај на међународно право. На преласку из 20. у 21. вијек, у периоду од неколико деценија свијет је прошао кроз велике промјене у политичком смислу. Ове промјене међународно право и међународне институције нису могле испратити, при чему у континуитету долази до злоупотреба и кршења међународноправних норми.[3]

[2] Шире вид. M. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford 2011. M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, P. Bobbit, *The Shield of Achilles*, London 2002. A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2006. Такође, шире вид. ауторе са нашег говорног подручја као што су С. Аврамов, М. Крећа, Б. Кривокапић, В. Иблер, В. Ђ. Деган, Р. Етински, Б. Милосављевић и др.

[3] Од пада Берлинског зида 1989. године и урушавањем биполарног међународног политичког поретка, политички Запад предвођен Сједињеним Америчким Државама (САД), а окупљен у оквиру НАТО-а покушао је да наметне остатку свијета униполарни политички поредак под фирмом Новог свјетског *поретка (New World Order)*. У политичком смислу на мјесто једине и водеће свјетска силе ступиле су САД, подржане од стране савезника, док је с друге стране дошло до утилитаризације система колективне безбједности или новог, изузетно широког тумачења одредаба међународног права. Оваква глобална ситуација је често осликавана управо кроз парадигму Новог свјетског поретка *(New World Order).* Са ове временске дистанце се може констатовати да је овај период, између осталог, карактеристичан по ескалацији оружаних

У том смислу, један од главних циљева овог рада је да на један кохерентан начин, превасходно у теоријском смислу проведе дискусију у погледу појединих питања у вези са сложеним појмовима државе, права и политике у оквиру савременог међународноправног поретка и тиме подстакне *pro futuro* додатна промишљања у том правцу. Из овог разлога овај рад треба да буде схваћен као иницијални основ за дубља промишљања на ову тему.

Јасно је да одређење међународноправног поретка уопште представља изузетно сложено и у одређеним позицијама чак и контрадикторно питање.[4] Ове контрадикторности се најчешће јављају у сложеним ситуацијама када на видјело излазе главне карактеристике, односно недостаци самог међународног права.[5] Квалитет, тј. функционал-

сукоба у Европи, Африци и посебно на Блиском Истоку, у којима је по правилу учествовао НАТО, предвођен САД. С друге стране радило се о наметању система вриједности и концепту западне културе и западњачке изузетности. У периоду Новог свјетског поретка дошло је до урушавања интегритета и ограничавања функционалних капацитета Организације Уједињених Нација (ОУН). Међународни волунтаризам и то колективног карактера постаје доминантан принцип, фингирано утемељен на легитимитету дијела међународне заједнице. Ипак, крајем прве деценије 21. вијека, постепено долази до поновних промјена и консолидације међународне политичке сцене, која отвара питање нове прерасподјеле моћи у свијету, на основу чега се почиње излазити из униполарног политичког поретка, са отпочињањем процеса транзиције ка мултиполарном политичком поретку. Ова транзиција још увијек траје. Готово свакодневно се дешавају колосалне промјене широм свијета, док су с друге стране међународне институције у великој мјери блокиране, а домашај међународног права у многим аспектима ограничен, па чак и дерогиран. Нормативни оквир је остао формално исти, али су се фактичке околности значајно промијениле и мијењају се све интензивније и брже. Због овога се међународно право већ неколико деценија налази у дубокој и системској кризи. Шире вид. М. Савић, „Међународно право на почетку XXI вијека – теоријски поглед на савремену доктрину, процесе и проблеме међународног правног поретка“, *Правна ријеч* 44/2015, 155–183 и М. Савић, (2023), 145–166.

[4] Ова контрадикторност се огледа у чињеници да кроз свеобухватну анализу, прије свега, диспозитивног оквира нема дилеме да међународноправни поредак данас постоји и да је конституисан кроз своје фундаменталне елементе. Он као такав посједује правне изворе који се примјењују, међународноправне институције, правне субјекте и међународноправне односе у које они ступају, као и систем вриједности на којима је утемељен. Међутим, с друге стране када се дође до функционалног аспекта објективно се отвара питање да ли се међународни поредак може сматрати правним поретком, јер до изражаја долазе институционални недостаци, ограничење примјене међународноправних норми, међународни волунтаризам прије свега великих сила, двојаки аршини, који *per se* угрожавају правну сигурност и др. Све ово је у највећој мјери условљено природом и карактером међународног права.

[5] Неке од главних карактеристика су: хоризонтално устројство – непостојање хијерархије правних аката, непостојање јединственог законодавца, децентрализована институционална организација, хетерогеност правних аката - извора права, недостатак институционализоване санкције, итд. Шире вид. наведена дјела чији ја аутор М. Савић; Б. Кривокапић, *Међународно јавно право*, Београд 2017; Б. Кривокапић, „Однос међународног и унутрашњег права“, *Страни правни живот* 2/2013, 59–103;

ност одређеног правног поретка се може, између осталог, одредити најприје на основу степена кохезије (усклађености) нормативног оквира и фактичког (људског) поступања према правним нормама. На основу тога, може се констатовати да ли се и на који начин норме примјењују – било да се ради о диспозитивном (примарном) правилу понашања, или пак секундарном (санкција) правилу – на овај начин може се утврдити обим и квалитет важења правних норми унутар једног правног поретка. Такође, може се утврдити степен кршења (неприхватања) правила, а консеквентно и питање ефикасности, односно неефикасности институција које су надлежне за примјену права, на првом мјесту санкција. Даље, квалитет правног поретка се може одредити и кроз начин на који се стварају правни извори, тј. правне норме. Ово се најприје може увидјети детерминисањем нормативног система и институционалног оквира. На овом мјесту долазимо и до изузетно, за међународно право, важне разлике између појмова правног (нормативног) система и правног поретка.[6] Наиме, да би се на свеобухватан начин могло, прво дефинисати међународно право, а затим и могао одредити појам међународноправног поретка неопходно је на првом кораку јасно дефинисати наведену разлику. Ово је за расправу значајно, како због супстанцијалних аспеката, тако и методолошког оквира. Тако, правни систем представља „логички сређен скуп свих општих правних норми неког правног поретка, које су према својој садржини, тј. друштвеним односима које регулишу, сврстане у низ међусобно повезаних и усклађених мањих и већих јединица, творећи тако јединствену и непротиврјечну целину.“[7] С друге стране правни поредак у најширем смислу представља друштвени поредак који је регулисан правом – ради се о јединству правних норми и људског понашања по тим нормама, на темељу вриједносне компоненте према којој је правни поредак успостављен.[8] Према овим општим дефиницијама, у међународноправном смислу јасно се може увидјети да је међународно право нормативни систем, тј. правни систем општег међународноправног поретка, који на овакав начин схваћен представља глобални (међународни) поредак регулисан правом и

О. Рачић, „Однос између међународног и унутрашњег права“, *Међународни проблеми* 3-4/1999.

[6] У доктрини уопште, а посебно у стручној литератури се не прави разлика између ова два појма, што често ствара низ недоумица, а у методолошком смислу поставља погрешну основу за когнитивну спознају.

[7] Б. Кривокапић, *Енциклопедијски речник међународног права*, Београд 2010.

[8] Шире вид. С. Савић, М. Савић, *Теорија државе и права,* ППГД Комесграфика, Бања Лука 2017.

који посједује своје вриједносне димензије и посебне карактеристике.[9]

Сваки правни поредак темељи се и функционише према основним начелима, а која детерминишу и карактер датог правног система, док с друге стране правне норме кроз примјену рефлектују иста та темељна начела. У случају да се ради о хијерархијски устројеном поретку, као што је то случај са државноправним поретком, постоји јединствен законодавац и прецизна, унапријед одређена процедура којом се обезбјеђује легалитет, али и легитимитет за доношење правних аката. Правни систем се темељи на начелу хијерархије, према којем извори права произлазе једни из других према правној снази – од устава, закона па на ниже и ови потоњи морају бити усклађени са претходним. Институционални оквир је такође пирамидалног карактера и у њему постоје виши и нижи органи (институције). Међутим, и у овако устројеном правном поретку долази до потешкоћа. Јавља се питање заштите уставности и законитости, долази до кршења процесних норми, изражава се политички волунтаризам и јављају се мањи, стручни, номотехнички и други пропусти. Начин на који институције и субјекти права одговарају на ове проблеме и отклањају пропусте обезбјеђујући правну сигурност осликава квалитет самог (државно)правног поретка.

С друге стране у међународноправном поретку не постоји хијерархијско устројство, при чему недостаје и јединствен законодавац, а још је више дефицитарна ситуација са примјеном права и извршним институцијама. Када овоме придодамо ситуацију у којој су главни субјекти међународног права државе које у међусобне односе ступају са позиције *imperium*-а, у статусу *ius imperi*, при чему су оне истовремено главни законодавац (колективно), тумач и извршилац међународноправних норми, до изражаја долазе још веће потешкоће. У први план свакако искаче међународни волунтаризам и феномен савијања права *(bending the international law provisions),* скован у земљама Политичког запада који је посебно присутан од посљедње деценије 20. вијека. Посљедично, у случају примјене међународноправних норми на првом кораку се отвара питање ефикасности и извршности права, али и проблем правних санкција, реституције и репарације. У том погледу, велике силе су неријетко прибјегавале чистом политичком волунтаризму, чак и у случајевима када он подразумијева кршење међународноправних норми, а с времена на вријеме и међународне институције су се стављале у њихову службу како би њихова

[9] М. Савић, (2023), 145–166.

позиција добила међународни легитимитет.[10] Ово је посебно карактеристично задњих нешто више од три деценије за позицију Сједињених држава и њихових савезника окупљених у НАТО-у.

Ипак, развој међународног права, односно нормативног система, а тиме и међународноправног поретка све вријеме је био условљен статусом државе и полазио је од општих државноправних принципа,[11] крећући се у смјеру успостављања јединственог, на заједничкој основи интегрисаног и усклађеног нормативног система.[12] Овај нормативни систем данас је детерминисан институционалним оквиром ОУН. Међународно право је и настало дјеловањем држава у међусобним односима, при чему се касније развијало, првенствено као производ воље држава, а његове норме су стваране и примјењиване због држава. Државе су, с друге стране на међународној сцени истицале своје циљеве, кроз практиковање спољне политике. На овај начин се у

[10] Вид. случај: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*) 1984, доступно на: *https://www.icj-cij.org/index.php/case/70*, 21. мај 2024. Оно што је посебно значајно у овом случају је да су Сједињене Државе одбиле да учествују у поступку, уз образложење да Међународни суд правде нема надлежност да саслуша случај. Такође, касније су блокирале и спровођење пресуде у Савјету безбедности ОУН и на тај начин онемогућиле Никарагву да добије било какве репарације. Још су већи проблем створиле ситуације у којима су поједине државе (прије свега САД, Уједињено Краљевство и савезници, али и друге) једнострано, на волунтаристички начин, преузеле надлежност (јурисдикцију) да дјелују у међународној сфери супротно одредбама Повеље ОУН. Због ових активности је 2000. године Канадска влада основала посебну међународну *(тзв. невладину)* комисију која је дефинисала принцип познат као*: Responsibility to Protect (R2P),* а који је у основи супротан члановима 1–4 Повеље ОУН. Ово су чак подржали и међународни званичници тог времена, прије свега Кофи Анан који је био Генерални секретар ОУН. Он је изјавио у септембру 1999. да се суверенитет држава може пренебрегнути хуманитарном интервенцијом у случају масовних кршења људских права. Иако наведено представља кршење Повеље ОУН Генерална скупштина ће 2005. године (*2005 World Summit Outcome Document A/RES/60/1)* подржати ову политичку доктрину као глобално опредјељење, али без потпуног консензуса и стварања новог међународноправног извора. Шире вид. *Global Centre for the Responsibility to Protect* доступно на: *https://www.globalr2p.org/what-is-r2p/,* 21. мај 2024, United Nations, доступно на: *https://www.un.org/en/genocideprevention/member-states.shtml,* 23. мај 2024, као и Б. Кривокапић.

[11] На првом мјесту се мисли на опште познате принципе суверености, једнакости, независности, добровољности, неприкосновености државе, итд. Негдје у литератури се за овај појам може пронаћи и термин етатизам франц. *etatisme,* односно да се међународно право развило на етатистичким принципима. *Ibid.*

[12] На овом мјесту смо искористили термин *систем*, који је ужи од термина *поредак*, јер се мисли само на систем у оквиру ОУН. Појам поретка би требало обухватити, у нормативном смислу и друге правне изворе, али и оне елементе који нису само формалног карактера. У сваком случају, овакав став о интегрисаности и усклађености се може учинити пренаглашеним и нереалним. Шире вид. М. Шаховић, „Међународно право на крају двадесетог столећа“, *Архив за правне и друштвене науке* 1/1991, 4.

дугом временском периоду развијала спрега између државе политике и међународног права. Међутим, како је ријеч о генеричкој вези три сложена феномена – однос државе и међународног права, али и политике оптерећен је низом специфичних проблема и практичних контроверзи. У том погледу није једноставан задатак, на свеобухватан начин одредити међународни положај државе и један логички однос међународне политике и међународног права, посебно данас. Још је сложеније питање цјеловитог одређења међународноправног поретка у првим деценијама 21. вијека.[13]

2. ПОЈАМ И СТРУКТУРА МЕЂУНАРОДНОПРАВНОГ ПОРЕТКА

2.1. Правни поредак уопште

Било како било, да би се дефинисао појам међународногправног поретка, неопходно је, најпре, утврдити значење које се крије иза појма правног поретка уопште. Овим се враћамо на дефиниције из претходног поглавља. Правни поредак је у ужем смислу, специфичан дио општег друштвеног поретка, или пак у ширем смислу цјелокупни друштвени поредак, који је уређен правним нормама у складу са постојећим аксиолошким вриједностима.[14] У том смислу правни поредак је такође општег карактера јер обухвата неименован број субјеката,

[13] Питање одређења међународноправног поретка уопште, али и његовог карактера квалитета, његових основних елемената и функционисања у 21. вијеку је изузетно сложено и вишедимензионално питање. С друге стране проблем односа унутрашњег и међународног права један је од вјечних и свеприсутних проблема с којим се суочава, како међународноправна теорија, тако и пракса. Ако овоме додамо незаобилазну политичку димензију суочавамо се са реалним проблемима и недостацима који су карактеристични за међународно право. Вид. *Ibid.*

[14] Ако правни поредак посматрамо у ширем смислу онда се он квантитативно поистовјећује са општим друштвеним поретком и одређује апстрактно као друштвени поредак регулисан правним нормама. Међутим, у ужем смислу он се може схватити као саставни дио општег друштвеног оквира (поретка). Овако се може извршити одређена градација, чиме се друштвени поредак одређује у (нај)ширем смислу, а правни поредак у ужем и то из неколико разлога. Прво, општи друштвени поредак је *per se* апстрактан и неодређен, те као такав изузетно је широк појам. Друго, ако посматрамо човјечанство у цјелини, глобално друштво и друштвени поредак на међународном нивоу у одређеним сегментима је најсличнији неистраженој прашуми у коју човјек још увијек није крочио. Иако је његов највећи дио култивисан, још увијек је присутан значајан сегмент који није обухваћен. Треће, право не регулише у датом тренутку потпуно све друштвене односе, јер се они константно стварају, развијају, мијењају и сл. Четврто, одређени аспекти друштвеног поретка представљају одређено фактичко стање које постоји изван правног поретка, утиче на њега и тек, под одређеним условима може постати његов саставни дио. Шире вид. *Ibid.*

њихових појединачних аката и међусобних односа.[15] „Он је онај дио друштвеног поретка који је уређен правом, а у складу са постојећим вриједностима, при чему можемо рећи да правни поредак представља управо међусобну повезаност правних норми, друштвених односа и вриједности.“[16]

Темељ правног поретка је правна норма – правило понашања које означава да се нешто мора или пак не смије чинити. У најкраћем, норма представља заповјест за субјекта на којег се односи, чиме она (треба да) усмјерава његово понашање.[17] Међутим, није довољно да једна правна норма *per se* важи, јер у том случају она би представљала изузетак – тако сама, норма може представљати једно партикуларно правило понашања које се може, а и не мора примјењивати.[18] Једна правна норма без других, с њом усклађених норми, не може ефективно егзистирати. Из тог разлога правне норме морају бити међусобно повезане на један посебан – нарочит начин, јер једино тако могу важити, што, када су норме у питању значи *постојати*, при чему оне не постоје, већ важе, што је специфичан вид њихове егзистенције.[19] Слиједом тога, не можемо говорити о правном поретку без, како то истиче С. Савић, „јединства правних норми које уређују људско понашање, а у складу са правним вриједностима у конкретном друштву у датом историјском тренутку.“[20] Јединство правних норми унутар правног поретка се материјализује кроз људске тјелесне – фактичке радње којима се правне норме непосредно примјењују, при чему друштвене вриједности представљају идејне изворе права, у складу с којим се правне норме стварају и које, истовремено штите.[21]

Анализом јединства нормативних, фактичких и вриједносних димензија у посебној цјелини најпотпуније се може сагледати појам правног поретка уопште. Када ово уоквиримо у једну апстрактну државу можемо илустровати шта правни поредак може да значи. Ово је веома сложен концепт, који обједињује опште право, друштво (у ужем смислу политику) и (аксиолошке) вредности у одређеном простору и времену.[22] То је концепт структуралног приступа праву и

[15] *Ibid.*

[16] Шире вид. Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутић, Д. М. Митровић, *Увод у право*, Београд 1999, 423–424.

[17] *Ibid.*

[18] М. Савић, *Дипломатско-конзуларно право и међународноправни поредак – развојни пут међудржавних односа*, ППГД Комесграфика, Бања Лука 2016, 21.

[19] С. Савић, *Основе права*, ППГД Комесграфика, Бања Лука 2005, 200.

[20] *Ibid.*, 250.

[21] *Ibid.*, 19–36.

[22] *Ibid.*

друштву, а који подразумијева дефинисање правног поретка, као јединства нормативне, фактичке и аксиолошке компоненте. Међутим, не ради се о једноставној интеграцији ова три елемента. Ова интеграција *per se* није ни могућа, јер карактер ових појмова није исти. Право и друштво одговарају једно другоме, они су међусобно повезани, али нису интегрисани у једну цјелину. Тачније нису један, истовјетан појам, већ се ради о два феномена који су засебни, међусобно прожети и који се налазе унутар једне (више) заједничке цјелине. Овде се ради о међусобној условљености, која може да дјелује као Теслино обртно магнетно поље.[23] Магнетно поље које има своју реалну примјену у електромоторима. У овој метафори намагнетисани дијелови су право и друштво (политика) – статор и ротор. А ако размотримо конкретан случај и сврху (примјену) магнетног поља (у електромоторима), овако схваћеног; статор-право и ротор-друштво би били дијелови индукцијског мотора, који у овом случају представља државу. Друштво и политика су покретачки елементи, а право статички. Када су магнетне силе усклађене и када је веза између статора и ротора адекватна, онда и индукцијски мотор ради исправно и производи енергију. Ово је једино могуће ако постоји усклађена позиција између статора и ротора, односно различитих магнетних сила. Иста ствар је са правом, друштвом (у ужем смислу политиком) и државом. На овом мјесту не смијемо испустити из вида и трећу, вриједносну компоненту, која би у овој метафори била управо енергија. Енергија због које је и сачињен мотор. То су, према овој аналогији, заправо вриједности на којима се правни поредак темељи и истовремено штити – због којих постоји. Када све ово узмемо у обзир, правни поредак ове апстрактне државе би представљао јединствену функционалну цјелину – ротор – друштво, статор – право и енергија –вриједности унутар индукцијског мотора – држава. У овом случају би се радило о државноправном поретку у овом апстрактном приказу.

2.2. Одређење међународноправног поретка

Аналогно претходно постављеном оквиру полазимо од констатације да је међународноправни поредак структурално конституисан на основу формалног, фактичког и вриједносног елемента. Међутим, у оквиру међународноправне сфере ова структура, али и спрега су значајно сложеније, иако су у основи фундаментални елементи исти. Тако, међународноправни поредак представља свеобухватан и специфичан поредак који на више нивоа обједињује: 1) нормативноправни

[23] Обртно магнетно поље открио је Никола Тесла у Будимпешти 1882. године. На обртном магнетном пољу заснива се рад Теслиног трофазног електромотора.

систем или формални оквир – међународно позитивно право, као нормативни елемент; 2) фактички елемент, који се манифестује кроз реалитет стања, тј. друштвене, у ужем смислу политичке процесе, тачније међународну политику и међународне политичке односе и на крају 3) вредности на којима почива и које истовремено штити – аксиолошки елемент. Ово су основни – фундаментални елементи међународноправног поретка. Из ових основних елемената се изводе посебни – секундарни елементи који консеквентно произлазе из фундамената.[24]

Однос, тј. усклађеност између нормативног и фактичког елемента условљава и степен системске кохерентности – другим ријечима одређује квалитет овог поретка.[25] Питање овог односа је *a priori* бремените специфичностима које се могу пронаћи у правној природи, карактеристикама и поријеклу међународног права. Затим, сложеност односа и фактичког поступања субјеката, или у ширем смислу политичких актера додатно усложњава ово питање, јер политичка димензија међународног живота и расподјела моћи у оквиру међународне заједнице континуирано врши притисак на нормативни оквир. С обзиром на то да је међународно право превасходно диспозитивног карактера и да је фактичко стање често такво да притишће и искривљује нормативни оквир (посебно у домену примјене и тумачења правних норми) степен кохерентности у оквиру међународноправног поретка далеко је од задовољавајућег.

С обзиром на чињеницу да се међународно право развија у складу са еволуцијом међународних односа, потребно је истаћи да још увијек „није довољно учињено на пољима мирног рјешавања међународних спорова и међународне јуриспруденције, као и превенције при настанку међународних конфликата... Дода ли се овим празнинама свакодневна пракса у којој стално долази до повреда, злоупотреба и непоштовања међународног права, види се да реалност спречава и отежава афирмацију и реализацију захтева за јачањем његовог ауторитета и ефикасности. Стално се потврђује да се овај циљ може постићи само постепено, дуготрајним и заједничким напорима научног истраживања и дипломатске акције“.[26]

[24] То су нпр. сви кодификовани извори међународног права, али и једнострани акти држава и међународних организација, прихваћена правна начела и политички принципи, фактичко поступање субјеката у међународним односима, универзалне прихваћене вриједности и сл. Шире вид. М. Савић, (2023), 145–166.

[25] Шире вид. В. Ђ. Деган, *Међународно право*, Ријека 2000; Б. Кривокапић; М. Савић, (2016).

[26] М. Шаховић, (1991), 10.

Фактичко стање, односно фактичко поступање држава, иако дугорочно условљава и развој нормативног оквира изазвало је фундаменталне промјене, како у погледу стварања и примјене међународноправних норми, тако и у погледу разградње правне свијести. Чини нам се да се јаз између ова два елемента из године у годину само продубљује, што производи све већу неизвијесност и уноси неравнотежу унутар међународноправног поретка. Наиме, М. Шаховић је још прије тридесет година наглашавао „...да, упркос свему, ефикасност примјене међународног права остаје подређена, у крајњој линији, вољи држава, нарочито моћних, супротно потребама савремене међународне заједнице. Имајући у виду однос између интереса држава и међународне заједнице, да би дошло до стварне примене међународноправних норми, мора да постоји одређена равнотежа између задовољавања потреба држава и ауторитета међународних институција као носиоца интереса међународне заједнице. У ствари, историја нам показује да се стање ове равнотеже у сваком тренутку манифестује у облику једног клатна које је у сталном кретању и као такво омогућава да се види како до данас ауторитет међународних институција није могао да се подигне изнад правних прерогатива држава“.[27] Овде се не ради о супрематији међународног права, већ је ријеч о реалним злоупотребама, које данас доводе до ситуације у којој је међународно право сметња за остварење реалних партикуларних циљева, на првом мјесту великих сила. С друге стране, ауторитет међународних институција је подривен, како због државног волунтаризма, тако и због самог дјеловања (институција) и заузимања стране у међународној политичкој конотацији.[28] Ово је довело до тога да данас доминантну улогу и тренутну превагу у оквиру међународноправног поретка има фактицитет у односу на нормативни оквир.[29]

Сматрамо да објашњење појаве сукоба између фактичког и нормативног елемента међународноправног поретка треба тражити, превасходно изван нормативног оквира, јер се ради о у утицају ванправних фактора који детерминишу стварање и примјену међународног права. У први план се истиче међународни волунтаризам и принцип (политика) моћи. Наиме, међународна политика, тј. борба политичких снага и њихов међусобни однос на међународном нивоу ограничавају ефективност међународноправних норми, а на више нивоа условљава-

[27] М. Шаховић, *Путеви савременог развоја међународног права*, Београд 1969, 460.

[28] Шире вид. М. Савић, „Одговорност држава у међународном праву – осврт на савремене изазове и недостатке“, *Зборник радова „Противрјечја савременог права“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2022, 122–149.

[29] М. Савић, (2023), 145–166 .

ју и дјелотворност међународних. На овај начин је међународно право, непосредно, суочено са једним „трајним, практично нерешивим проблемом. Формуле које теже његовом решењу и које се, временом, смењују, зависе од услова који постоје у тренутку у коме настају нове норме и институције. Ова решења одражавају више или мање директно и отворено реално стање ствари. Она су, као таква, израз политичког односа снага и њихове међусобне борбе за јачање утицаја у свету.“[30]

Данас је чињеница да многе државе крше међународноправна правила, али се истовремено све оне труде да докажу да је оно на њиховој страни. Стога се често каже да „насупрот илузијама и хипокризији које иду упоредо, међународно право је стални изазов за ружну стварност која треба да се премости, преброди и упути ка највећим вредностима људске цивилизације.“[31] Међународно право је *per se* изразито динамично, а однос према њему се, неријетко разликује од случаја до случаја и, нажалост контекста. „Мењање равнотеже између људске воље да се преобрази свет и политичке стварности која се томе одупире и иде својим неумитним путевима - то је слика данашње међународне заједнице и данашњег међународног права којим су регулисани односи у њој. И тако, непрекидно, сувише стварности рађа мучно фрустрирање а од сувише утопија остају само снови. Зато смо сагласни да не треба сувише очекивати само од међународног права, већ му треба оставити у дужност оно што превасходно зависи од њега“.[32]

Такође, у случају међународноправног поретка изражена је и сложеност његове аксиолошке димензије, јер глобално посматрано вриједности прихваћене од стране народа и држава су изузетно хетерогене, а у неким случајевима и контрадикторне. Не смијемо изгубити из вида ни проблем непрецизности, односно апстрактности аксиолошке димензије, односно вриједносних елемената.[33] С тим у вези,

[30] М. Шаховић, (1969), 460-461.

[31] *Ibid*. Владислављевић истиче да идеалитет уже друштвене заједнице треба да буде у складу са идеалитетом међународне заједнице (М. Владисављевић, *Држава и међународна заједница*, Београд 1934, 168). Ову исту мисао можемо изразити и Шојнеровим посматрањем, по ком држава треба да усклади своје циљеве са циљевима човјечанства. Ако из овог факта ипак проистиче однос зависности једног идеалитета, који је ужи, од онога који је шири, то не мора значити да је ужа група потпуно апсорбована универзалном заједницом и да њен индивидуалитет не постоји.

[32] *Ibid.*

[33] Шире вид. M. Savić, “Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements”, *Yearbook of Faculty of Law, Goce Delcev University – Stip* 7/2017, 174-183 и M. Savić, “International Legal Order and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century”, *ICES’17 6th Internatio-*

потребно је нагласити да су идеје универзалне људске заједнице, слободе нација – суверенитета држава, једнакости и поштовања (свих) народа и нација главни аксиолошки темељи међународноправног поретка, што је *conditio sine qua non* за остварење опште слободе. Ове идеје су већ вијековима присутне у природноправној доктрини, а своје мјесто заузимају и у теорији међународног права. Тако је још у 18. вијеку Ветел *(Emerich De Vattel)* истицао да „...све нације конституишу универзалну људску заједницу...“[34] при чему је ова заједница подређена правилима која предвиђају да „...свака нација мора допринијети срећи и напретку друге и да свака нација мора посједовати слободу коју јој је природа дала.“[35] Ова слобода се, према Ветелу огледа у праву сваке нације на опстанак и дужности других да то поштују, као таква она представља основну карактеристику независности и суверености.[36] Посљедица овог схватања је и одредба садржана у члану 51. Повеље ОУН, која предвиђа да држава на коју је извршена агресија има право да прибјегне свом природном праву индивидуалне или колективне самоодбране.[37] Још важнији аксиолошки темељ међународноправног поретка је правичност – *aequitas* као универзална међународноправна вриједност. Међутим, једнообразна дефиниција правичности, изван оквира позитивног међународног права, још увијек

nal Conference on European Studies Local, Regional and Global Governance Proceedings Book, 2017, 179-199.

[34] E. de Vattel, *Le droit des Gens ou Principles de la Loi Naturelle*, Carnegi Institute, Washington 1916, 11-15.

[35] *Ibid.*

[36] Повеља Уједињених нација у чл. 2, ст. 1 дефинише да је „Организација заснована на принципу суверене једнакости свих њених чланица“ и у ст. 4 истог члана наводи да „све чланице се у својим међународним односима уздржавају од пријетње или употребе силе против територијалног интегритета или политичке независности било које државе“. Надаље, суверенитет је формулисан као „принцип суверене једнакости држава“ у Декларацији о принципима међународног права из 1970. (Резолуција Генералне скупштине ОУН 2625). У Декларацији о неприхватљивости интервенције у домаћим државама осуђује се оружана интервенција и сви други облици мијешања или покушаји пријетњи личности државе или против њених политичких, економских и културних елемената. (Резолуција Генералне скупштине ОУН 2131). Забрана интервенције у унутрашње или спољне послове имплицитно штити државни суверенитет и државну личност, односно њен субјективитет. Иако се с почетком 21. вијека покушава наметнути од стране држава политичког Запада другачија политичка доктрина због које постоје значајна одступања у овом погледу са немјерљивим посљедицама, ово су принципи на којима се међународноправни поредак мора даље развијати и функционално успостављати. У свему овоме, појам суверенитета у перспективи мора бити детерминисан и у складу са унутрашњим правом и партикуларним вриједностима који обим суверенитета чине прецизним и цјеловитим у оквиру међународноправног поретка.

[37] Повеља ОУН, чл. 51.

није изведена.[38] Међународни суд правде се у одређеним случајевима позивао на начело правичности, избјегавајући да дефинише њен свр-сисходан и конкретан садржај.[39] Нажалост, у међународноправној примјени правичност има врло ограничен домашај. Ипак, у аксиолошком смислу представља вриједност којој је неопходно стремити.[40]

Надаље, у вриједносном смислу не смијемо заборавити и данас актуелне Кантове тврдње: “Но, како се међу народима на целој Земљи развило јединство до те мере да се повреда права извршена на једном месту на Земљи осећа на свим другим местима, самим тим идеја о праву грађана света није никаква фантастична и настрана правна замисао, већ је у неписаном кодексу и државног и међународног права нужна допуна за јавно право човека уопште, а тиме и за вечни мир“.[41] Нажалост, јединство народа о коме Кант говори је данас обесмишљено и злоупотребљено. Примјењена хипокризија Политичког запада, праћена војним арсеналом на крилима пропаганде свјетских медија успјела је за нешто мање од тридесет година (од пада Берлинског зида 1989. године) разјединити међународну заједницу до те мјере да су отворени конфликти захватили готово половину држава у свијету. Ово питање је посебно данас актуелно, с обзиром на интензитет и распрострањеност оружаних сукоба међународног карактера.[42]

---

[38] *Ibid.*

[39] Шире вид. В. Ђ. Деган, 65, као и *Case Libya vs Malta, Epicontinental shelf case Cf.*, ICJC Reports 1985, 39-40, para. 46.

[40] М. Савић, (2023), 145–166.

[41] Наведено према Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1998, 194.

[42] Од краја 20. вијека до данас оружани сукоби, што грађански (унутардржавни), што међународни (међудржавни) раширили су се као пошаст, а противправне, војне интервенције НАТО савеза предвођеног Сједињеним Државама су, максимално интензивиране. Према подацима Међународног кривичног суда ратни сукоби су у току или су непосредно окончани у ДР Конго, Уганди, Централноафричкој Републици, Судану, Кенији, Либији, Обали Слоноваче, Малију, Нигеру, Нигерији, Буркини Фасо, Сијера Леонеу, Камбоџи, Грузији и Украјини. Такође, Блиски исток је још увијек у општем хаосу који је настао под притиском тзв. Исламске државе *(Daesh).* Оружани сукоби се воде у Сирији, Либану, Израелу, Ираку, Либији, Авганистану, Јемену итд. Корејско полуострво је још увијек у ратном стању, иако је оружани сукоб окончан 1953. године када је потписан споразум о престанку ватре, формално рат није завршен. Рат још увијек формално није завршен ни на простору Нагорно Карабаха између Јерменије и Азербејџана. Оружана конфронтација између Индије и Пакистана у вези области Кашмира још увијек траје (посљедња размјена артиљеријске ватре десила се 13. марта 2022. године). Већини ових сукоба су претходиле војне интервенције (агресије) НАТО савеза, које су, под кодним називима формулисане као операција *Операција здружена сила – Милосрдни анђео* у СР Југославији, операција *Слобода Ираку*, те операција *Трајна слобода*, у Авганистану. Не смијемо заборавити ни војну интервенцију НАТО савеза против Ирака 1991. године, као ни бомбардова-

„Међутим, идеја јединства народа не смије бити занемарена и заборављена, јер то је један од највиших идеала. Јединство народа је једно од највиших вриједности којем се мора тежити без државног волунтаризма, политике моћи и употребе оружане силе. Јединством народа би се обезбиједило јединство међународног права, што би условило јединство међународног и унутрашњег права за које се, Х. Келзен (*Hans Kelsen*) још у прошлом вијеку залагао.[43] Међутим, морамо прихватити реалност која нам указује на то да је ова идеја од Канта, до Келзена, Лаутерпахта и других тешко остварива и да сама по себи има многих недостатака.“[44] То не значи да јединству утемељеном на једнакости, равноправности и правичности народа (држава) не треба тежити, јер тај пут који је поткријепљен објективистичким приступом морамо пратити.[45]

Сматра се да може бити изненађујуће да Келзен стварање свјетске државе представља као политичку тежњу. Међутим, истиче М. Милојевић, “изненађења нема ако се прочитају...стране на којима Келзен политички оправдава примат међународног права.“[46] Наиме, он истиче да империјализам „наступа као брат-близанац субјективистичког примата поретка сопствене државе“, док је код примата међународног права империјализам противправан. “Правно јединство Човечанства, које је само привремено, а нипошто коначно, подељено на више или мање произвољно створене државе, *civitas maxima* као организација света: то је политичко језгро правне хипотезе о примату међународног права, а то је уједно основна идеја пацифизма који у области међународне политике представља супротност империјализму“ и стога „као што је за објективистички поглед на живот морални појам човека човечанство, тако је за објективистичку теорију права, појам

ње Републике Српске 1995. године, затим, Либије 2011. године и Сирије 2015. године. Поред наведеног, широм свијета је активан и велики број оружаних сукоба мањег интензитета. М. Савић, (2023).

[43] Келзен је, полазећи од Волфа, Калтенборна и других писаца, увјерен у примат међународног права, пошто је очигледно да је држава „највиши правни однос“ само ако се ограничава на један народ или ако би се човјечанство поклапало с појмом народа. „На тај се начин правни живот државе, који је, по себи, само националан, уздиже до наднационалне, општељудске правне заједнице, до међународног поретка права.“ Сагласно наведеном, Келзен је увјерен да ће се, превладавањем догме о суверености, остварити поредак свјетског права, једна *civitas maxima*. “А таква светска држава као организација света мора свакој политичкој тежњи бити постављена као бесконачан задатак“. Шире вид. Х. Келзен, „Проблем суверености и теорија међународног права, прилог једној чистој теорији права“, Београд 2003, 268–269. Вид. и М. Савић, (2023), 145–166.

[44] *Ibid.*

[45] Х. Келзен, (2003), 268–269.

[46] М. Милојевић, „Келзеново схватање државе“, *Правна ријеч* 35/2013, 125.

права истоветан с појмом међународног права и баш због тога у исти мах етички појам“.[47]

2.3. Структура међународноправног поретка

На основу претходно наведеног, можемо рећи да је међународноправни поредак утемељен на три основна – фундаментална елемента: 1) нормативноправном, односно формалном елементу; 2) фактичком елементу и 3) вредносном – аксиолошком елементу из којих се даље изводе посебни – секундарни елементи, који чине цјеловиту структуру међународноправног поретка. Ови, секундарни елементи представљају укупност: 1) правила (норми) позитивног међународног права која произилазе из свих његових формалних извора, односно свих међународноправних аката који су на снази, 2) свих општих и посебних обичајних правила, 3) општих правних начела и начела међународног права, која су прихваћена, 4) међудржавне праксе и међународног политичког дјеловања, односно понашања субјеката у међународним политичким и правним односима, 5) релевантних једностраних аката држава, међународних организација и међународних институција, и 6) аката и поступака других субјеката/актера у међународним политичким и правним односима.[48] Поједностављено, можемо констатовати да међународноправни поредак обухвата све норме међународног права, акте, односе и понашање у међународној заједници и опште вриједности које је човјечанство у цјелини изградило до данас.[49]

Под појмом међународноправног поретка обједињује се свеукупност међународног живота, чији су главни субјекти државе и међународне организације, док су појединци крајњи адресати. Међународноправни поредак, иако специфичан по својој природи, индиректно је комплементаран са државноправним поретком, односно у ужем смислу свим државним правним системима у свијету. То значи да се међународноправни поредак посредно односи на појединачна лица, јер норме међународног права регулишу посебан статус тих лица.[50] С друге стране ове норме међународног права у великој мјери зависе од државноправног поретка, односно капацитета конкретне државне организације. У том смислу унутрашње и међународно право данас

[47] Х. Келзен, (2003), 268.

[48] Шире вид. М. Савић, (2023), 145–166.

[49] V. Kazazić, M. Savić, „Aktualna pitanja međunaordnopravnog subjektiviteta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru* 26/2018, 92–110.

[50] *Ibid*., 92–110.

су, како генерички, тако и функционално повезани и међусобно условљени.

3. ПРОБЛЕМИ ФУНКЦИОНИСАЊА МЕЂУНАРОДНОПРАВНОГ ПОРЕТКА

3.1. Проблеми различитих сфера

Проблем функционисања међународноправног поретка се манифестује у више димензија које се међусобно преплићу и сударају. Те сфере су одређене и разграничене у просторном смислу и то у погледу правног режима који на том простору важи, односно права које се примјењује. Такође, оне су условљене и односом између правних режима, тачније односом између припадајућих правних норми. На крају, детерминисане су статусом и односом државе, њеног унутрашњег правног поретка и међународноправног поретка. У том смислу можемо издвојити три главне сфере које се међусобно преплићу. То су: 1) међународна – општа/универзална; 2) регионална – обласна; и 3) унутрашња – партикуларна сфера.

У функционаланом смислу прво што се намеће је опет питање примјене међународноправних норми кроз наведене димензије. Начин примјене, домашај, ефикасност и др. међународноправних норми разликује се у зависности о којој се сфери ради. Такође, присутна је и условљеност примјене у зависности од норматива и предмета регулисања. Тако нпр. одређена норма унутрашњег права настаје као производ суверене воље државне власти. Она се доноси од законодавног органа државе по унапријед утврђеној процедури. За њену примјену одговорна је извршна власт конкретне државе и у крајњој инстанци судбина норме зависи од капацитета државне организације и карактера друштва у конкретном случају. С друге стране, међународноправна норма настаје као производ међународноправних односа. Ови односи могу бити институционализованог карактера, нпр. у систему ОУН, или пак *ad hoc* карактера изван граница државе, непосредно у оквиру међународноправног поретка. Не постоји јединствен институционални законодавац, нити је могућа непосредна извршна власт на међународном нивоу. Међународноправне норме, у готово сваком погледу зависе од сагласности и стицаја више различитих суверених воља држава. Оне су производ међународног компромиса и у правилу су непрецизније и апстрактније од норми унутрашњег права. Међусобно преплитање различитих сфера посебно настаје у ситуацијама када држава ствара унутрашње норме од којих зависи примјена међународноправних норми, или с друге стране доноси правне акте на основу својих унутрашњих норми, а који производе међуна-

родноправне посљедице. Оно што је прворазредни теоријски проблем[51] је чињеница да на крају примјена међународноправних норми опет зависи од капацитета државне организације и карактера друштва једне државе, док је држава истовремено условљена, како нормативном, тако и фактичком компонентом међународноправног поретка – прије свега вољом и моћи других држава.

3.2 Нормативно *versus* фактичко

Иако је раније у раду о овом питању већ било ријечи, потребно је истаћи још неколико важних становишта. Свакако, однос, тј. усклађеност између нормативног и фактичког елемента условљава и степен системске кохерентности – другим ријечима одређује квалитет међународноправног поретка.[52] Питање овог односа је *a priori* оптерећено специфичностима које се могу пронаћи у правној природи, карактеристикама и поријеклу међународног права. Затим, сложеност односа и фактичког поступања субјеката, или у ширем смислу политичких актера[53] додатно усложњава ово питање, јер политичка димензија међународног живота и расподјела моћи у оквиру *међународне заједнице* континуирано врши притисак на нормативни оквир. С обзиром на то да је међународно право превасходно диспозитивног карактера и да је фактичко стање често такво да притишће и искривљује нормативни оквир (посебно у домену примјене и тумачења правних норми) степен кохерентности у оквиру међународноправног поретка далеко је од задовољавајућег.

Јасно је да постоје реални недостаци карактеристични за међународно право, као што су непостојање институционализоване санкције, непостојање хијерархије правних аката, непостојање јединственог

[51] Ово је и главни разлог због којег се већ више вијекова воде теоријске дискусије у вези односа међународног права и државе, тј. унутрашњег и међународног права. Ова питања су изузетно сложена, при чему предодређују доктринарне оквире за готово све аспекте међународноправног живота, а у зависности од теоријског схватања и концептуалног приступа. Можемо рећи да се држава, с једне стране и међународно право, с друге већ деценијама, ако не и вијековима налазе у одређеном вакууму у коме нити су државе потпуно суверене, независне и равноправне, нити је међународно право у цјелости императивно право, на коме се може темељити један хијерархијски поредак. Из овог разлога се континуирано дешавају међународне кризе у 21. вијеку глобалних размјера, а од краја прошлог вијека су присутне и велике осцилације у вези са прогресивним развојем и примјеном међународног права. Ово је довело до тога да се међународно право већ три деценије налази у дубокој кризи, при чему ће се актуелне тенденције наставити све док се не изађе из претходно наведеног вакуума.

[52] *Ibid.*

[53] Шире вид. V. Kazazić, M. Savić, 92–110.

законотворца, недостатак обавезујућих механизама за примјену права итд.[54] Диспозитивни карактер међународног права предодређује све наведено, при чему су, још увијек присутне нејасноће и у погледу одређења и примјене норми које се сматрају когентним.[55] Све ово производи и проблем функционалне природе, па чак отвара и питање сврсисходности међународног права, односно (међународно)правног поретка. Јер ако су присутна флагрантна одступања у примјени права, или пак долази до избјегавања примјене права (непримјењивања), чему онда то право служи? Начин примјене, домашај, ефикасност и др. међународноправних норми разликује се у зависности о којој се сфери ради. Такође, присутна је и условљеност примјене у зависности од норматива и предмета регулисања. Сљедствено овоме отвара се питање правног карактера међународноправног поретка, као и његових реалних функција.[56]

Због свега наведеног међународно право је у кризи. Потребно је прихватити да је стање у оквиру међународноправног поретка тренутно такво и да је то датост актуелног периода кризе међународног права, који је неопходно превазићи. Један корак у правцу превазилажења тренутног стања учинила је и Комисија за међународно право почевши са активним радом још 2015. године. Комисија је, између осталог усмјерила своју пажњу на питање когентних норми међународног права.[57] На овај начин актуелизовано је јако важно питање које условљава и може омогућити унапређење међународноправног нормативног оквира. Оно што је, у контексту актуелне кризе и проблема у функционисању међународноправног поретка посебно важно је прецизно одређење и нормативно дефинисање когентних норми. „Овај несумњиви труд Комисије ће се тек показати као важан и значајан за стварање правне сигурности у међународном поретку, али питање је колико ће то допринети њиховом бољем етаблирању у пракси и истинској улози коју треба да остваре ове норме? У овој фази

[54] Посљедично су ово карактеристике које обиљежавају и међународноправни поредак.

[55] Овом проблему Комисија за међународно право је посветила посебну пажњу. Шире вид. Report of the Commission on the work of its sixty-seventh session, Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement A/70/1, као и Report of the Commission on the work of its seventieth session, Official Records of the General Assembly, Seventhy third Session, Supplement A/73/10.

[56] Шире вид. *Ibid.*

[57] Шире вид. Report of the Commission on the work of its sixty-seventh session и Report of the Commission on the work of its seventieth session.

развоја међународног права не би се могло рећи да је примена когентних норми руку под руку са њиховим формалним устројством.“[58]

Свакако, кризу међународног права је неопходно превазићи, а да би се то могло учинити, неопходно је на један цјелисходан начин сагледати проблеме у погледу хијерархије, примјене, обавезности и др. норми међународног прва. На овај начин се опет враћамо тематици когентних норми међународног права. Међутим, превазилажење кризе, на првом мјесту зависи од воље држава, посебно великих сила, али и од рада међународних организација и посебних међународних тијела. Такође, неопходно је прихватити да је ријеч о једном дуготрајном процесу, који није искључиво и само правног карактера. У супротном се суочавамо нереалним становиштима. С тога, проблем кохерентности између нормативног и фактичког елемента, односно квалитета међународноправног поретка неопходно је посматрати на флексибилан и уравнотежен начин.[59] У том смислу С. Ђорђевић је истицао да све вријеме постоји „на једној страни – тврђење да је међународно право само жеља идеалиста, а на другој – стална потреба за њим. Државе никад не испуштају прилику да се на њега позову, ако им то иде у корист. Па чак, и ако се прихвати да оно постоји, истиче се у доктрини, међународно право не заслужује лепо и добро име, тј. његов имиџ није тако сјајан.“[60] Управо због тога, сматра се да упоредо живи убјеђење да се међународно право своди на правила игре која су „прописали најмоћнији и највећи за најслабије у име највиших начела, или мало одмереније и блаже – то је политика држава праћена другим средствима ако то помаже њиховим интересима. Но, и поред ове, само делимично тачне објективне истине, ништа мање није тачно и то да, ако међународно право и не би постојало, требало би га измислити“.[61]

Са свим овим карактеристикама и недостацима, актуелној кризи у којој се налази, међународноправни поредак посједује своје фундаменталне елементе. Тренутно доминантну улогу у овој конституцији заузима фактички (политички) елемент, прије свега јер се свијет налази у турбулентној фази прерасподјеле политичке моћи – посебној фази развоја међународног права. Ова посебна фаза остаће карактеристична по кризи међународног права и кризи међународних институција. За излазак из ње биће неопходно јасно детерминисање структуре

[58] Б. Милисављевић, „Нека отворена питања у вези *ius cogens* норми у међународном праву“, *Harmonius, Journal o Legal and Social Studies in South East Europe,* 2020, 151–170.

[59] Шире вид. М. Савић, (2023), 145–166.

[60] С. Ђорђевић, *Увод у међународно право*, Београд 2007, 64–65.

[61] *Ibid.*, 65.

међународноправног поретка и другачији приступ у погледу односа државе и међународног права. Овај другачији приступ требало би да превазиђе сукобе који су присутни између и унутар постојећих теорија и омогући један флексибилнији поглед на однос државе и међународног права у оквиру међународноправног поретка. Иако у коначници највише тога зависи, и даље, од воље великих сила и условљено је (само)ограничењем међународног волунтаризма.

Надаље, општепозната је чињеница да је међународно право специфичан нормативни оквир који не познаје утемељену хијерархију норми и аката. Оно је веома динамичан, позитивно-правни феномен који прогресивно еволуира као један од основних елемената међународноправног поретка уопште. Проблем одсуства хијерархије такође намеће велике потешкоће у примјени и тумачењу међународноправних норми. Консеквентно, воде се расправе у вези са поријеклом, тј. основом међународног права, његовим темељним изворима и (мањкавом) диспозитивном карактеру, односно непотпуности међународноправних норми. У суштини отворено се поставља питање објективног правног основа за примену међународног права и то с разлогом![62] Сљедеће питање које се поставља је остварење општег начела законитости и постизање правне сигурности у међународноправном поретку. Иако је посебна хијерархија одређена чланом 103 Повеље УН, који дефинише да „у случају сукоба између обавеза чланица Уједињених нација према овој Повељи и њихових обавеза према било ком другом међународном споразуму, ова Повеља ће преовладати”.[63] Ова одредба није довољна да дефинише општу хијерархију норми и аката у међународном праву.

С друге стране, фактичко стање је питање политике и моћи. У међународним односима постоји велики број аката који на крају зависе од фактичке одлуке, а не од апстрактне норме. Прецизније речено, зависе од воље субјеката, односно међународног волунтаризма. Такво фактичко поступање често одступа од когентних норми међународног права и међународни актери, тј. субјекти међународног права од случаја до случаја долазе у фактичко стање кршења међународног права,

[62] Овде се не мисли на постојање, или непостојање одређеног међународног документа – конвенције. Конвенције јесу најзначајнији извори међународног права. Међутим, оне као међународни уговори у многоме су детерминисане вољом држава. У том смислу, иако постоје конвенције универзалног карактера, оне суштински нису објективан основ, или извор права, већ представљају формализацију субјективних воља држава уговорница. Дакле, производ су међународног волунтаризма. Када говоримо о објективном основу за примјену међународног права, иако постоје формални оквир доминира субјективна воља субјеката међународног права и готово све је подложно арбитрерности.

[63] Повеља ОУН, чл. 103.

без икаквих посљедичних санкција. На овом мјесту долази до изражаја превасходни диспозитивни карактер међународноправних норми, односно мањкавости у погледу формалне (императивне) санкције. Изостанак примјене санкције доказује непотпуност и велике недостатке норми међународног права.[64]

Као што смо већ нагласили, недостатак институционализованих (директних) санкција један је од главних недостатака међународног права и свакако велики проблем са којим се сусреће, како теорија, тако и пракса. У институционалном смислу, овај проблем је условљен непостојањем јединствене међународне законодавне и извршне институције и контрактуалном природом међународних когентних норми. У том смислу, државе као примарни субјекти међународног права – у складу са својом спољном политиком и интересима стварају норме међународног права. На овом мјесту се види танка линија између нормативне и фактичке компоненте међународног правног поретка. Како је то истакао М. Коскениеми: „сходно томе, савремена доктрина стално осцилира између узлазне и опадајуће перспективе државности.“[65] Ова перспектива постаје још сложенија када у ову једначину уведемо питање ефикасности и примјене међународног права и конституисања, односно функционисања међународноправног поретка. У основи, на овај начин отварамо једно од вјечних питања правне теорије – питање односа међународног и унутрашњег права.

Правна идеја не може саму себе превести аутоматски у друштвену акцију независно од фактичке одлуке, јер како је то истицао Карл Шмит: „у било каквој трансформацији мора бити присутан *auctoritatis interpositio*“ – интерпозиција ауторитета власти![66] С друге стране, може се одредити претпоставка да је правни поредак претходи фактичкој моћи, односно ауторитету власти, али то је фундаментално питање правног објективизма као концепта и међународног волунтаризма држава, односно њихове фактичке моћи да утичу на (међународно) право.[67]

Због ситуације у првим деценијама 21. вијека на овом мјесту морамо још једном нагласити да се „теорија међународног права налази у противречности између тежњи ка светском праву изнад држава и моћи суверености појединих држава“, односно да се „субје-

[64] *Ibid.*

[65] M. Koskenniemi, *From apology to utopia*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 226.

[66] C. Schmitt, *Political Theology*, Cambridge 1985, 31.

[67] Шире вид. *Ibid.*

ктивно и објективно схватање права боре за данашњу јуриспруденцију“, те да се „теорија међународног права недоследно тетура тамо – амо између супротности државно-индивидуалистичког и човечанствено-универзалистичког начина разматрања, између субјективизма примата државноправног поретка и објективизма примата међународног права“.[68] Овде се ради о односу државе и међународноправног поретка и питању међусобне повезаности права и политичке моћи, односно међународне политике у једној динамичкој тачки. Конкретније речено, сукоб између схватања права као „моћи воље признате објективним правом“[69] и схватања према ком право представља објективна правила као једнообразну датост за човјечанство.[70]

Свакако да постоји симбиотичка веза између правног поретка и државне организације. Такође, присутна је и веза између државноправног поретка и међународноправног поретка, како појединачно у смислу односа једне државе, тако и вишезначно у тоталитету држава и међународноправног поретка.[71] С друге стране, међународна политика, тачније међународни односи се, као један од фундаменталних елемената међународноправног поретка,[72] данас налазе у раскораку између партикуларних (субјективних) интереса који су истакнути кроз спољне политике држава (појединачно) и међународног институционалног оквира који је до данас успостављен. То говори да, у првим деценијама 21. вијека, наилазимо не само на проблем односа између фактичког и нормативног у оквиру међународноправног поретка, него и на проблем који настаје унутар фактицитета као елемента међународноправног поретка, а који се манифестује кроз нејединствену, партикуларну праксу, праксу двојаких аршина и нарушавања правне сигурности у вези са конкретном ситуацијом која се јавља у међународном животу.[73]

Правници се суочавају са проблемима одређивања границе између права и политике, обима и узрочности њиховог међусобног утицаја. Али линија у савременим околностима и процесима је танка и познато је да међународна политика и међународни политички односи условљавају, посебно, оквир спољне политике држава. Све ово има

[68] Х. Келзен, (2003), 268–269.

[69] Х. Келзен, *Главни проблеми теорије државног права*, Београд 2001, 464.

[70] *Ibid.*

[71] Шире вид. M. N. Shaw.

[72] Шире вид. M. Savić, (2017), 225–238.

[73] М. Савић, „Актуелна питања сецесије у свјетлу права на самоопредјељење народа – међународноправни аспект”, *Сецесија са становишта унутрашњег и међународног права и њене политичке посљедице; зборник радова* (ур. З. Кнежевић, К. Чавошки), Српска академија наука и уметности, Београд 2020, 421–457.

значајне правне импликације и међународноправно посматрано фактичке консеквенце. Ове политике које креирају водеће државе најчешће артикулишу и демонстрирају (прагматични) волунтаризам у међународноправном поретку. Јасно је да право и политика не могу бити, како тврди М. Н. Шо, разведени. „Они нису идентични појмови, али су у интеракцији на више нивоа. Они су ангажовани у кључном симбиотском односу. Ни једно не дисциплинује нити служи да умањи значај другог.“[74]

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У овом дијелу ћемо покушати сумирати све претходно наведено, са нагласком на питања раскорака између фактичког и нормативног елемента у међународноправном поретку. Такође, пажња се мора посветити и вриједносним аспектима и конфронтацији унутар међународне заједнице која траје већ вијековима. Све ове конфронтације и раскорак између наведених елемената директно одређују стање у оквиру међународноправног поретка. Фактичка, нормативна и вриједносна димензија у оквиру међународноправног поретка су његови фундаментални елементи и карактеристике, али истовремено и његови недостаци. У ову једначину се морају ставити и државу и њен статус, а посебно положај и утицај великих сила у фактичком и вриједносном смислу. Као што је раније истакнуто ово су веома сложене релације и оне данас одражавају углавном најмање три стварна проблема који покрећу низ других специфичних питања.[75] На основу перцепције и рјешења ових проблема, индиректно се одређује и питање функционалности и перспективе међународноправног поретка. Ти проблеми су:

1) Проблем односа међународног права и политике се налази на првом мјесту. О овом питању нормативних и фактичких димензија међународноправног поретка и њиховог међусобног односа се већ доста расправљало претходно у раду. Ова нормативно-фактичка кохезија, или пак, колизија одређује природу и квалитет међународнопра-

[74] M. N. Shaw, 48.

[75] Ово су питања у вези са стварањем међународноправних норми – међународног права, односно консензуса између држава и прихватања обавеза. Такође, ради се и о питању тумачења, односно различитих и опречних тумачења међународноправних норми од стране држава, али и контрадикторности које се неријетко јављају у оквиру међународних институција. Статус државе, њен правни субјективитет, суверености, надлежности и др. су свакако незаобилазно питање. У 21. вијеку од изузетног значаја је и положај невладиних организација и мултинационалних корпорација у међународноправном поретку. Посебно је питање и примјене, као и домашаја норми међународног права итд.

вног поретка, при чему је овај однос дефинисан са позиције политичке моћи и реалне праксе, прије свега у односу на когентне норме међународног права. Друга страна овог односа отвара питање државноправног субјективитета у међународном праву – основних права и дужности држава, државног статуса и (политичког) признања, посебно у погледу надлежности међународних институција. Ово је питање односа између државних и међународних институција и међусобне условљености права и моћи између држава у оквиру међународноправног поретка. У том смислу, правна природа међународноправног поретка је на много начина специфична и веома сложена за дефинисање. Управо због ове нормативно-фактичке кохезије, а посебно колизије, постојање међународноправног поретка оспорава се из више углова. Ово само по себи ствара неизвјестан терен, како у правној теорији тако и у пракси. Његово потпуно негирање онемогућава да се легислативно утврде институти правде, правичности, правне сигурности, једнакоправности и сл. на међународном нивоу и аутоматски ограничавају ове институте стриктно на одређену аксиолошку димензију права. Јасно је да у међународној заједници не постоји консензус по питању одређења међународноправног поретка и правца у ком он треба да се развија, а присутне су оправдане примједбе у погледу природе међународног права. Међутим, неопходно је, уз уважавање свих недостатака сврсисходно одредити генетички код и скелет међународноправног поретка. Једино тако се може расправљати о мускулатури која, слажемо се, још увијек није развијена, или је пак, у неким областима атрофирала.

2) Проблем правног квалитета међународног права као нормативног елемента међународног правног поретка представља други проблем који треба истакнути. Овај проблем можда је још и тежи од претходног. То је проблем имплементације/примјене, односно стварања и спровођења међународноправних норми, а посебно когентних норми, односно обезбеђивања правне ефикасности, правичности, једнакости и, свакако правне сигурности међународном поретку.[76] У

[76] Правна сигурност, али и друга општа начела, не могу бити достигнута све док је фактички утицај (међународни волунтаризам и политика) у великој мјери изражен у оквиру међународноправног поретка. Не може се причати о правној сигурности у амбијенту двоструких стандарда, субјективног тумачења међународноправних норми и политичког прагматизма. За правну сигурност, правичност и др. неопходан је један објективан нормативни систем, који не би био оптерећен субјективним и волунтаристичким интересима. У овом погледу морамо истаћи да је Комисија за међународно право ОУН урадила значајан посао у правцу развоја и заштите ових начела, кроз ангажман у вези са когентним нормама међународног права. На овај начин се може обезбиједити прогресивни развој међународног права уопште, чиме може доћи до унапређења нормативног оквира, на основу чега би се могло размишљати и у правцу

савременим условима међународна политика и међународни волунтаризам имају много већи утицај на уговорно стварање, примјену и тумачење међународноправних норми и на овом мјесту, још једном се мора истаћи нормативно-фактичка колизија елемената међународноправног поретка, која се у савременим процесима интензивира. Проблем примјене свих, а посебно когентних норми одувијек је био једно од најзначајнијих питања међународног права. Ову ситуацију је пластично објаснио Л. Грин још 1956. године, нагласивши: „Када неко пита обичног човјека на улици како би дефинисао међународно право, вјероватно би изнио грубу замјерку у вези његовог дејства. Наиме, ради се о феномену који се зове право, о коме сви причају, али о коме нико искрено не води рачуна.“[77] Ова перцептивна ситуација и проблем примјене когентних норми данас се чини као све већи камен спотицања за савремено међународно право, јер политички волунтаризам доноси све већу неизвјесност. На овај начин је угрожено и функционисање међународноправног поретка у цјелини.

3) Проблем јединствене (универзалне) вриједносне димензије се често у међународноправној доктрини оставља по страни. Заправо, неријетко се одређени систем вриједности узима у обзир без преиспитивања и по инерцији тако дефинише за одређену датост у правничком промишљању на нормативном нивоу. Међутим, у оквиру међународноправног поретка се одвија континуирана борба, прије свега великих сила у вези са вриједностима које треба да буду прихваћене, односно његовом аксиолошком димензијом. У раду је већ истакнут значај овог аспекта међународноправног поретка, као и проблем различитости између држава по овом питању. Један од најзначајнијих примјера конфронтације великих сила у вези са системом вриједности био је видљив у периоду 20. вијека када је читав свијет био заробљен сукобом између капиталистичког запада и комунистичког истока. Иако више, бар на очиглед, не постоји ова идеолошка подјела свијета у 21. вијеку разлике у вриједносним димензијама су можда још и

смањења расцјепа у односу на фактички елемент међународноправног поретка. У овом погледу, посебно је значајно адекватно дефинисање и утврђење когентних норми, јер ово *per se* представља добар темељ за обезбјеђење правне сигурности у оквиру међународноправног поретка. „Јер колико год опште међународно право било хетерогено и специфично његово стабло чине ове норме, а потом се на гранама даље налазе друге норме нижег степена обавезности, па све до меког права на самом крају. Што се више удаљавамо од стабла, то има све више различитих извора обавеза за државе, али то и даље не значи да сви они нису везани за централни део. На овај начин когентне норме јачају свој утицај у међународном праву и помажу да опстане универзални поредак иако постоје јаке центрипеталне силе које теже да створе аутономне правне режиме независне од општег права.“ Б. Милисављевић, 151–170.

[77] L. Green, *Priroda međunarodnog prava (La nature du droit international*), *JRMP* 2/1956.

више оптерећене тензијама. С обзиром на технолошки напредак и глобализацију свијета разлике између нпр. конзервативних муслиманских (нпр. Иран, Индонезија) и неолибералних западних (нпр. Холандија, Велика Британија) држава и народа, али и многих других свакодневно долазе до изражаја. Јасно је да ове разлике најприје због интензитета савременог међународног живота ограничавају и условљавају функционисање међународноправног поретка. Исто тако, са порастом броја држава константно се отварају и нова питања.[78] Тензије су посебно изражене посљедњих деценија, најприје због покушаја држава политичког Запада да по дубини опкорачи читав свијет и наметне, не само своја нова правила – правила Новог свјетског поретка, већ и сопствени вриједносни оквир свим другим државама и народима. Ипак, одређени оквир универзалних вриједности је општеприхваћен и у формалном смислу још средином прошлог вијека и он као такав представља полазну основу за потенцијални даљи развој међународноправног поретка. Међутим, све израженије разлике остављају траг и у домену кодификације, а посебно тумачења међународноправних норми и овај модерни оквир се показује као недовољан. У том смислу потребне су значајне промјене, како у садржинском погледу, тако и у контексту тумачења, али и потенцијалног општег консензуса између држава у вези са универзалним вриједностима одговарајућим за 21. вијек. Све ово детерминише и нормативни оквир и питање (нове) кодификације.

* * *

Сагледавањем наведена три проблема, као што смо већ истакли отвара се низ специфичних питања. У том смислу неопходно је јасно детерминисати да постоје фундаменталне разлике између држава које све више долазе до изражаја. Такође, потребно је прихватити да постоје разлике између унутрашњег и међународног права и прихватити чињеницу да је државноправни поредак (уопште) у функционалном смислу напреднији од међународноправног. Међутим, оно што карактерише ову ситуацију је чињеница да се и државноправни поредак (који је напреднији) може позиционирати унутар међународноправног поретка. Из тог разлога хијерархија у међународноправном поретку није изграђена, већ истовремено постоји двосмјерна *комуникација* одоздо према горе и одозго према доле. Такође, данас је факат да су унутрашње и међународно право међусобно повезани и да је свеприсутна, како генеричка, тако и функционална међусобна условљеност. У том смислу тоталитет државноправних поредака (држава у свијету)

[78] Свака држава на међународни план доноси вриједности свог државноправног поретка. Шире вид. М. Савић, (2023), 145–166.

представља комплементарни елемент међународноправног поретка, при чему је још увијек присутан значајан степен хетерогености, односно партикуларизма у том погледу, што је још један од главних разлога зашто није формално утврђена хијерархијска линија.[79] Оваква позиција – комплементарног елемента је на првом мјесту функционалног карактера. С друге стране изражен утицај фактичке компоненте, односно међународне политике на међународно право, представља заправо основну карактеристику међународноправног поретка. У највећем броју случајева ради се о девијантним појавама. Чињеница је да од посљедње деценије 20. вијека комуникација одозго према горе више представља форму притиска на државе и њихове правне поретке и одређени вид присилне хијерархизације, коју према својим интересима потенцира превасходно политички Запад. Међутим, с обзиром на то да се ради о једном особеном – међусобно условљеном односу посљедице по међународноправни поредак су изузетно негативне и оне карактеришу, поред свега осталог и дубоку кризу у којој се међународно право више од три деценије налази.

Трећи проблем ће бити присутан све док не дође до еволуције претходна два, а то се не може десити без јасног идентификовања универзалног вриједносног основа садржаног у њему. Ово само потврђује вишедимензионалну структуралну условљеност и сложеност савременог међународноправног поретка. Ову вишедимензионалну структуралну условљеност можемо објаснити и кроз претходно наведену метафору о Теслином обртном магнетном пољу. У случају међународноправног поретка, не ради се о једном индукцијском електромотору – држави. Ријеч је о умреженом систему електромотора-међународна заједница држава, који раде засебно и разликују се по јачини и брзини, а који су међусобно повезани осовином и разгранатом мрежом-међународноправни поредак. Такође, у неким случајевима се разликују и по напону који их покреће и енергији коју стварају – вриједностима. Они ипак раде повезани у једном јединственом систему и иако су засебни, рад једнога утиче на рад другога. Такође, у раду цијелог овог система неријетко долази до искакања напона, несинхронизованог рада, оптерећења мреже и сл. због којих настају кварови и проблеми са радом мотора. С обзиром на величину и снагу, јачи мотори, у правилу оптерећују мање што често доводи до њиховог неправилног рада и оштећења. Такође, постоје и велики недостаци код отклањања кварова што изазива сметње у раду и дуготрајно функционисање у стању неисправности, при чему се рад, односно функционисање мреже не обуставља. У раду мреже сваки од ових

[79] Шире вид. *Ibid.*

мотора – држава утиче на другога, како у позитивном, тако и у негативном смислу. Упркос свим потешкоћама и неправилностима овај систем, мрежа – међународноправни поредак функционише, са свим потешкоћама и недостацима.

На крају да закључимо. Једно је сигурно – „међународно право је очигледно много више од једноставног скупа правила“[80], а међународноправни поредак је са свим својим мањкавостима, ипак конституисан. Његови *недостаци* карактеристични су за вријеме у ком живимо и у будућој перспективи неопходно је пронаћи начине за њихово превазилажење, а како би се омогућио напредак у функционалном смислу. Дужност и обавеза је да се у годинама које долазе покуша обезбиједити његов даљи развој и даља институционализација на основу објективних вриједности и општеприхваћених принципа једнаких за све народе и државе.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Bobbit, Philip, *The Shield of Achilles*, London 2002;
2. Владисављевић, Милан, *Држава и међународна заједница*, Београд 1934;
3. Green, L., *Priroda međunarodnog prava (La nature du droit international*), *JRMP* 2/1956;
4. De Vattel, Emer, *Le droit des Gens ou Principles de la Loi Naturelle*, Carnegi Institute, Washington 1916;
5. Деган, Владимир-Ђуро, *Међународно право*, Ријека 2000;
6. Ђорђевић, Стеван, *Увод у међународно право*, Београд 2007;
7. Kazazić, Vesna, Savić, Matej, „Aktualna pitanja međunaordnopravnog subjektiviteta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru* 26/2018;
8. Келзен, Ханс, „Проблем суверености и теорија међународног права, прилог једној чистој теорији права“, Београд 2003;
9. Келзен, Ханс, *Главни проблеми теорије државног права*, Београд 2001;
10. Koskenniemi, Martti, *From apology to utopia*, Cambridge University Press, Cambridge 2005;
11. Koskenniemi, Martti, *The Politics of International Law*, Oxford 2011;
12. Кривокапић, Борис, „Однос међународног и унутрашњег права“, *Страни правни живот* 2/2013;

[80] M. N. Shaw, 46–52.

13. Кривокапић, Борис, *Енциклопедијски речник међународног права*, Београд 2010;
14. Кривокапић, Борис, *Међународно јавно право*, Београд 2017;
15. Лукић, Радомир Д., Кошутић, Будимир П., Митровић, Драган М., *Увод у право*, Београд 1999;
16. Милојевић, Момир, „Келзеново схватање државе“, *Правна ријеч* 35/2013;
17. Милисављевић, Бојан, „Нека отворена питања у вези *ius cogens* норми у међународном праву“, *Harmonius, Journal o Legal and Social Studies in South East Europe*, 2020;
18. Радбрух, Густав, *Филозофија права*, Београд 1998;
19. Рачић, Обрад, „Однос између међународног и унутрашњег права“, *Међународни проблеми* 3-4/1999;
20. Savić, Matej, “Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements”, *Yearbook of Faculty of Law, Goce Delcev University – Stip* 7/2017;
21. Savić, Matej, “International Legal Order and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century”, *ICES'17 6th International Conference on European Studies Local, Regional and Global Governance Proceedings Bo*ok, 2017;
22. Савић, Матеј, „Актуелна питања сецесије у свјетлу права на самоопредјељење народа – међународноправни аспект”, *Сецесија са становишта унутрашњег и међународног права и њене политичке посљедице; зборник радова* (ур. З. Кнежевић, К. Чавошки), Српска академија наука и уметности, Београд 2020;
23. Савић, Матеј, „Међународно право на почетку XXI вијека – теоријски поглед на савремену доктрину, процесе и проблеме међународног правног поретка“, *Правна ријеч* 44/2015;
24. Савић, Матеј, „Одговорност држава у међународном праву – осврт на савремене изазове и недостатке“, *Зборник радова „Протврјечја савременог права“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2022;
25. Савић, Матеј, *Дипломатско-конзуларно право и међународноправни поредак – развојни пут међудржавних односа*, ППГД Комесграфика, Бања Лука 2016;
26. Савић, Матеј, М. Савић, „Међународноправни поредак у 21. вијеку: нека од теоријских питања односа државе и међународног права“, *Зборник радова „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку“*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023;
27. Савић, Снежана, *Основе права*, ППГД Комесграфика, Бања Лука 2005;
28. Савић, Снежана, Савић, Матеј, *Теорија државе и права,* ППГД Комесграфика, Бања Лука 2017;

29. Schmitt, Carl, *Political Theology*, Cambridge 1985;
30. Shaw, Malcom N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014;
31. Cassese, Antonio, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge University Press, Cambridge 1995;
32. Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2006;
33. Шаховић, Милан, „Међународно право на крају двадесетог столећа“, *Архив за правне и друштвене науке* 1/1991;
34. Шаховић, Милан, *Путеви савременог развоја међународног права*, Београд 1969.

Правни извори

1. *2005 World Summit Outcome Document A/RES/60/1, https://www.un.-org/en/genocideprevention/member-states.shtml*, 23. мај 2024;
2. *Case Libya vs Malta*, Epicontinental shelf case, ICJC Reports 1985;
3. *Case Nicaragua v. United States of America*; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 1984, *https://www.icj-cij.org/-index.php/case/70*, 21. мај 2024;
4. *Global Centre for the Responsibility to Protect https://www.globalr2-p.org/what-is-r2p/*, 21. мај 2024;
5. Report of the Commission on the work of its seventieth session, Official Records of the General Assembly, Seventhy third Session, Supplement A/73/10;
6. *Report of the Commission on the work of its sixty-seventh session*, Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement A/70/1;
7. United Nations Charter.

Associate Professor Matej Savić, LL.D.

Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka,

Faculty of Law, University of East Sarajevo

CONTEMPORARY INTERNATIONAL LEGAL ORDER — STATE, LAW AND POLITICS

Summary

The subject of this paper are the problems of the constitution and functioning of The International Legal Order. In this sense, the main discussion is, in a broader context, focused on the mutual influence and conditionality between International Law and International Politics.

In the context of this paper's main subject, the author deals with The International Legal Order definition concept and determination of its (legal) nature.

The author also discusses particularly expressed political aspect of the international legal order, as well as the determination of its fundamental elements. One of the goals of this paper is to conduct a comprehensive, primarily theoretical discussion regarding the complex notions of the state, law and politics within the International Legal Order. Although the paper is primarily of a theoretical nature, it also contains an empirical dimension, especially in terms of international processes that take place in the relationship between law and politics. In this analysis, issues related to the legal personality of the state in international law, the autonomy of international institutions, the establishment of a multipolar political order, the use of force in international law are self-imposed.

Keywords: *International legal order; State; International politics; Normative framework; Factual situation; Multipolar Political Order; International Legal Personality; International Institutionsmultipolar political order; International legal personality; International institutions.*

UDC/УДК 342.726-053.2-054.7
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Senior Assistant Professor Cinzia Valente, LL.D.

Department of Education and Human Sciences,
University of Modena and Reggio Emilia, Italy

BRIDGING REGULATORY GAPS, RETHINKING INTEGRATION POLICIES, AND ARRANGING GOOD PRACTICES FOR UNACCOMPANIED CHILDREN IN THE EUROPEAN FRAMEWORK

This paper addresses the urgent issue of migrant children, particularly unaccompanied minors, migrating from non-European countries to European states. These children face significant vulnerabilities due to their foreign and minority status as well as a lack of a legally responsible adult.

The study underscores the necessity of enhancing protection measures to safeguard their fundamental rights and facilitate their integration into the host community.

The absence of specific legislation at the international and European levels, coupled with fragmented national laws, impedes the implementation of effective and standardized solutions. Lawmakers are confronted with complex challenges, including the identification of minors, tracing parents or family members, appointing guardians or providing foster care, ensuring access to healthcare and education, and establishing procedures for repatriation or long-term reception.

This essay aims to address these challenges and reconstruct the fragmented legal landscape by conducting a comparative analysis of the Italian legal framework and those of other European countries, with a particular focus on age verification, the reception system, and guardianship appointments, taking into account the relevance of operational rules and soft law.

The conclusions will highlight the critical issues within the current legal landscape and emphasize the necessity for cooperation among key stakeholders (state and local entities, public and private institutions) and the minors themselves.

Keywords: Unaccompanied children; Best interest; Protection; Soft law; Inclusion.

Cinzia Valente, *cinzia.valente@unimore.it*.

1. AN ONGOING CURRENT EMERGENCY

The phenomenon of migration has been acknowledged throughout history, prompting national legal systems to address associated issues in different ways over time. In recent decades, the escalation of civil conflicts in certain regions, the precarious socio-sanitary conditions in others, or the imperative for family reunification have contributed to a renewed surge in migratory movements towards European countries.

In contemporary times, the phenomenon has acquired particular characteristics, with a significant presence of minors undertaking the journey.[1] Consequently, the topic of the rights of such vulnerable individuals has been brought to the attention of national legislators and the international community, resulting in demands for more effective and efficient protection measures.

An increasing number of minors faces this challenge alone or having lost their relatives during the journey, arriving in the host country without an adult to care for them, thus becoming part of the specific category of unaccompanied minor immigrants.[2] These young individuals are fleeing from wars, persecution, or poverty, or are teenagers sent by their families in search of better living conditions or attracted by different lifestyle models. It is indisputable that the recognition of their fundamental rights is paramount at both the national and supranational levels.

However, the absence of uniform and comprehensive regulations, particularly in certain specific sectors, can jeopardize the exercise of these rights and compromise the actual well-being of migrant minors.

2. DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL PROTECTION FOR MIGRANT CHILDREN: A HISTORICAL OVERVIEW

In the international panorama, the protection of unaccompanied foreign minors does not find a unified framework, even at the European level. The evolution of the protection of minors at a supranational level reflects the developments observed in various national legal systems, such as in Italy. Here, minors have transitioned from being mere "objects" of protection – over whom rights were exercised or duties fulfilled by those with parental authority (historically paternal authority) – to being recognized as

[1] An interesting overview on the migratory phenomenon is in A. Malakooti, "The where, when and how of the children on the move", *Protecting migrant children. In search of best practice* (eds. M. Crock, L. B. Benson), Elgar, Geneva 2018, 29 etc.

[2] Data collected by the General Directorate of Immigration and Integration Policies indicates that, as of May 2023, there are approximately 20.510 unaccompanied foreign minors present in Italy. The majority of these minors are male (86,2%) and fall within the age group of 17 years (44%).

active participants in society. This shift underscores the transformation from a framework of parental rights (as seen in the English legal system) to one that acknowledges minors as rights-holders in their own right.[3] The process culminating in the introduction of the concept of parental responsibility was not merely a literal change but brought with it a significant shift in the parent-child relationship and, more importantly, in the conception of the minor as an active subject, endowed with rights capable of limiting parental prerogatives when in conflict with the minor's well-being.[4]

The "restoration" of the minor's capacities, faculties, rights, and duties formally occurred through the recognition of such prerogatives in significant international documents [consider the 1989 UN Convention on the Rights of the Child (CRC) and specific conventions by the Hague Conference – e.g., the 1980 Child Abduction Convention, the 1996 Hague Child Protection Convention, the 1950 European Convention on Human Rights (ECHR)] or European documents [Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR) also known as the Charter of Nice]. This intense supranational legislative activity has paralleled significant changes in national systems, which, at different times and with varying social impacts, have endeavored to align with principles that have become universally accepted.

With specific reference to unaccompanied foreign minors, the need to accelerate the process of minors' "emancipation" became pressing following World War I when the number of children relocated from their countries of origin grew considerably, and the issue of minors left alone (generally war orphans) without the assistance of reference adults emerged.[5]

[3] See: N. Espejo-Yaksic, "From Patria Potestas to Parental Responsibility: Trajectories of a Concept", *Family Matters: Essays in Honour of John Eekelaar* (eds. J. Scherpe, S. Gilmore), Intersentia, Cambridge 2022, 623–636; M. Crock, H. Martin, "First things first: international law and the protection of migrant children", *Protecting migrant children. In search of best practice* (eds. M. Crock, L. B. Benson) Elgar, Geneva 2018, 75 etc.

[4] It should be noted that at the international level, there has been an evolution in the formulation of norms that highlights the particular position of the minor. The 1924 Geneva Declaration of the Rights of the Child, while recognizing all necessary activities for the development and growth of minors as indispensable, describes these activities as obligations owed by adults and almost "endured" by the child. Notably, the norms are often formulated in a passive voice, such as "the child must be given the means", "the child must be fed", "the child must be nursed" etc., thereby emphasizing the absence of active participation by the minor in their own developmental needs.

[5] Although the context of World War I slowed and altered migratory flows, it is undeniable that these historical events had significant consequences for foreign minors already present in the territory who were left alone or for those who were relocated due to wartime events. On the general theme of the migration during war conflicts see: M. Ermacora, "Migrazioni di guerra. Ruolo di stato, modelli e percorsi migratori 1914-1918", *Emigranti e profughi nel primo conflitto mondiale* (ed. E. Franzina), ASEI, Viterbo 2017, 48.

However, the legal frameworks of the time, such as the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, primarily focused on the need to protect refugees without distinguishing the specific needs of minors from those of adults. This approach often maintained a paternalistic attitude towards minors and the protection of fundamental rights in the context of migration was "limited" by the scope of special laws recognized in migration law.

The turning point can undoubtedly be identified with the adoption of the 1989 UN Convention on the Rights of the Child. Although it does not specifically address unaccompanied minors – despite some articles mentioning migration and subsequent protocols expanding its scope, including General Comment No. 6 specific to unaccompanied minors – it has the merit of establishing the fundamental rights of minors regardless of their migration status or the presence of accompanying adults.

In essence, it sets out the minimum guarantees to which the adhering states have committed. The concept of "primary consideration"[6] recognized for safeguarding the best interests of the child, extended to all matters concerning them, represents the element that places their needs, desires, and aspirations at the center of any issue. Regarding migrant minors, the declared rights to life, security, physical and mental development, health, listening, participation, education, and family are indispensable for adequate reception in the host country.

This Convention was preceded a few years earlier by the adoption of the European Convention on Human Rights in 1950 (with its additional protocols), through which the Council of Europe established fundamental rights. This document does not specifically reference foreign minors, but it is considered well-established that protection extends to them as well; this is also thanks to the work of the European Court of Human Rights (ECtHR), tasked with ensuring the correct application of the convention.

The Court's role has been to make those norms operational, adapt them to social and economic changes – recall that the phenomenon of migrant minors has become urgent in recent decades – and evaluate the best interests of the child in light of these changes. Initially, applications linked the child's interest to Article 8 (respect for family life), but the Court has gradually adopted a more concrete approach, encompassing all forms of liberty. The extreme vulnerability of migrant minors (especially asylum seekers)

[6] On this issue: C. Smyth, "The Best Interests of the Immigrant Child in the European Courts: Problems and Prospects", *Het kind in het immigratierecht (The child in immigration law)* (eds. G. G. Lodder and P. R. Rodrigues), The Hague 2012, 150; M. Kalverboer, D. Beltman, C. van Os, E. Zijlstra, "The Best Interests of the Child in Cases of Migration Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures", *International Journal of Children's Rights* 25/2017, 114–139.

has been a focal point in the jurisprudence developed by the European Court of Human Rights. On several occasions, the Court has highlighted the inadequate reception conditions in certain legal systems and the variability in standards, which do not promote adequate treatment, particularly concerning linguistic and psychological assistance.[7]

We do not ignore that migration issues – although not directly under the competence of the Council of Europe – are closely linked to the exercise of fundamental rights protected by the ECHR, and thus reflected in the decisions of its court. The Council itself is aware of this element and has often acted through parliamentary assembly recommendations to set out guidelines on specific issues, including minors.[8]

Of course, at the European level, there has also been an increasing focus on the needs of minors (including foreign minors) over the years. In line with the now well-established recognition of their autonomous status (see the Treaty of Lisbon, which explicitly recognizes children's rights in Article 3), Article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR) of 2000 enshrines their role as active protagonists, specifying that "in all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration".

Undoubtedly, this provision should be extended to migrant minors in the absence of more specific regulatory frameworks. Indeed, it is crucial to acknowledge that the protection of unaccompanied foreign minors has historically been and continues to be fragmented, governed only in certain aspects concerning international protection, predominantly through directives.[9]

Thus, the well-being of the minor must be the guiding principle in this matter.

The Court of Justice of the European Union must apply these principles, duly considering the particular vulnerability of migrant minors and combining it with the concepts of dignity and well-being. A certain align-

[7] See: *Mohammed Hussein and Others v. The Netherlands and Italy*, 2nd april 2013, n. 40524/10 and *Tarakhel v. Switzerland*, 4 november 2014, n. 29217/12 and *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, 22 November 2016, n. 25794/13 and 28151/13 where the Court analyzes, among others, the violation of the art. 3 ECHR under the aspect of inhuman and degrading treatment.

[8] For reference, see Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Unaccompanied Children in Europe: Issues of Arrival, Stay and Return, Recommendation 1810, April 15, 2011.

[9] See E. Frasca, J. Y. Carlier, "The best interests of the child in ECJ asylum and migration case law: Towards a safeguard principle for the genuine enjoyment of the substance of children's rights?" *Common Market Law Review* 2/2023, 345–390.

ment in this matter seems to characterize the two international courts, especially regarding asylum seekers, prioritizing the best interests of the child over the need to regulate migratory flows.[10]

3. SOFT LAW AS A TOOL FOR PROMOTING CONVERGENCE OF LEGAL SYSTEMS IN THE INTERNATIONAL CONTEXT

Despite the absence of a comprehensive framework at the supranational level,[11] both the Council of Europe and the European Union have demonstrated a growing interest in seeking shared solutions and have promoted initiatives aimed at raising awareness on the topic, as well as more markedly oriented towards the harmonization of rules and common practices. Through soft law[12] instruments and planned activities, these institutions have initiated a dialogue with the international community, stimulated by an active and developed institutional and associative apparatus in this context (consider, for instance, the UN Refugee Agency UNHCR, the work of Save the Children, or UNICEF), which actively proposes the drafting and dissemination of guidelines and practices.

Among the earliest official documents addressing unaccompanied foreign minors is the Resolution of the Council of the European Union dated June 26, 1997 (97/C 221/03). This resolution, in addition to providing an initial definition of unaccompanied minors, aims to establish guidelines for their treatment concerning reception, stay, repatriation, and asylum seekers. The merely persuasive nature of this instrument and the lack of effective implementation criteria have likely limited its effectiveness, further weakened by the European Union's limited competencies on immigration issues.

[10] A certain emphasis has been placed on the fact that unaccompanied minors are often encouraged by their relatives to undertake the journey with the belief that their entry into the host country can subsequently facilitate family reunification. On this issue: P. Rodriguez, "Protection of minors in European Migration Law", *Safeguarding children's rights in Immigration Law* (eds. M. Klassen, S. Rap, P. Rodriguez, T. Liefaard), Windhof 2020, 5 etc; M. Marchegiani, "The best interests principle's impact on decisions concerning asylum – seeking and refugee children", *Fundamental rights and best interests of the child in transational families* (eds. E. Bergamini, C. Ragni), Windhof 2019, 35 etc.

[11] The sectors most impacted by regulation include the protection of the right to asylum (see, among others, Directive 2011/95/EU and Directive 2001/55/EC), the reception conditions for applicants for international protection (Directives 2013/32/EU and 2013/33/EU), and the fight against human trafficking (Directive 2011/36/EU). Additionally, there are directives on returns (Directive 2008/115/EC), family reunification (Directive 2003/86/EC), and the right of Union citizens and their family members to move and reside freely within the Member States' territories (Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of April 29, 2004).

[12] A. Betts, "Towards A 'Soft Law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migrants", *International Journal of Refugee Law* 2/2010, 22.

Nevertheless, the intention to keep the discussion on minors alive is confirmed by the 2006[13] communication from the Council and the European Parliament, and, in 2009, within the Stockholm Program, the launch of the 2010–2014 Action Plan.[14] The European Commission, in implementing Article 24 of the CFR, proposed three lines of action for migrant minors: prevention (related to the risks of illegal migration), protection programs (through adequate reception measures), and the identification of durable solutions (including options other than repatriation, international protection, or family reunification in a third country).

In this context, the new Resolution of the European Parliament dated September 12, 2013, acknowledges the dangerous conditions faced by unaccompanied foreign minors and calls for prompt and uniform intervention by Member States to ensure the protection of minors, even at the expense of immigration policies. Thus, an official document, albeit non-binding, adopts a highly protective stance towards migrant minors, demanding adequate reception conditions, protection of the right to health and education, and the right to preserve their identity and cultural values.

The consistency of migration flows suggests the need for continuity in programmatic actions,[15] highlighting further critical issues related to age determination and reception measures, with an invitation to Member States for greater cooperation.[16]

Concurrently, the Council of Europe operates on various fronts; the strategy on children's rights (2016–2021) and the construction of inclusive societies (2016–2019) frame the action plan (2017–2019) dedicated to "Refugee and Migrant Children in Europe." Aiming at effective protection and integration, this plan proposes the creation of understandable guidelines for children on age determination, as well as the study of standards

[13] Communication from the European Commission, COM(2006) 367 final, *Towards an EU Strategy on the Rights of the Child*, Brussels 4 July 2006.

[14] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Action Plan on Unaccompanied Minors (2010-2014), COM(2010) 213 final of May 6, 2010.

[15] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the State of Play of Implementation of the Priority Actions under the European Agenda on Migration, COM(2016) 85 of February 10, 2016.

[16] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, The Protection of Children in Migration, COM(2017) 211 final of April 12, 2017, and earlier, the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council "Ongoing Action Contributing to the Protection of Children in Migration", COM(2016) 85 final of February 10, 2016.

for reception facilities[17] and policies addressing the issue of minors who are victims of trafficking.

The European Commission[18] also reiterates the importance of adequate reception for minors and family reunification,[19] alongside the need to establish a series of procedural guarantees (age determination, guardianship, asylum application, etc.). It is noteworthy that the previous year's Forum on the Rights of the Child (November 28-30, 2016) specifically addressed the protection of migrant children. Furthermore, the EU Guidelines for the Promotion and Protection of the Rights of the Child – Leave no Child Behind 2017 advocate for cooperation between states and underscore the European Union's commitment to assisting national and international stakeholders in safeguarding children's rights.

The European Parliament's Resolution of November 26, 2019, on the rights of the child, commemorating the 30th anniversary of the Convention on the Rights of the Child (2019/2876), invites states to adopt a targeted national policy for migrant minors with the aim of improving the living conditions of foreign minors, echoing the principles expressed in the 2013 resolution, which seems to guide towards a balance of interests between migration policy and the protection of minors, skewed towards the latter.

These political indications are reflected in the adoption of some guidelines in more specific areas such as reception (guidelines adopted by the United Nations General Assembly on December 18, 2009 – Guidelines for the Alternative Care of Children),[20] appointment of guardians,[21] age determination,[22] and protection of minors.[23]

---

[17] See the final report in *https://rm.coe.int/-refugee-and-migrant-children-in-europe-final-report-on-the-implementa/16809c827d*.

[18] European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *The protection of children in migration*, COM(2017) 211 final, Brussels, 12 April 2017.

[19] See: Council of Europe, Family reunification for refugee and migrant children. Standards and promising practices, 2020.

[20] ONU Resolution A/RES/64/142, on 24 February 2010 available in *https://www.un.org/en/qa/64/resolutions.shtml*; Guidelines of the European Asylum Support Office (EASO) 2018 (Guidance on reception conditions for unaccompanied children: operational standards and indicators).

[21] See: UNHCR, Guidelines on policies and procedures in dealing with Unaccompanied Children seeking Asylum, 1997; UNHCR, Guidelines on determining the best interests of the child, 2008, in *https://www.unhcr.org/protection/children/4566b16b2/unhcr-guidelines-determining-best-interests-child.html*; ONU General Assembly, Guidelines for the Alternative Care of Children, 2021 in ; Recommendation CM/Rec(2019)11 of the Committee of Ministers to member States on effective guardianship for unaccompanied and separated children in the context of migration in *https://rm.coe.int/cm-rec-2019-11-guardianship-en/16809ccfe2*. In addition: European Union: European Agency for Fundamental

While the legal bindingness of such documents remains within the realm of persuasion, their cultural significance is paramount in an area where the most appropriate solution for the protection of minors must consider the specific circumstances of each case (thus not standardizable) and be flexible to ensure the highest possible level of protection.

4. THE ITALIAN REFORM: PRINCIPLES AND OPERATIONAL SYSTEMS FOR IMPLEMENTATION

The Italian system has been characterized by a recent significant legislative intervention aimed at reorganizing the protection of unaccompanied foreign minors in a systematic, organic, and specific manner.

The enactment of Law No. 47 of April 17, 2017 (referred to as the Zampa Law,[24] named after its proposer) represents a pivotal moment in the evolution of the protection framework for unaccompanied foreign minors in Italy. It marks a significant departure from the previous fragmented and weakly coordinated approach and signals a shift towards the implementation of an efficient system through the use of soft law instruments and secondary regulations.

Prior to the reform, the regulatory framework provided only a few specific norms for unaccompanied foreign minors. These norms were often established within the scope of immigration law, with the aim of adapting the rules established for adults to the needs of minors. This necessitated the linking of these provisions with family law institutions and migration policy needs, taking into account the condition of being a foreigner. This situation had to be balanced with constitutional principles[25] and those of international and European orders.

Rights, Guardianship for children deprived of parental care: A handbook to reinforce guardianship systems to cater for the specific needs of child victims of trafficking, 2014.

[22] European Asylum Support Office Guidelines 2018 (in *www.easo.europa.eu*) and EASO Practical guide on Age Assessment, 2nd Edition, 2018, in *https://www.easo.-europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assesment- v3-2018.pdf*.

[23] EU Guidelines on the Promotion and protection of the rights of the child 2017.

[24] Provisions regarding measures for the protection of unaccompanied foreign minors, published in the Official Journal (*Official Journal General Series*, n.93 of 21-04-2017) and available at the following website: *www.gazzettaufficiale.it*. As amended by Legislative Decree 22 December 2017, n. 220. The regulation was subsequently supplemented by Law No. 46 of April 13, 2017, Decree-Law No. 113 of October 4, 2018, Decree-Law No. 53 of June 14, 2019, and most recently by Decree-Law No. 133 of October 5, 2023 (which introduced some modifications in cases of substantial, multiple, and closely-timed flows, derogating certain essential rules regarding age assessment).

[25] Article 10, paragraph 2, of the Constitution is a general provision that refers to international norms and treaties for the regulation of the status of foreigners. Therefore, it represents the foundation for the recognition of their human rights. We must not overlook that

In this regulatory framework, the space dedicated to unaccompanied foreign minors has appeared limited within the specific context of immigration. While the so-called Martelli Decree (Decree-Law No. 416 of December 30, 1989, converted into Law No. 39 of February 29, 1990) merely acknowledged the presence of migrant minors in Italian territory without providing specific guidelines, certain provisions were found in the Turco-Napolitano Law (Law No. 40 of March 6, 1998), which were later included in Legislative Decree No. 286/1998 (known as the Consolidated Immigration Act). This introduced the prohibition of the expulsion of minors (later undermined by the expansion of assisted repatriation with Legislative Decree No. 113 of April 13, 1999), the right to family unity, and the prioritization of the minor's best interests in relevant proceedings, among a few other reference norms.

A notable tightening of the general condition of migrants occurred with the Bossi-Fini Law (Law No. 189 of July 30, 2002, later modified by the so-called Security Package), which allowed foreigners who had reached adulthood to remain in the territory only if they were workers (qualified by two years of training), or if they were placed under guardianship in our legal system, or admitted to a social integration project (the latter alternative was later abolished due to practical implementation difficulties).[26] This led to a significantly fragmented regulatory framework that required coordination with provisions from the civil code, particularly concerning guardianship, as well as laws on foster care and adoption (Law No. 184 of May 4, 1983), and supplementary regulations addressing the rights to health and education, among others.

In the background remained the international and European legal norms already mentioned in the previous paragraph.

The intricate coordination between norms of disparate types, even within the hierarchical scale of legal sources, risks eluding one of the fundamental principles of legal systems, namely legal certainty, and producing disparate applications of principles to cases that deserved similar protection. These uncertainties made legislative intervention indispensable, particularly considering the constant increase in the number of foreign minors registered in our country.

---

the application of Article 3 of the Constitution (principle of non-discrimination) has been scrutinized by the courts, including in relation to foreigners, to assess the significance of citizenship that the provision appears to reference as a prerequisite for the principle of equality. An interesting analysis of this aspect can be found in: M. Losana, "Stranieri" e principio costituzionale di uguaglianza, *Rivista AIC*, 2016, 1, 16 etc.

[26] G. Carapezza Figlia, „Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo", *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti* (eds. L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova), Esi 2018, 206 etc.

The 2017 reform represented a significant step forward in the Italian legal system, establishing it as one of the first in Europe to provide a regulatory framework for the protection of particularly vulnerable minors, including unaccompanied foreign minors.[27]

Article 1 of the Zampa Law states that unaccompanied foreign minors, due to their heightened vulnerability, are entitled to the same rights as minors of Italian or European citizenship. This declaration serves as the foundation of the reform's scope, with the clear intention of making this proclamation the explicit objective.

This principle can now be considered a fundamental interpretative criterion for the entire matter.

The definition of an unaccompanied foreign minor has facilitated the standardization of protection, which was previously characterized by the recognition of rights reserved for specific categories of minors and essentially linked to refugee status. Consequently, the asylum request is no longer a defining element, but rather a criterion for the application of further specific rules related to international protection.

The legislation recognizes the fundamental rights of foreign minors and amends existing provisions to align them with the requirements of guaranteeing and protecting minors. The proposed prohibition on refoulement and expulsion serves as a prerequisite for the exercise of other fundamental rights, including those pertaining to education, health, defense, and hearing.

The provision of various protective measures such as reception facilities, age determination procedures, and the appointment of guardians, as well as the possibility of implementing actions for the migrant's stay upon reaching adulthood (the so-called "administrative continuation"), are indicative of a new inclusive policy. This approach contrasts with the previous one, which primarily aimed at regulating migration flows.

The new legislation is undoubtedly characterized by a child-centric perspective, confirmed by three main pillars of protection for the migrant minor: reception, age assessment, and the appointment of a guardian.

Regarding the first aspect, the reform aims to reduce the time required to place the minor, create dedicated reception (governmental – FAMI – or local) center, and designate a single competent judicial body (the Juvenile Court). Upon discovery of an unaccompanied foreign minor on the territory, a report is immediately filed with the Court, which assumes responsi-

[27] F. Romeo, "Fenomeni migratori e tutela dei minori stranieri non accompagnati alla luce delle novità introdotte dal d.l. n. 133/2023", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20/2024, 184–205.

bility for the minor's "technical" needs. This includes ratifying their reception and appointing a guardian.

The stay in the first reception facility should be limited to 30 days, during which the minors undergo an informative interview in the presence of a cultural mediator, are identified (evaluating a possible voluntary repatriation or contacting family members), or are assisted in applying for international protection; the procedures for the residence permit and access to health and education services are initiated through the guardian.

The law provides, as a second reception phase, for placement with foster families, which would ensure better socio-economic conditions and more concrete possibilities for social integration, or in second reception centers now part of the SAI system.

The identification procedure, especially age assessment, is a crucial point of the reform, which, in line with the aim of providing the widest possible protection, affirms the presumption of minority in cases of doubt. The law established general criteria, deferring the technical aspects to the adoption of a specific protocol. Drafting the regulation was not immediate,[28] and an agreement was reached on July 9, 2020, between the Presidency of the Council of Ministers and the Regions and local authorities for the adoption of a multidisciplinary protocol for determining the age of unaccompanied foreign minors[29] which regulates and outlines the phases of assessment, the personnel involved, the timelines, and presupposes the essential requirement of informing the minor according to their capacity for discernment and requires their cooperation.

In this phase, it is therefore essential not only to verify the reliability of any documents but also to listen to the minor (with the help of dedicated personnel). The description of the journey, the reasons that prompted migration, and the family of origin are useful for drawing evaluation elements; consider the minor's attitude as well as their expressive and expositional capabilities, which can provide specifics about their educational

[28] A. Cordiano, "La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza", *Famiglia e diritto* 3/2023, 197 etc.

[29] Available at *http://www.statoregioni.it/media/2751/p3-cu-atto-rep-n-73-9lug2020.pdf*. Previously, DPCM 234 of 2016, "Regulation laying down the definition of mechanisms for determining the age of unaccompanied minors who are victims of trafficking", was often used analogously, together with the guidelines of the Protocol for Identification and Holistic Multidisciplinary Age Assessment of Unaccompanied Minors adopted by the Conference of Regions in 2016 (an update of the previous Protocol dated 2009). The situation became more complex where various local practices and protocols coexisted, leading to different results, especially regarding the type (wrist x-ray and orthopantomography among the most common) and reliability of clinical examinations performed in different geographical areas of Italy.

level and thus indirectly their age. Research in the country of origin is obstructed if there is a need for international protection or if the minor refuses.

Today it is established that the procedure must proceed with a holistic and multidisciplinary approach, with qualified personnel and the minor's consent; only if the information gathered from documents is insufficient, can the healthcare assessments be accessed, with prior authorization from the Juvenile Court. Information about the socio-medical examinations and their consequences must be provided to the minor, in an understandable manner considering their literacy level and maturity, and to their guardian, clarifying that these are not mandatory assessments, and must be conducted respecting the minor's dignity. The multidisciplinary assessment must consider the minor's physical maturation as well as psychological, ethnicity, received nutrition, presence of pathologies, and the error margin characteristic of even the most invasive examinations (radiographs).

The entire structure of the reform is based on the protection of minors, not only through the declaration of their rights but also by ensuring that these rights can be effectively exercised. It is well-known that minors lack legal capacity, and although legal systems, such as the Italian one, have gradually recognized areas of autonomy for minors, they can now make choices when their capacity for discernment allows.

With the extension of internal protection regulations to unaccompanied foreign minors, these migrant minors also enjoy such rights. Nevertheless, their unique situation necessitate a distinct approach. This is not only because, in some cases, minors have not yet developed the capacity for discernment (which does not guarantee full capacity under Article 2 of the Civil Code) but also due to their specific characteristics: they often do not know the language, lack specific knowledge about the protection instruments available to them, and are unfamiliar with the culture and socio-economic conditions of their new environment.

Therefore, the institution of guardianship, as provided by the Civil Code, has been extended to them with some necessary adjustments to ensure enhanced protection for these minors.[30]

Volunteer guardians are called upon to perform a complex role, free of charge, coordinating with legal and administrative services (prefectures, police forces, agencies) and providing psychological, social, and cultural support.

[30] J. Long, "La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati: punti di forza e criticità di un nuovo modello", *Minorigiustizia* 2/2021, 181 etc.; P. Morozzo della Rocca, „Tutela e curatela del minore", *Diritto civile minorile* (eds. A. Cordiano, R. Senigaglia), Esi, Napoli 2022, 263 etc.

Beyond representing the minor (including in legal proceedings) and managing their assets (which is almost irrelevant for unaccompanied foreign minors), the guardian's primary functions are to promote the minor's physical and mental well-being and to oversee their living conditions and safety. The guardian is required to establish a trust-based relationship with the minor to ensure effective assistance.

There is no predetermined list of functions that the guardian is required to perform, but it includes any activity related to the exercise of rights, as indicated in the Zampa Law (excluding maintenance and cohabitation). For example, with the guardian's assistance, the child is able to exercise their basic rights such as the right to health care (by accessing the National Health Service) and to access education with enrolment to all levels of public schools until the compulsory school age of 16 and with a personalized curriculum.

The appointment of the guardian is another aspect regulated through specific protocols signed between the Juvenile Courts and the Italian Authority for Children and Adolescents. The guardian is appointed by the Juvenile Court based on a list prepared with the assistance of the Italian Authority for Children and Adolescents, with a mandatory training requirement in the years following inclusion in the list.

This aspect has been particularly debated since the adoption of the law; the role of the Italian Authority for Children and Adolescents was unclear, as were the requirements for admission. Various practices have been recorded locally in the "agreements" between Juvenile Courts and Regional Authority for Children and Adolescents. Generally, it can be stated that Italian citizenship, or citizenship of an EU member state, a minimum age of 25 years, enjoyment of civil and political rights, and an unblemished conduct record are required. Specific educational qualifications are not mandatory but are considered in the evaluation process, as is the knowledge of foreign languages, professional qualifications useful for carrying out the role, concrete experiences in assistance, volunteer work, and professional qualifications (legal, psychological, socio-health professions). The training generally covers legal notions (principles in the protection of minors, the institution of guardianship, residence permits, repatriation, international protection, trafficking), the reception system, and socio-health notions (identification of minors, access to the national health service, code of conduct, etc.).

5. A SURVEY ON THE PROTECTION OF MINOR MIGRANTS IN THE EUROPEAN LEGAL SYSTEM

As previously noted, even the efforts conducted at the international and European levels have not succeeded in achieving a certain degree of uniformity concerning unaccompanied foreign minors among continental legal systems[31] above all in some critical area such as the age assessment, the reception and guardianship that will be briefly analyzed.

While the definition of an unaccompanied foreign minor is sometimes differently articulated across various systems (often omitting reference to citizenship, and occasionally making the request for international protection a defining element, as in the Portuguese system), the constant factors remain the age limit of 18 years and the absence of an adult guardian.

A common feature is the absence of a cohesive body of rules specifically dedicated to unaccompanied foreign minors (with the exception of the Italian and Spanish systems).[32] Many legal systems require an interpretative reconstruction of norms dispersed across various types of laws and/or regulations generally pertaining to civil law (family and minors), migration law, and administrative or regulatory norms.

Immanent in every system is the recognition of the rights of the minor, including the right to be heard (in a protected environment and with appropriate measures), the right to education (even in the absence of a residence permit) and professional training, legal representation, housing, healthcare (even if irregular), legal advice, inclusion in vaccination programs, and the right to work once the mandatory educational process is completed.

All systems have adopted procedures for determining the minority status as a precondition for applying favorable norms, especially when international protection is also sought. Despite the peculiarities of individual systems, the necessity of informing the minor, obtaining their cooperation and consent for clinical examinations, and presuming minority in case of irresolvable doubt remain fundamental elements of minor protection.

Although the procedure is not always standardized within each legal system, the tendency is to favor a holistic and multidisciplinary approach that allows for certain invasive methods (such as clavicle, wrist, dental, mandibular X-rays, CT scans, and evaluation of sexual and pubertal development) in the medical approach (authorized by the court) only following

[31] M. D. Panforti, C. Valente, *Protecting Unaccompanied Children. Towards European Convergence*, Mucchi editore, Modena 2021.

[32] P. Rinaldi, "Unaccompanied Migrant Minors at the Frontier of Human Rights. The Spanish Case", *International Journal of Children's Rights* 4/2019, 796–820.

a progressive sequence of non-resolutive measures (such as interviews and the acquisition and evaluation of documents).

Reception is the area where the most significant differences are recorded; moreover, this issue is most closely linked to the state organization of legal systems, their economic resources, and the roots of certain legal institutions related to child law. Some systems distinguish (like the French and Italian) between temporary placement (during the period when the minor is identified and their age is determined) and subsequent placement. The modalities of (second) reception are varied: from children's homes to foster families, centers for children with specific difficulties, self-managed apartments (for older minors), and, exceptionally, protection or education institutes and more rarely surveillance centers (Poland). Occasionally, these are typical asylum-seeker reception measures. In some contexts, governmental assistance forms are particularly efficient (as in the Netherlands), distinguishing services based on age and occasionally externalizing to local institutions.

Psychological and social support services (language teaching and autonomy initiation) are often provided, alongside social assistance services, as variously named, and dedicated personnel.

Although the possibility of accessing family foster care and adoption is provided in all systems, these instruments are rarely employed due to the limited availability of willing families.

Peculiarities also exist in the guardianship regulations, which, while widely recognized, do not present uniform characteristics, especially concerning appointment procedures, professional profiles, training, appointment timing, functions, duties, and responsibilities.

Models range from the Italian or Czech systems, which foresee comprehensive care, to systems assigning only "procedural" aspects to the guardian (such as submitting the protection request and judicial representation). Alongside systems that have "privatized" guardianship by assigning complex tasks to citizens with particular skills, there are models entrusting guardianship to institutions or public entities (Spain, France, Netherlands) or "mixed" systems where various figures with differentiated competencies coexist (in Sweden, there is a distinction between the guardian and the "legal custodian").

Common is the need to promote long-term social inclusion, benefiting from the creation of language learning courses and inclusion pathways facilitated by associations, for example, through the involvement of "culture families" sharing the same origins as the minor or various duration employment insertion programs.

6. OPERATIONAL RULES, INCLUSIVITY, AWARENESS, EDUCATION, AND COOPERATION: FUNDAMENTAL PILLARS FOR MODERN AND EFFECTIVE PROTECTION OF CHILDREN ON THE MOVE

Achieving effective protection for minors necessitates seeking collective solutions at a supranational level and the readiness of individual legal systems to relinquish some of their jurisdiction in favor of universally accepted minimum standards of protection at the international level.[33]

This approach can promote more equitable distribution of migratory flows; systems that present better conditions tend to attract more significant flows, while those that remain more rigid are equally at risk of illegal flows destined to remain underground. This situation exacerbates the organization of more protective systems and simultaneously harms the legality of the stricter ones.

It is equally evident that the subject does not lend itself to straightforward solutions, as the efficient protection of unaccompanied foreign minors requires coordination of political, social, economic forces, and legal choices not always consistent with the traditions of various legal systems. Although there is no common direction at the international level, the objectives to be achieved have clearly emerged, presenting reception as a critical point that is difficult to level, age determination as an element where greater convergence of systems could be desirable, and guardianship as a sector to be examined for finding solutions to establish at least minimum functions.

It is no longer contestable that unaccompanied foreign minors have declared fundamental rights to exercise, expressly recognized at the supranational level within the "constitutional" framework of the international (referring to the 1989 UN Convention) and European (broadly including the EU and the Council of Europe) contexts.

Alongside the "traditional" rights (right to life, psycho-physical development, non-discrimination), other rights must be placed that acquire particular significance as they are linked to the specific conditions of the migrant minor, whose operability must be guaranteed: the right to education, health, maintenance of family relationships, and legal assistance. All of this is preceded by the necessity to make the minor's hearing effective;

[33] See: I. Sollima, "The Rights of Unaccompanied Migrants from Their Arrival to the Adulthood", *In and Out: Rights of Migrants in the European Space* (eds. F. Piccolo, A. Mangiaracina, G. Paternostro, V. Todaro), Springer, Dordrecht 2024; I. Iusmen, "Whose Children? Protecting Unaccompanied Migrant Children in Europe: A Case of Diffused Responsibility?", *The International Journal of Children's Rights* 28/2020, 925–949.

only their voice will allow for choices to be tailored to their needs and guarantee their well-being and consequently assure a concrete inclusion in the hosting country.

The acknowledgment of these rights must be accompanied by an environment where these norms can be effectively implemented. Thus, technical frameworks, often delegated to the development of protocols or best practices, should also be established. This trend is evident internationally through the proliferation of action plans, recommendations, and guidelines across various sectors.

Public awareness and education towards integration should not be lacking to make the few prepared instruments useful. The failure, in most legal systems, of family fostering as a preferred form of reception is likely attributable to the lack of information on the functioning of the institution, insufficient education on diversity, inconsistent policies aimed at breaking down stereotypes about ethnic and gender differences, and the ineffective training of the few willing families; all of which are certainly not favored by the scale of the migratory phenomenon and the main characteristic of migrant minors belonging to the 15–17 age group, making them more challenging to manage.

The presence of the guardian is another core aspect of evaluating the efficiency of a reception system. The aim should be to facilitate a swift procedural, substantive, and above all emotional, care of the minor. The guardian translates the minor's needs into rights to be exercised and should therefore have specific competencies, personal qualities, and legal guarantees. Their training and the enactment of rules allowing them to perform this office are indispensable; providing indemnities for covering costs incurred during the role, the possibility of taking paid leave to perform their functions, and adequate insurance coverage are elements to consider when the guardian belongs to active citizenship; providing stringent controls in case of entrusting guardianship to public systems in case of negligence is another instrument to implement. Likewise, adapting the available human resources to the number of minors present in the territory, along with proximity, should be an objective to pursue (consider that in the Italian system, the limit of three migrant minors per volunteer guardian is often disregarded due to the low number of guardians or inadequate distribution across the territory).

Most systems have established a multilevel rule-making process, where coordination among the various interested parties could prove intricate, to the detriment of the minor (consider the relationships between police forces, health entities, courts, guardians, foster families, or reception centers), who sometimes fall into the network of "social invisibility" when they do not deliberately disappear, thus fueling the condition of illegality.

The above considerations underscore that effective regulation necessitates more than just good principles and exemplary practices;[34] it requires the cooperation of all stakeholders (including state and local entities, public and private institutions), as well as the minors themselves. Minors must be empowered to develop a sense of belonging to the host state, and effective monitoring is crucial for identifying inefficiencies and implementing necessary corrections.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Betts, Alexander, "Towards A 'Soft Law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migrants", *International Journal of Refugee Law* 2/2010;
2. Binford, Warren, Bochenek, Michael Garcia, Cernadas, Pablo Ceriani, Day, Emma, Field, Sarah, Hamilton, Marci, Liefaard, Ton, Mezmur, Benyam, Mulatu, Fasil, Skelton, Ann, Sloth-Nielsen, Julia, Stuart, João,Van Loon, Hans, Verhellen, Jinske, "Report on Enforcing the Rights of Children in Migration", *Laws* 12/2023;
3. Carapezza Figlia, Gabriele, „Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo", *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti* (eds. L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova), Esi 2018;
4. Cordiano, Alessandra, "La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza", *Famiglia e diritto* 3/2023;
5. Crock, Mary, Martin, Hannah, "First things first: international law and the protection of migrant children", *Protecting migrant children. In search of best practice* (eds. M. Crock, L. B. Benson), Elgar, Geneva 2018;
6. Ermacora, Matteo, "Migrazioni di guerra. Ruolo di stato, modelli e percorsi migratori 1914-1918", *Emigranti e profughi nel primo conflitto mondiale* (ed. E. Franzina), ASEI, Viterbo 2017;
7. Espejo-Yaksic, Nicolás, "From Patria Potestas to Parental Responsibility: Trajectories of a Concept", *Family Matters: Essays in Honour of John Eekelaar* (eds. J. Scherpe, S. Gilmore), Intersentia, Cambridge 2022;
8. Frasca, Elenora, Carlier, Jean-Yves, "The best interests of the child in ECJ asylum and migration case law: Towards a safeguard principle for the genuine enjoyment of the substance of children's rights?" *Common Market Law Review* 2/2023;

[34] W. Binford *et al*., "Report on Enforcing the Rights of Children in Migration", *Laws* 12/2023, 85.

9. Iusmen, Ingi, "Whose Children? Protecting Unaccompanied Migrant Children in Europe: A Case of Diffused Responsibility?", *The International Journal of Children's Rights* 28/2020;
10. Kalverboer, Margrite, Beltman, Daan, Van Os, Carla, Zijlstra, Eliane, "The Best Interests of the Child in Cases of Migration Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures", *International Journal of Children's Rights* 25/2017;
11. Long, Joëlle, "La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati: punti di forza e criticità di un nuovo modello", *Minorigiustizia* 2/2021;
12. Malakooti, Arezo, "The where, when and how of the children on the move", *Protecting migrant children. In search of best practice* (eds. M. Crock, L. B. Benson) Elgar, Geneva 2018;
13. Marchegiani, Maura, "The best interests principle's impact on decisions concerning asylum – seeking and refugee children", *Fundamental rights and best interests of the child in transational families* (eds. E. Bergamini, C. Ragni), Windhof 2019;
14. Morozzo della Rocca, Paolo, „Tutela e curatela del minore", *Diritto civile minorile* (eds. A. Cordiano, R. Senigaglia), Esi, Napoli 2022;
15. Panforti, Maria Donata, Valente, Cinzia, *Protecting Unaccompanied Children. Towards European Convergence*, Mucchi editore, Modena 2021;
16. Rinaldi, Patrizia, "Unaccompanied Migrant Minors at the Frontier of Human Rights. The Spanish Case", *International Journal of Children's Rights* 4/2019;
17. Rodriguez, Peter, "Protection of minors in European Migration Law", *Safeguarding children's rights in Immigration Law* (eds. M. Klassen, S. Rap, P. Rodriguez, T. Liefaard), Windhof 2020;
18. Romeo, Filippo, "Fenomeni migratori e tutela dei minori stranieri non accompagnati alla luce delle novità introdotte dal d.l. n. 133/2023", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20/2024;
19. Smyth, Ciara, "The Best Interests of the Immigrant Child in the European Courts: Problems and Prospects", *Het kind in het immigratierecht (The child in immigration law)* (eds. G. G. Lodder and P. R. Rodrigues), The Hague 2012;
20. Sollima, Iolanda, "The Rights of Unaccompanied Migrants from Their Arrival to the Adulthood", *In and Out: Rights of Migrants in the European Space* (eds. F. Piccolo, A. Mangiaracina, G. Paternostro, V. Todaro), Springer, Dordrecht 2024.

Legal sources

1. "Refugee and migrant children in Europe" – Final report on the implementation of the Action Plan (2017-2019), *https://rm.coe.int/-refugee-and-migrant-children-in-europe-final-report-on-the-implementa/16809c827d*;

2. *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, 22 November 2016, n. 25794/13 and 28151/13;
3. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Action Plan on Unaccompanied Minors (2010-2014), COM(2010) 213 final of May 6, 2010;
4. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the State of Play of Implementation of the Priority Actions under the European Agenda on Migration, COM(2016) 85 of February 10, 2016;
5. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, The Protection of Children in Migration, COM(2017) 211 final of April 12, 2017;
6. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council "Ongoing Action Contributing to the Protection of Children in Migration", COM(2016) 85 final of February 10, 2016;
7. Communication from the European Commission, COM(2006) 367 final, *Towards an EU Strategy on the Rights of the Child*, Brussels 4 July 2006;
8. Council of Europe, Family reunification for refugee and migrant children. Standards and promising practices, 2020;
9. Decree-Law No. 113 of October 4, 2018;
10. Decree-Law No. 133 of October 5, 2023;
11. Decree-Law No. 53 of June 14, 2019;
12. Directive 2003/86/EC;
13. Directive 2004/38/EC;
14. Directive 2008/115/EC;
15. Directive 2011/36/EU;
16. Directive 2011/95/EU and Directive 2001/55/EC;
17. Directives 2013/32/EU and 2013/33/EU;
18. EASO Practical guide on Age Assessment, 2nd Edition, 2018, in *https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assesment- v3-2018.pdf;*
19. EU Guidelines on the Promotion and protection of the rights of the child 2017;
20. European Agency for Fundamental Rights, Guardianship for children deprived of parental care: A handbook to reinforce guardianship systems to cater for the specific needs of child victims of trafficking, 2014;
21. European Asylum Support Office Guidelines 2018, *www.easo.europa.eu*;
22. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *The protection of children in migration*, COM(2017) 211 final, Brussels, 12 April 2017;
23. Guidelines of the European Asylum Support Office (EASO) 2018 (Guidance on reception conditions for unaccompanied children: operational standards and indicators);

24. Law No. 46 of April 13, 2017;
25. Legislative Decree 22 December 2017, n. 220;
26. *Mohammed Hussein and Others v. The Netherlands and Italy*, 2nd april 2013, n. 40524/10;
27. ONU General Assembly, Guidelines for the Alternative Care of Children, 2021;
28. ONU Resolution A/RES/64/142, on 24 February 2010 available in *https://www.un.org/en/ga/64/resolutions.shtml*;
29. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Unaccompanied Children in Europe: Issues of Arrival, Stay and Return, Recommendation 1810, April 15, 2011;
30. Protocol for Identification and Holistic Multidisciplinary Age Assessment of Unaccompanied Minors adopted by the Conference of Regions;
31. Provisions regarding measures for the protection of unaccompanied foreign minors, *Official Journal General Series*, n.93 of 21-04-2017), *www.gazzettaufficiale.it*;
32. Recommendation CM/Rec(2019)11 of the Committee of Ministers to member States on effective guardianship for unaccompanied and separated children in the context of migration, *https://rm.coe.int/cm-rec-2019-11-guardianship-en/16809ccfe2*;
33. *Tarakhel v. Switzerland*, 4 november 2014, n. 29217/12;
34. The multidisciplinary protocol for determining the age of unaccompanied foreign minors, *http://www.statoregioni.it/media/2751/p3-cu-atto-rep-n-73-9lug2020.pdf*;
35. UNHCR, Guidelines on policies and procedures in dealing with Unaccompanied Children seeking Asylum, 1997;
36. UNHCR, Guidelines on determining the best interests of the child, 2008, *https://www.unhcr.org/protection/children/4566b16b2/unhcr-guidelines-determining-best-interests-child.html*.

Проф. др Цинција Валенте
Департман за образовање и друштвене науке,
Универзитет у Модени и Рађо Емилији, Италија

ПРЕМОШЋАВАЊЕ РЕГУЛАТОРНИХ НЕДОСТАКА, ПРЕИСПИТИВАЊЕ ПОЛИТИКА ИНТЕГРАЦИЈЕ И УРЕЂИВАЊЕ ДОБРЕ ПРАКСЕ ЗА ДЈЕЦУ БЕЗ ПРАТЊЕ У ЕВРОПСКОМ ОКВИРУ

Сажетак

Овај рад се бави горућим питањем дјеце миграната, посебно малољетника без пратње, који мигрирају из неевропских у европске државе. Ова дјеца се суочавају са значајном угроженошћу због свог страног и мањинског статуса, као и због недостатка правно одговорног одраслог лица.

У раду се наглашава неопходност јачања заштитних мјера како би се заштитила њихова основна права и олакшала њихова интеграција у заједницу.

Непостојање специфичног законодавства на међународном и европском нивоу, заједно са фрагментираним националним правом, омета имплементацију ефикасних и стандардизованих решења. Законодавци се суочавају са сложеним изазовима, укључујући идентификацију малољетника, тражење родитеља или чланова породице, постављање старатеља или пружање хранитељства, обезбјеђивање приступа здравственој заштити и образовању и успостављање процедура за репатријацију или дуготрајни пријем.

Овај рад има за циљ да се позабави наведеним изазовима и реконструише фрагментиран правни аспект спровођењем упоредне анализе италијанског правног оквира и правног оквира других европских земаља, са посебним фокусом на утврђивање старости, систем пријема и именовања старатеља, узимајући у обзир релевантност оперативних правила и меког права.

У закључку ће се апострофирати критична питања у оквиру постојећег правног окружења и неопходност сарадње између кључних актера (државни и локални субјекти, јавне и приватне институције) и самих малољетника.

Кључне ријечи: *Дјеца без пратње; Најбољи интерес; Заштита; Меко право; Инклузија.*

УДК/UDC 341.9(4-672EU)
341.645.2
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Доц. др Борис Тучић

Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци

Мр Радмила Драгишић

Докторанд на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

ПРАКСА СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ФУНКЦИЈИ ОСТВАРИВАЊА ЈАСНОЋЕ ОДРЕДАБА РЕГУЛАТИВЕ БРИСЕЛ II БИС

У сврху тумачења, а самим тим и остваривања јасноће појединих одредаба Регулативе Савјета (ЕС) 2201/2003 од 27. новембра 2003. године о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у брачним споровима и у стварима повезаним са родитељском одговорношћу (Регулатива Брисел II бис), поступајући у претходном поступку, Суд правде Европске уније донио је пресуде које су у фокусу овог рада. Ријеч је о пресудама донесеним на основу захтјева за рјешавање претходних питања који су поднесени до 1. августа 2022. године, као датума када је ступио на снагу recast (консолидована верзија) предметне регулативе. Пресуде се односе на тужбу за поништење брака коју подноси треће лице, акт о разводу брака који је сачинио матичар у држави поријекла у који је инкорпориран споразум о разводу брака, тужбу којом један од родитеља захтијева од суда да надомјести сагласност другог родитеља за путовање дјетета те на изузимање из примјене члана 8(1) Регулативе Брисел II бис у корист примјене одредаба Хашке конвенције из 1996. године о надлежности, мјеродавном праву, признању, извршењу и сарадњи у области родитељске одговорности и мјерама за заштиту дјеце. Истраживање одабране праксе Суда правде представља нарочито погодан метод за процјену јасноће овог секундарног извора права Уније, али и за доношење закључка о томе да ли одредбе Регулативе Брисел II бис recast, у односу на одредбе Регулативе Брисел II бис која је стављена

Борис Тучић, *boris.tucic@fbn.unibl.org.*
Радмила Драгишић, *r.dragisic@rsz.vladars.net.*

ван снаге, пружају адекватнији одговор на претходна питања која су у нашем фокусу или то ипак није случај.

Кључне ријечи: Међународно приватно право Европске уније; Хашка конвенција из 1996. године; Регулатива Брисел II бис; Поступак о претходном питању; Стварање, тумачење и примјена права.

1. УВОД

Регулатива 2201/2003, у литератури позната као Регулатива Брисел II бис[1], наслиједила је Регулативу Савјета 1347/2000 о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у брачним споровима и стварима повезаним с родитељском одговорношћу за дјецу оба супружника (Регулатива Брисел II)[2] која је представљала базични правни акт у области правосудне сарадње за брачне спорове и питања родитељске одговорности на равни Европске уније те која је озваничила ‚продирање' тадашње Европске заједнице у Породично право, преузимајући у већем обиму одредбе Конвенције Брисел II из 1998. године.[3] Оба извора права карактеришу се дјеловањем у служби слободног протока судских одлука, аутентичних исправа и споразума у Унији као и у служби рјешавања сукоба надлежности између држава чланица те доприносе устоличавању правила за њихово признавање и извршење у државама чланицама европске организације, с тим да Регулатива Брисел II бис представља суплемент Хашкој конвенцији о грађанско-правним аспектима међународне отмице дјеце из 1980. године[4] и уводи посебна правила у погледу њене повезаности са одредбама Хашке конвенције о надлежности, мјеродавном праву,

[1] Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. OJ L 338, 23.12.2003, 1–29.

[2] Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, OJ L 160, 30.6.2000, 19–36.

[3] Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale - Déclaration annexée au procès- verbal du Conseil, adoptée au cours du Conseil «Justice et affaires intérieures» des 28 et 29 mai 1998 lors de l'établissement de la convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, OJ C 221, 16.7.1998, 2–18

[4] The Hague Convention of 25 October 1980 on Civil Aspects of International Child Abduction or Hague Abduction Convention, Hague Conference on Private International Law (HCCH).

признању, извршењу и сарадњи у подручју родитељске одговорности и мјера за заштиту дјеце[5] из 1996. године.[6]

Средином 2016. године, у складу са чланом 65 Регулативе Брисел II бис и на основу информација које су доставиле државе чланице, Европска комисија је приступила изради приједлога акта којим ће се унаприједити њена рјешења.[7] У посебном законодавном поступку, након што је Европски парламент у јануару 2018. године доставио мишљење о Приједлогу Комисије а у марту 2019. године мишљење о Приједлогу у којем су инкорпорирани ставови Савјета, усвојена је Регулатива Савјета 2019/1111 о надлежности, признавању и извршењу одлука у брачним споровима и у стварима повезаним с родитељском одговорношћу, те о међународној отмици дјеце (Регулатива Брисел II бис *recast*[8])[9], која се на равни Европске уније (изузев Краљевине Данске) примјењује од 1. августа 2022. године, осим чл. 92, 93 и 103 (одредбе којима се Комисија овлашћује за доношење делегираних аката и ажурирање одговарајућих прилога – образаца) који се примјењују од 22. јула 2019. године. Чланом 100(2) Регулативе Брисел II бис *recast* одређено је да се Регулатива Брисел II бис и даље примјењује на одлуке донесене у судским поступцима који су покренути, на аутентичне исправе које су службено сачињене или уписане у регистар те на споразуме који су постали извршиви у држави чланици закључења прије 1. августа 2022. године, а обухваћени су подручјем примјене те регулативе.

[5] The Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (HCCH).

[6] Р. Драгишић, „Примјена Регулативе Брисел II бис на остваривање права на контакт с дјететом ширег породичног круга лица“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу* 90/LX, 2021, 190–193.

[7] За означавање регулативе као правног акта Европске уније користи се и термин „уредба“. Ипак, термин „регулатива“ је најприближнији оригиналном називу овог акта на енглеском и француском језику, те је најприхватљивији из разлога што остали термини заправо представљају превод оригиналног назива на српски језик.

[8] *Recast* је техника, низглед, слична кодификацији, односно изради пречишћеног текста којом се у изворни текст уграђују усвојене и објављене измјене и допуне. За разлику од кодификације, *recast* укључује нове измјене и допуне, које су усвојене у току припреме пречишћеног текста. Нови правни пропис пролази кроз комплетну законодавну процедуру и објављује се у „Службеном гласнику Европске уније“.

[9] Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction. *OJ* L 178, 2.7.2019, 1–115.

У наставку, у оквиру засебних цјелина, пажњу усмјеравамо на одабране пресуде Суда правде Европске уније (Суд правде)[10] како бисмо сазнали у којој мјери су оне у функцији остваривања јасноће правних норми Регулативе Брисел II бис, те кроз анализу релевантних одредаба Регулативе Брисел II бис *recast* сазнајемо да ли је европски законодавац при њиховој изради био руковођен прагматичнијим, свеобухватнијим а можебитно и контемплативнијим приступом у смислу да је одредбе које Суд правде тумачи у одабраним пресудама, кроз инкорпорацију у *recast* верзији, учинио јаснијим или то није случај, па ће се умјесто на релевантан секундарни извор права Европске уније и у предметним ситуацијама у будућем периоду указивати на устаљену праксу Суда правде.

2. ТУЖБА ЗА ПОНИШТЕЊЕ БРАКА КОЈУ ПОДНОСИ ТРЕЋЕ ЛИЦЕ

Прилику да се одреди о томе да ли се на тужбу за поништење брака коју поднесе треће лице након смрти једног брачног супружника примјењује Регулатива Брисел II бис, те да ли се то треће лице у својој тужби може позвати на основе надлежности из члана 3(1)(а) ал. 5. и 6 ове регулативе, Суд правде добио је у предмету *Mikolajczyk*[11], у којем је фокус примарно усмјерио на предмет захтјева за претходну одлуку, руковођен искуством које је имао у предметима *Baten*[12], *Schneider*[13] и *Gogova*[14]. У поступку по претходном питању тежиште је стављено на текст члана 1(1)(а) Регулативе Брисел II бис, у којем је прописано да поништај брака улази у досег овог секундарног извора права, при чему се законодавац није одредио у погледу рока за подношење тужбе за поништај у односу на смрт брачног супружника, али ни у погледу идентитета лица које има право да такву тужбу поднесе. У овом предмету, Суд правде је оцијенио да се Регулатива примјењује на тужбу за поништај брака коју поднесе треће лице након смрти једног брачног супружника, сматрајући да у прилог оваквом резоновању иде и сам контекст у којем се одредба члана 1(1)(а) Регулативе налази, будући да се на тужбу за поништај брака коју поднесе треће лице након смрти једног брачног супружника не примјењују изузећа

[10] У раду се користи официјелни метод цитирања праксе Суда правде Европске уније. Доступно на: *https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/en/*.

[11] Judgment of 13 October 2016, *Mikolajczyk*, C-294/15, ECLI:EU:C:2016:772.

[12] Judgment of 14 November 2002, *Baten*, C-271/00, EU:C:2002:656, 46, 47.

[13] Judgment of 3 October 2013, *Schneider*, C-386/12, EU:C:2013:633, 29, 30.

[14] Judgment of 21 October 2015, *Gogova*, C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710, 28.

из члана 1(3)(f) Регулативе[15]. Овакво одређење Суд је индуковао из своје праксе према којој је при тумачењу одредбе права Уније у обзир потребно узети њен текст и контекст те циљеве прописа којег је та одредба дио16 јер, како ће то касније општи правобранилац *Collin*s рећи, „законодавац говори кроз текстове које усваја, а ако формулације које користи призивају одређено тумачење, задатак суда је да их проводи у складу с тим тумачењем“[17]. Поједностављено речено, будући да се законодавац Уније у релевантним одредбама Регулативе није одредио у погледу рока за подношење тужбе у конкретном случају, као ни о идентитету лица активно легитимисаних за њено подношење, Суд је своје тумачење дао с обзиром на текст и контекст те циљеве Регулативе чији саставни дио представљају те „недоречене“ и „неразрађене“ одредбе.

Суд је у пресуди *Mikolajczyk* одговорио и на питање активне процесне легитимације тужитељице у главном поступку и њеног својства тестаментарне насљеднице прве супруге умрлог брачног супружника, тако што је утврдио да се несумњиво спор односи на питање поништаја брака закљученог у Француској између умрлог брачног супружника и његове друге супруге те да се на њега не може примијенити

[15] Према члану 1(3)(f) Регулатива Брисел II бис се не примјењује на одређивање управника имовином или насљеђивање.

[16] Judgment of 17 November 1983, *Merck*, C-292/82, ECLI:EU:C:1983:335, 12; Judgment of 21 February 1984, *Nikolaus Brennerei und Likörfabrik*, C- 337/82, ECLI:EU:C:1984:69, 10; Judgment of 14 October 1999, *Adidas*, C-223/98, ECLI:EU:C:1999:500, 23; C-301/98 Judgment od 18 May 2000, *KVS International BV*, ECLI:EU:C:2000:269, 21; Judgment of 19 September 2000, *Germany v Commission*, C-156/98, 50; Judgment of the Court of 10 December 2002, *British American Tobacco and Imperial Tobacco*, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741, p. 203; Judgment of 13 November 2003, *Granarolo*, C-294/01, ECLI:EU:C:2003:611, 34; Judgment of 6 July 2006, *Commission* v *Portugal*, C-53/05, 20; Judgment of 7 December 2006, *SGAE***,** C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764, p. 34; Judgment of 1 March 2007, *Schouten*, C-34/05, ECLI:EU:C:2007:122, 25; Judgment of 3 December 2009, *Yaesu Europe*, C-433/08, ECLI:EU:C:2009:750, 24; Judgment of 4 May 2010, *TNT Express Nederland BV*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, 44; Judgment of 11 July 2013, *Csonka*, C-409/11, ECLI:EU:C:2013:512, 23; Judgment of 12 February 2012, *Klarenberg*, C-466/07, ECLI:EU:C:2009:85, 37; Judgment of 19 July 2012, *ebookers.com Deutschland*, C-112/11 ECLI:EU:C:2012:487, 12; Judgment of 22 November 2012, *Brain Products*, C-219/11, ECLI:EU:C:2012:742. 13; Judgment of 21 February 2013, C-243/11, *Levensverzekeringen NV*, EU:C:2013:85, 23; Judgment of 13 September 2013, *Van Buggenhout & Van de Mierop*, C-251/12 ECLI:EU:C:2013:566, 26; Judgment of 19 December 2013, *Fish Legal & Shireley*, C-279/12, EU:C:2013:853, 42; Judgment of 15 March 2015, *Litaksa*, C-556/13, ECLI:EU:C:2015:202, 23; Judgment of 15 April 2021, *The North of England P & I Association*, C-786/19, EU:C:2021:276, 48; Judgment of 31 March 2022, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, C-231/21, EU:C:2022:237, 42.

[17] AG opinion of 5 May 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, C-646/20, ECLI:EU:C:2022:357, 54.

изузетак из члана 1(3)(f) Регулативе. У утврђивању оваквог става Суд се осврнуо и на уводну изјаву 8 Регулативе Брисел II бис, у којој је изричито наведено да се ова регулатива примјењује само на раскид брачне везе и не бави се посљедицама које брак има на имовинска питања. Овакво тумачење Суд је поткријепио и циљем који Регулатива поставља, будући да из њене прве уводне изјаве произилази њен допринос успостављању подручја слободе, безбједности и правде у којем је осигурано слободно кретање лица. Своје тумачење Суд је оснажио и залагањем за осигурање правне сигурности, позивајући се на пресуду у предмету *Hadadi*[18], те оцијенио да би правна сигурност била угрожена када се на тужбу из главног поступка не би примијенила Регулатива Брисел II бис, будући да не постоји уједначени регулаторни оквир у том подручју, а Регулатива 650/2012[19] се не односи на статус физичких лица и породичне односе. Осврнуо се Суд и на Мишљење које је дао општи правобранилац *Wathelet*[20], који је, оцјењујући да је циљ поступка покренутог ради поништаја брака да се брак прогласи неваљаним *ex tunc*, истакао да околност да се тужба за поништај у главном поступку односи на брак који је већ престао смрћу једног од брачних супружника не значи да се на тај поступак не примјењује Регулатива Брисел II бис јер није искључено да лице може имати интерес за поништај брака чак и након смрти једног од брачних супружника, те иако такав интерес треба оцијенити на основу националног прописа, не постоји препрека да се трећем лицу дозволи коришћење уједначених колизионих правила из Регулативе.

Што се тиче питања да ли се треће лице у својој тужби може позивати на основе надлежности из члана 3(1)(a) ал. 5 и 6 Регулативе Брисел II бис, национални суд је у свом захтјеву истакао да би, уколико би одговор на ово питање био позитиван, могло доћи до случаја у којем би по тужби трећег лица одлучивао суд који нема никакву везу с мјестом редовног боравишта[21] брачних супружника или једног од њих. Према алинеји 5 члана 3(1)(a) признаје се надлежност за одлучивање о раскиду брачне везе судовима држава чланица на чијем се подручју налази редовно боравиште странке која покреће поступак

[18] Judgment of 16 July 2009, *Hadadi*, C-168/08, EU:C:2009:474, 48.

[19] Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, *OJ* L 201, 27.7.2012, 107–134.

[20] AG opinion of 26 May 2016, ECLI:EU:C:2016:367, 27.

[21] Р. Драгишић, „Концепт редовног боравишта кроз одабране изворе Међународног приватног права и јуриспруденцију Суда правде Европске уније – функционални приступ насупрот стриктног текстуализма“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу* 94/LXI, 2022, 137–151.

ако је странка ондје имала боравиште најмање годину дана прије покретања поступка, док је према алинеји 6 истог члана, става и тачке Регулативе Брисел II бис та надлежност предвиђена и ако је странка која покреће поступак ондје имала боравиште најмање шест мјесеци прије покретања поступка, а била је држављанин те државе чланице или је, у одређеним случајевима, ондје имала свој домицил. Суштински, како би се одговорило на питање о могућности позивања на ове основе надлежности, Суд правде је морао утврдити прецизан досег појма „странка која покреће поступак“, будући да наведени основи надлежности не садрже никакво упућивање на национална права ради одређивања досега тог појма. Суду није преостало друго но да се поново ослони на своју праксу, овај пут на ону која се тиче захтјева за уједначену примјену права Уније и начела једнакости[22] а из које произлази да појмови из одредбе права Уније која не садржи никакво изричито упућивање на право држава чланица ради утврђивања смисла и досега требају на равни Уније имати аутономно и уједначено тумачење, које се даје узимајући у обзир контекст одредбе и циљ предметног прописа. Суд је у већ поменутој пресуди у предмету *Hadadi* утврдио да члан 3(1)(a) и (b) предвиђа бројне основе за надлежност, без да успоставља било какву хијерархију међу њима, те да су сви основи из члана 3(1) алтернативни, што указује да систем расподјеле надлежности установљен Регулативом Брисел II бис у подручју раскида брачне везе нема за циљ да искључи вишеструке надлежности већ је предвиђено истовремено постојање неколико надлежних судова међу којима одређена хијерархија није изричито предвиђена.[23] Такође, Суд је у истом предмету пресудио да се критеријуми из члана 3(1)(a) Регулативе Брисел II бис оснивају на различитим аспектима редовног боравишта брачних супружника[24] те стога нема сумње да су правила о надлежности која су установљена чланом 3 Регулативе, па тако и она из његовог става 1(a) ал. 5 и 6 осмишљена ради очувања

[22] Judgment of 18 January 1984, *Ekro*, C 327/82, ECLI:EU:C:1984:11, 11; Judgment of 9 November 2000, *Yiadom*, C-357/98, ECLI:EU:C:2000:604, 26; Judgment 16 January 2003, *Rudolf Maierhofer*, C-315/00, ECLI:EU:C:2003:23, 27; Judgment of 27 February 2003, *Truly*, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110, 35; Judgment of 27 November 2003, *Zita Modes*, C-497/01, ECLI:EU:C:2003:644, 34; Judgment of 15 July 2004, *Harbs*, C-321/02, ECLI:EU:C:2004:447, 28; Judgment of 17 March 2005, *Feron*, C-170/03, ECLI:EU:C:2005:176, 26; Judgment of 8 December 2005, *Jyske Finans*, C-280/04, ECLI:EU:C:2005:753, 34; Judgment of 14 December 2006, *Nokia*, C-316/05, ECLI:EU:C:2006:789, 21; Judgment of 18 October 2007, *KommAustria*, C-195/06, ECLI:EU:C:2007:613 24; Judgment of 6 March 2008, *Nordania Finans and BG Factoring*, C-98/07, ECLI:EU:C:2008:144, 17; Judgment of 2 April 2009, *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, 34; Judgment of 16 July 2009, *Hadadi*, C-168/08, EU:C:2009:474, 38.

[23] Предмет *Hadadi*, пара. 48.

[24] Пара. 50.

интереса брачних супружника. Овакво тумачење, према оцјени Суда, одговара циљу који поставља Регулатива јер је она установила флексибилна колизиона правила како би се узела у обзир мобилност лица и заштитила права супружника који је напустио земљу заједничког редовног боравишта, гарантујући притом постојање стварне везе између заинтересованог лица и државе чланице која врши надлежност. Дакле, Суд је утврдио да члан 3(1)(а) ал. 5 и 6 Регулативе Брисел II бис треба тумачити на начин да се лице које није један од брачних супружника, а које поднесе тужбу за поништај брака, не може позвати на основе надлежности из тих одредаба. Иако је тужба за поништај брака коју поднесе треће лице обухваћена подручјем примјене Регулативе, то треће лице мора остати везано правилима о надлежности утврђенима у корист супружника. То тумачење трећем лицу не ускраћује приступ суду јер се може позвати на друге основе надлежности из члана 3 Регулативе.

У погледу одредби које је Суд правде тумачио у поступку о претходном питању у предмету *Mikolajczyk,* Регулатива Брисел II бис *recast*, на генералној равни, није понудила прецизнија одређења од своје регулативе претходнице. Одредбе о општој надлежности из члана 3 Регулативе Брисел II бис, одредбе о подручју примјене из члана (1)(1)(а) и одредбе о изузимању од примјене из члана 1(3)(ф) су у истом тексту и нормативном исказу садржане у Регулативи Брилес II бис *recast*. Текст из прве уводне изјаве Регулативе Брисел II бис, у новој верзији се садржи у уводној изјави 3, која је у значајној мјери проширена указивањем на потребу уредног и исправног функционисања подручја правде уз поштовање различитих правних система и традиција држава чланица Европске уније, додатног унапређивања повјерења међу правосудним системима, јачања права особа, посебно дјеце, те боље сарадње правосудних и управних тијела и извршења одлука у стварима из подручја породичног права с прекограничним имплицацијама. У уводној изјави 3 нове верзије Регулативе, експлицитно се указује на потребу да се унаприједи међусобно признавање одлука у грађанским стварима[25], поједностави приступ правосуђу и олакша размјена информација међу надлежним тијелима држава чланица. Када је ријеч о тексту из уводне изјаве 8 Регулативе Брисел II бис, она се у *recast* верзији садржи у уводној изјави 9, којој је додато појашњење да одлуке о одбијању раскида брачне везе не би требале бити обухваћене одредбама о признавању из те регулативе.

[25] G. van Calster, *European Private International Law,* Hart Publishing, Oxford and Portland 2016, 30–32.

3. АКТ О РАЗВОДУ БРАКА КОЈИ ЈЕ САЧИНИО МАТИЧАР У ДРЖАВИ ПОРИЈЕКЛА У КОЈИ ЈЕ ИНКОРПОРИРАН СПОРАЗУМ О РАЗВОДУ БРАКА

Одбијање надлежног берлинског министарства да у матичну књигу вјенчаних упише акт о разводу брака који је сачинио матичар у држави поријекла и у који је инкорпориран споразум о разводу брака између брачних супружника, претходно потврђен пред матичаром, омогућило је Суду правде да се, кроз одлучивање у претходном поступку, између осталог, одреди о томе да ли се наведени акт сматра „судском одлуком“ у смислу члана 2(4) Регулативе Брисел II бис. Конкретно, ријеч је о предмету *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*[26], у којем је Суд усредсређујући се примарно на садржинско одређење израза „судска одлука“ и „суд“ из члана 2(1) и (4) наведене регулативе пресудио да се такав акт сматра „судском одлуком“, посебно у сврху примјене одредбе из члана 21(1) Регулативе Брисел II бис према којој се судска одлука донесена у држави чланици признаје у другим државама чланицама без потребе провођења било каквог посебног поступка. Исту позицију заузео је и општи правобранилац *Collins* у свом мишљењу.[27] Хипотезе за наведено признање представљају: околност да су одлуке о разводу, након судског или вансудског, поступка, донесене у држави чланици, те да право држава чланица и вансудским тијелима повјерава надлежност у области развода брака. Уколико су испуњене наведене хипотезе, одлука коју су донијела таква вансудска тијела аутоматски се признаје у другим државама чланицама. Суд правде је већ кроз своју праксу у предметима *Solo Kleinmotoren*[28] и *Sahyouni*[29], указао на потребу да одлука потиче од правосудног тијела државе чланице које самостално одлучује о питањима између странака, а што подразумијева да, када је ријеч о споразумном разводу брака, такво тијело испитује услове развода у складу са националним правом те да у складу са тим правом испитује и постојање и ваљаност сагласности брачних супружника за њихов развод. У том смислу, италијански пропис, у складу са којим је и донесен напријед поменути акт о разводу брака, у члану 12 који носи назив „Споразумни развод, заједнички захтјев за развод или престанак грађанскоправних дејстава брака и измјена услова раставе или развода пред матичаром“, између осталог предвиђа да матичар у периоду од

[26] Judgment of 15 November 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, C-646/20, ECLI:EU:C:2022:879.

[27] AG opinion of 5 May 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*, C-646/20, ECLI:EU:C:2022:357, 34, 36.

[28] Judgment of 2 June 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, EU:C:1994:221, 17.

[29] Judgment of 20 December 2017, *Sahyouni*, EU:C:2017:988, 48.

најмање 30 дана, лично и до два пута, прикупља изјаве сваког брачног супружника како би се увјерио у ваљаност и слободно изјављену вољу за споразумни развод. Матичар испитује и садржину споразума о разводу како би се између осталог увјерио да се тај споразум односи само на раскид или престанак грађанскоправног дејства брака, искључујући пренос имовине, те да брачни супружници немају малољетну дјецу или пунољетну дјецу која су пословно неспособна, имају тешки инвалидитет или нису економски независна. Ако било који или више законских услова прописаних националним правом није испуњено, матичар није овлаштен да прогласи развод.[30]

Тумачење појма „судска одлука“ према оцјени Суда не може бити доведено у питање тиме што ниједна држава чланица у свом законодавству приликом израде и доношења Регулативе Брисел II бис још није предвидјела могућност да се брачни супружници разведу вансудским путем. Наведено тумачење непосредно произилази из широких и отворених садржинских одређења појмова „суд“ и „судска одлука“ из члана 2(1) и (4) те регулативе. У прилог наведеном иде и то што је Комисија, која је својевремено истицала да настанак (историја) неке одредбе права Уније такође може бити релевантан за њено тумачење[31], на расправи у оквиру овог предмета навела да из историје настанка уводне изјаве 14 и члана 65 Регулативе Брисел II бис *recast* произилази да доношењем те регулативе законодавац Уније није намјеравао уводити иновације и увести нова правила, него само „појаснити“ с једне стране, досег правила већ садржаног у члану 46 Регулативе Брисел II бис[32] и, с друге стране, критеријум који омогућује разликовање појма „судска одлука“ од појмова „аутентичне исправе“ и „споразум међу странкама“, односно критеријум који се односи на испитивање меритума.

[30] Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162 (in S.O. n. 84, relativo alla G.U. 10/11/2014, n. 261), art. 12, *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/09/12/14G00147/sg*.

[31] Judgment of 25 June 2020, C-24/19, *Vlaanderen*, EU:C:2020:503, 37; Judgment of 9 October 2019, *Paribas*, C-548/18, EU:C:2019:848, 25; Judgment of 10 December 2018, *Wightman*, C-621/18, EU:C:2018;999, 47; Judgment of 27 November 2012, *Pringle*; C-370/12, EU:C:2012:756, 135; Judgment of 3 October 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P, EU:C:2013;625, 50; Judgment od 17 March 2016, *Parliament v Commission*, C-286/14, EU:C:2016;183, 43.

[32] Члан 46. Регулативе Брисел II бис гласи: „Писмена која су службено састављена или уписана у регистар као аутентичне исправе те која су извршива у једној држави чланици, као и споразуми између странака који су извршиви у држави чланици у којој су закључени, признају се и проглашавају извршивима под истим условима као и судске одлуке“.

И у пресуди у премету *Senatsverwaltung für Inneres und Sport* Суд правде истиче да је појмове из одредбе права Уније, која не садржи изричито упућивање на право држава чланица за утврђивање њеног смисла и досега, потребно, како се то истиче у устаљеној пракси Суда правде, тумачити на аутономан и уједначен начин, узимајући у обзир не само текст те одредбе него, како смо то поменули код предмета *Mikolajczyk*, и њен контекст и циљеве који се желе постићи прописом којег је та одредба дио.[33]

Поменимо да се из позива на уводне изјаве који је вршио Суд правде у својој пресуди, а посебно на изјаву (21) Регулативе Брисел II бис, могао иницијално извести закључак о томе у ком правцу ће се Суд одредити у конкретном предмету. Наиме, из наведене изјаве произилази да би признавање и извршење судских одлука донесених у држави чланици Европске уније требало да се базира на општем правном начелу међусобног повјерења те да разлози непризнавања треба да су сведени на најмању мјеру. „Опште правно начело међусобног повјерења подразумијева да свака држава чланица мора да претпостави да су одређене мјере које предузимају друге државе чланице у сагласности са правом Уније, да су усредсријеђене на промовисање и заштиту вриједности те европске организације и поштовање основних права *i.e.* да су њихови национални правни системи способни да омогуће заштиту тих вриједности“.[34]

У погледу одредби које је Суд правде тумачио у предмету *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, потребно је указати на околност да Регулатива Брисел II бис *recast* израз „суд“ садржински одређује на готово исти начин као и Регулатива Брисел II бис[35], док је израз „судска одлука“ замијењен изразом „одлука“. Израз „одлука“ се у Регулативи Брисел II бис *recast* садржински много детаљније одређује него што је то случај са изразом „судска одлука“ из Регулативе Брисел II бис, те се између осталог наводи да израз „одлука“ подразумијева одлуку суда државе чланице, укључујући рјешење, налог или пресуду, о разводу, законској растави или поништају брака или одлуку која се односи на ствари повезане с родитељском одговорношћу.[36] Што се тиче одредбе из напријед поменутог члана 21(1) Регулативе Брисел II бис, она се у истовјетној садржини нормира у члану 30(1) Регулативе Брисел II бис *recast*, с тим да се умјесто израза

[33] Пара. 40 пресуде *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*. Видјети и: Judgment of 6 October 1982, *Cilfit*, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, 20.

[34] Р. Драгишић, „Опште правно начело међусобног повјерења у праву Европске уније“, *Годишњак факултета правних наука* 12/2022, 134–145.

[35] Видјети члан 2(2)(1) Регулативе Брисел II бис *recast*.

[36] Видјети члан 2(1) Регулативе Брисел II бис *recast*.

„судска одлука“, користи израз „одлука“. Остаће забиљежено и то да се Суд правде у пресуди у предмету *Senatsverwaltung für Inneres und Sport* позива на Уводну изјаву 14 Регулативе Брисел II бис *recast*[37], а што је атипично, будући да се на поступак по захтјеву у том предмету примјењује Регулатива Брисел II бис.[38]

4. ТУЖБА КОЈОМ ЈЕДАН ОД РОДИТЕЉА ЗАХТИЈЕВА ОД СУДА ДА НАДОМЈЕСТИ САГЛАСНОСТ ДРУГОГ РОДИТЕЉА ЗА ПУТОВАЊЕ ДЈЕТЕТА ИЗВАН ДРЖАВЕ ЧЛАНИЦЕ ЊЕГОВОГ БОРАВИШТА И ИЗДАВАЊЕ ПАСОША НА ИМЕ ТОГ ДЈЕТЕТА

У предмету *Gogova*[39] Суд правде је појаснио своју праксу у вези са примјењивошћу Регулативе Брисел II бис на мјере које из угла националног права улазе у сферу управног права. Додатно, ријеч је о предмету који ће остати упамћен по томе што је, када је ријеч о Регулативи Брисел II бис, први пут затражено да Суд правде одлучи о томе може ли се сматрати да је странка која се не упусти у поступак пред судом прихватила надлежност суда ако је заступа привремени заступник којег је именовао тај суд иако тај заступник није оспорио надлежност суда.[40]

Национални суд је поставио три претходна питања од којих је код првог питања кључно је да ли су одобрење за путовање дјетета изван државног подручја и захтјев за издавање пасоша у ту сврху обухваћени појмом родитељске одговорности у смислу члана 1(1)(b) и члана 2 тачке 7 Регулативе Брисел II бис. Другим питањем се тражи одређење Суда о томе да ли је тужба којом један од родитеља захтијева од суда да надомјести сагласност другог родитеља за путовање дјетета и издавање пасоша обухваћена појмом „грађанске ствари“ у смислу члана 1(1) Регулативе Брисел II бис, иако је та судска одлука намијењена националној државној управи која је треба узети у обзир ради издавања дјететовог пасоша. Трећим питањем национални суд пита може ли се сматрати да је тужени који се није упустио у поступак прихватио надлежност суда у смислу члана 12(1)(b) Регулативе Брисел II бис ако га је заступао заступник којег је поставио тај суд и ако тај заступник није оспорио његову надлежност.

[37] Пара. 14 пресуде у предмету *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*.

[38] Захтјев за претходну одлуку у овом предмету Bundesgerichtshof је упутио 1. децембра 2020. године.

[39] Judgment of 21 October 2015, *Gogova*, C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710.

[40] AG opinion of 10 September 2015, Gogova, C-215/15, ECLI:EU:C:2015:725, 1, 2.

Чланом 1(1) Регулативе Брисел II бис одређено је да се она примјењује, без обзира на природу суда, у грађанским стварима која се односе на додјелу, извршавање, пренос, ограничење или одузимање родитељске одговорности. Ова регулатива садржински не одређује појам „грађанска ствар“, па стога произилази да се сходно пракси Суда правде[41], али и предметној регулативи[42], тај појам мора тумачити аутономно. И управо је у предмету *Gogova* било спорно је да ли је спор у главном поступку обухваћен појмом грађанске ствари или га треба искључити из подручја примјене Регулативе Брисел II бис јер улази у сферу управног права. Суд је стао на позицију да у прилог томе да је спор обухваћен појмом грађанске ствари говори околност да спор нема додира ни са једним случајем који члан 1(3) Регулативе искључује из свог подручја примјене. Истовремено је оцијенио да из уводне изјаве (10) Регулативе Брисел II бис произилази да намјена те регулативе није примјена на јавне мјере опште природе које се односе на образовање и здравство те да је логично да је њена намјена да се примјењује на остале јавноправне мјере опште природе које се не односе на образовање и здравство.

Када је ријеч о појму „родитељске одговорности“ у смислу члана 2 тачка 7 Регулативе Брисел II бис, чланом 1(2)(a) Регулативе прописује се да се грађанске ствари које се односе на додјелу, извршавање, пренос, ограничење или одузимање родитељске одговорности, на које се та регулатива примјењује, тичу између осталог права на контакт с дјететом. Члан 2 тачка 10 Регулативе Брисел II бис право на контакт с дјететом садржински одређује посебно као право да се дијете, на ограничено вријеме, одведе на мјесто које није његово редовно боравиште. С тим у вези, Суд је оцијенио да повести дијете на одмор код породице, па чак и у другу државу чланицу (с обзиром да члан 2 тачка 10 говори само о мјесту које није његово редовно боравиште) и поднијети захтјев за издавање пасоша у ту сврху потпуно одговара садржинском одређењу права на контакт с дјететом.

Што се тиче трећег питања, Суд правде је истакао да се не може сматрати да је тужени који се није упустио у поступак изричито прихватио надлежност суда пред којим је тај поступак покренут у смислу члана 12(3)(b) Регулативе и то искључиво на основу тога што му је тај суд, у немогућности доставе писмена којим се покреће поступак, поставио заступника по службеној дужности и што је тај заступник одговорио на тужбу у погледу меритума а да није истакао приговор нена-

[41] Judgment of 27 November 2007, *Korkein hallinto-oikeus – Finland*, C-435/06, EU:C:2007:714, 46.

[42] Уводне изјаве 4 и 5.

длежности суда. Суд је подсјетио да је основа пророгације надлежности садржана у слободи располагања странака, те оцијенио да је тиме био руковођен законодавац када је доносио Регулативу Брисел II бис јер је кроз њен члан 12(3) дозволио да странке искључе надлежност судова државе чланице у којој дијете има редовно боравиште у корист судова државе чланице с којом дијете има битну везу. Стога је, према оцјени Суда, намјера законодавца била да нагласи страначку аутономију. Међутим, будући да се надлежност суда пред којим је поступак покренут темељи на вољи странака, Суд правде је указао да је важно провјерити јесу ли обје странке доиста прихватиле ту надлежност.

Члан 12(3) Регулативе Брисел II бис успоставља правило о пророгацији надлежности омогућавајући судовима државе чланице који нису судови редовног боравишта дјетета да одлучују о захтјевима у подручју родитељске одговорности у вези с дјететом, иако пред изабраним судом није у току ниједан други поступак.[43] Јасна формулација те одредбе захтијева да се између свих странака у поступку утврди постојање изричитог или барем недвосмисленог споразума о пророгацији надлежности, најкасније на дан кад је писмено којим се покреће поступак, или једнаковриједно писмено, предато изабраном суду. У складу са уводном изјавом (12) Регулативе Брисел II бис, произлази да основа за надлежност предвиђена у њеном члану 12(3) одступа од критеријума близине, према којем о тужбама у подручју родитељске одговорности у вези с дјететом у првом реду требају одлучивати судови државе чланице у којој дијете има редовно боравиште, о чему говори и члан 8(1) те регулативе.

Суд је децидирано одредио да се о вољи туженог из главног поступка не може закључити из поступања заступника *ad litem* којег су одредили наведени судови у одсуству туженог. Заузео је позицију да, будући да заступник нема контакт са туженим, он не може од туженог добити информације нужне за прихватање или оспоравање надлежности тих судова с пуном свијешћу о релевантним околностима. Суд се у том смислу већ изјаснио у својој пракси, у пресуди у предмету *C-112/13*[44], када је указао да одсутни тужени који не зна да је против њега покренут поступак као ни за именовање привременог заступника, не може том заступнику пружити све информације потребне за оцјену међународне надлежности суда нити му омогућити дјелотворно оспоравање те надлежности или њено прихватање с пуном свијешћу о релевантним околностима. Самим тим, упуштање у поступак

[43] Judgment of 12 November 2014, *L v M*, C-656/13 L, EU:C:2014:2364, 42, 52.
[44] Judgment of 11 September 2014, *A*, C-112/12, EU:C:2014:2195, 55.

привременог заступника одсутног туженог исто се тако не може сматрати прећутним прихватањем тог туженог. Из наведеног је Суд правде закључио да се, у ситуацији попут оне у главном поступку, не може сматрати да су надлежност судова пред којима је покренут поступак изричито или на неки други недвосмислени начин прихватиле све странке у поступку, у смислу члана 12(3) Регулативе Брисел II бис.

Законодавац на равни Европске уније је „на мала врата“ кодификовао дио праксе Суда правде из предмета *Gogova*, утврдивши у уводној изјави (4) Регулативе Брисел II бис *recast* да израз „грађанске ствари“ треба тумачити тако да га је могуће проширити и на мјере које би, с гледишта правног система државе чланице, могле бити обухваћене управним правом. На овај начин је учињен и искорак у покушају садржинског одређења „грађанске ствари“. У тој регулативи су готово у истој садржини и номотехничкој нумерацији задржане правне норме из члана 2 т. 7 и 10 и члана 1(2)(а) Регулативе Брисел II бис, док су одредбе о пророгацији надлежности много јасније и прецизније прописане у *recast* верзији[45]. Одређење суда у вези са тим да ли се може сматрати да је странка која се не упусти у поступак пред судом прихватила надлежност суда ако је заступа привремени заступник којег је именовао тај суд иако тај заступник није оспорио надлежност суда, није пронашло своје мјесто у *recast* Регулативи.

5. ИЗУЗИМАЊЕ ИЗ ПРИМЈЕНЕ ЧЛАНА 8(1) РЕГУЛАТИВЕ БРИСЕЛ II БИС У КОРИСТ ПРИМЈЕНЕ ОДРЕДАБА ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ИЗ 1996. ГОДИНЕ

Национални суд је Суду правде упутио захтјев са питањем треба ли члан 8(1) Регулативе Брисел II бис, у вези са њеним чланом 61 тачка (а) тумачити на начин да суд државе чланице пред којим се води спор о родитељској одговорности задржава надлежност за одлучивање у том спору на основу члана (1) ако је редовно боравиште дјетета током поступка законито пренесено на државно подручје треће земље која је страна Хашке конвенције из 1996. године.

Чланом 8(1) Регулативе, надлежност у стварима повезаним с родитељском одговорношћу додијељена је судовима државе чланице у којој дијете има своје редовно боравиште у тренутку покретања поступка. Због своје географске близине, ти су судови на генералној равни у најбољем положају да оцијене мјере које треба донијети у интересу дјетета, на што је Суд правде већ указао у предмету *Deti-*

[45] Члан 12 Регулативе Брисел II бис *recast*.

ček[Ч]. Члан 8(1) Регулативе израз је начела задржавања надлежности суда, према којем тај суд не губи своју надлежност чак ни када би до промјене мјеста редовног боравишта дјетета о којем је ријеч дошло у току поступка. Међутим, Суд правде је још у пресуди у предмету *C-393/18 PPU*[46], указао да ни из структуре члана (1) не произилази да треба сматрати да се подручје примјене те одредбе односи само на спорове који укључују односе између судова држава чланица. Супротно томе, правило о општој надлежности из члана 8(1) може се примијенити на спорове који укључују односе између судова државе чланице и судова треће државе. У предметном случају Суд правде је требало да одговори примјењује ли се правило из члана 8(1) Регулативе када је трећа држава, на чије је државно подручје проведен законит пренос редовног боравишта дјетета у току поступка, странка Хашке конвенције из 1996. године. Наиме, члан 61 тачка (а) Регулативе Брисел II бис предвиђа да се у односу према Хашкој конвенцији из 1996. године, та регулатива примјењује ако дијете има редовно боравиште на државном подручју државе чланице. Из ове одредбе се закључује да она уређује односе између држава чланица, које су све ратификовале Хашку конвенцију из 1996. године или су јој приступиле, и трећих држава које су такође странке те конвенције, на начин да се правило о општој надлежности из члана 8(1) Регулативе престаје примјењивати ако је редовно боравиште дјетета пренесено током поступка с државног подручја државе чланице на државно подручје треће државе која је странка наведене конвенције. Контекст члана 61 тачка (а) Регулативе Брисел II бис у служби је тог тумачења. Важно је истаћи да се у тој одредби, за разлику од члана 60 Регулативе, не наводи да је њено подручје примјене ограничено на односе међу државама чланицама. Исто тако, сасвим је сигурно да, иако се у члану 8(1) у бити појашњава да је надлежност у стварима повезаним с родитељском одговорношћу на суду државе чланице у којој дотично дијете има редовно боравиште у тренутку покетања поступка, члан 61 тачка (а) Регулативе не садржи исто појашњење. Из наведеног произилази да се, супротно оном што је законодавац Уније предвидио када је ријеч о првој одредби, на основу члана 61 тачка (а) може сматрати да је редовно боравиште дјетета у смислу те одредбе оно боравиште које постоји у тренутку када надлежни суд одлучује, тако да, ако то боравиште у том тренутку више није успостављено на државном подручју држве чланице, него на подручју треће државе, странке Хашке конвенције из 1996 године, примјена члана 8(1) Регулативе мора се искључити у корист примјене одредаба Конвенције. Наведено потврђује члан 61 тачка b Регулативе, у којем је прописано да се та регула-

[46] Judgment of 17 October 2018, *UD*, EU:C:2018:835, 33–41.

тива примјењује када је ријеч о признавању и извршењу судске одлуке донесене пред судом једне државе чланице, на државном подручју друге државе чланице, чак и ако дијете о којем је ријеч има редовно боравиште на државном подручју треће земље која је потписница Хашке конвенције из 1996 године. Стога из заједничког тумачења члана 61 т. (a) и (b) наведене регулативе произлази да се њен члан 8(1) престаје примјењивати ако је редовно боравиште дјетета пренесено на државно подручје треће земље стране Хашке конвенције из 1996 године прије него што је одлучивао надлежни суд државе чланице пред којим се води спор о родитељској одговорности. Насупрот томе, у случају да до промјене редовног боравишта дјетета дође након што тај суд донесе одлуку, та промјена није препрека томе да се, на основу члана 61 тачка (b) те регулативе, њене одредбе примјењују на признавање и на извршење такве одлуке на државном подручју друге државе чланице. Ограничење примјене члана 8(1) Регулативе Брисел II бис од тренутка у којем дијете више нема редовно боравиште на државном подручју државе чланице, него на подручју треће земље, странке Хашке конвенције из 1996 године, наметнуто чланом 61 тачка (a) те регулативе, такође је у складу с намјером законодавца Уније да се не доведу у питање одредбе те конвенције. У том погледу, ваља нагласити да су, у складу с чланом 5(2) Хашке конвенције из 1996. године, у случају промјене редовног боравишта дјетета у другу државу уговорницу, надлежна тијела новог редовног боравишта. Ако би суд државе чланице, на основу правила о задржавању надлежности суда из члана 8(1) Регулативе Брисел II бис, требао задржати своју надлежност, упркос законитом преносу у току поступка редовног боравишта дјетета на државно подручје треће земље, странке Хашке конвенције из 1996 године, такво би продужење надлежности било у супротности и са чланом 5(2) те конвнеције и с њеним чланом 52(3). Прихатање таквог тумачења члана 8(1) Регулативе, којим би се стога занемарио досег члана 61 тачка (a) те регулативе, довело би до тога да државе чланице поступају противно својим међународним обавезама, на што је Суд правде већ указао у предмету *C-603/20 PPU*[47]. У коначници, изузимање из примјене члана 8(1) Регулативе Брисел II бис у корист примјене одредаба Хашке конвенције из 1996 године не доводи само по себи до угрожавања најбољих интереса дјетета, с обзиром на то да судови држава странака те конвенције морају осигурати да су ти интереси у складу с њеном четвртом уводном изјавом, од примарне важности. С обзиром на наведено, Суд правде је одлучио да члан 8(1) Регулативе Брисел II бис, у вези са њеним чалном 61 тачка (a),

[47] Judgment of 24 March 2021, *MCP*, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231, 56.

треба тумачити на начин да суд државе чланице пред којим се води спор о родитељској одговорности не задржава надлежност за одлучивање о том спору на основу члана 8(1) Регулативе ако је редовно боравиште дјетета у току поступка законито пренесено на државно подручје треће земље која је страна Хашке конвенције из 1996 године.

6. ЗАКЉУЧАК

У свјетлу предмета из праксе Суда правде који су у фокусу овог рада, може се закључити да је законодавац на равни Европске уније „на мала врата“ кодификовао дио те праксе, посебно оне из предмета *Gogova*, гдје је утврдио у уводној изјави (4) Регулативе Брисел II бис *recast* да израз „грађанска ствар“ треба тумачити на начин да га је могуће проширити на мјере које би, с гледишта правног система државе чланице, могле бити обухваћене управним правом. Дакле, извршен је искорак у покушају садржинског одређења „грађанске ствари“. Када је ријеч о тужби за поништење брака коју подноси треће лице, односно када је ријеч генерало о предмету *Mikolajczyk* и у њему наведених правних норми и уводних изјава, закључак је да се кроз овај предмет сасвим јасно види да је нормативни дио у *recast* Регулативи готово идентичан са оним из регулативе претходнице, док су уводне изјаве проширене и обогаћене у новој верзији. Међутим, судска пракса из овог предмета није кодификована у новом пропису.

Остаће забиљежено и то да се Суд правде у пресуди у предмету *Senatsverwaltung für Inneres und Sport* позива на Уводну изјаву 14 Регулативе Брисел II бис *recast*, а што је атипично, будући да се на поступак по захтјеву у том предмету примјењује Регулатива Брисел II бис. У овом предмету, захваљујући широким и отвореним садржинским одређењима појмова „суд“ и „судска одлука“ у Регулативи Брисел II бис, Суд правде је утврдио да се судском одлуком сматра акт о разводу брака који је сачинио матичар у држави поријекла и у који је инкорпориран споразум о разводу брака између брачних супружника, претходно потврђен пред матичаром. Регулатива Брисел II бис *recast* израз „суд“ садржински оређује на готово исти начин као и њена регулатива претходница, док је израз „судска одлука“ у новој регулативи замијењен изразом „одлука“ и садржински се много детаљније одређује. Одредбе о пророгацији надлежности су јасније и прецизније прописане у *recast* верзији, што се јасно види из члана 12 тог извора права. Са друге стране, пракса суда која се одређује о томе може ли се сматрати да је странка која се не упутсти у поступак пред судом прихватила надлежност суда ако је заступа привремени заступник којег је именовао тај суд иако тај заступник није оспорио надлежност суда,

није нашла своје мјесто у *recast* Регулативи. Однос према Хашкој конвенцији из 1996. године у *recast* Регулативи (члан 97) је детаљније регулисан него што је то случај са регулативом претходницом (члан 61). Из свега наведеног, може се извести закључак да ће и у будућем периоду, када је ријеч о питањима која су у фокусу овог рада, указивање на устаљену праксу Суда правде бити доминантно.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Geert, van Calster, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2016;
2. Драгишић, Радмила, „Примјена Регулативе Брисел II бис на остваривање права на контакт с дјететом ширег породичног круга лица“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу* 90/LX, 2021;
3. Драгишић, Радмила, „Концепт редовног боравишта кроз одабране изворе Међународног приватног права и јуриспруденцију Суда правде Европске уније – функционални приступ насупрот стриктног текстуализма“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу* 94/LXI, 2022;
4. Драгишић, Радмила, „Опште правно начело међусобног повјерења у праву Европске уније“, *Годишњак факултета правних наука* 12/2022.

Правни извори

1. Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale - Déclaration annexée au procès- verbal du Conseil, adoptée au cours du Conseil «Justice et affaires intérieures» des 28 et 29 mai 1998 lors de l'établissement de la convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale;
2. Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, *OJ* L 160, 30.6.2000;
3. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. *OJ* L 338, 23.12.2003. *OJ* L 201, 27.7.2012;
4. Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the

matters of parental responsibility, and on international child abduction. *OJ* L 178, 2.7.2019;

5. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162 (in S.O. n. 84, relativo alla G.U. 10/11/2014, n. 261), art. 12. Disponibile al link: *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/09/12/14G00147/sg*;
6. Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession;
7. The Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (HCCH). *OJ* C 221, 16.7.1998;
8. The Hague Convention of 25 October 1980 on Civil Aspects of International Child Abduction or Hague Abduction Convention, Hague Conference on Private International Law (HCCH).

Судске одлуке

1. AG opinion of 10 September 2015, Gogova, C-215/15, ECLI:EU:C:2015:725;
2. AG opinion of 26 May 2016, ECLI:EU:C:2016:367;
3. AG opinion of 5 May 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, C-646/20, ECLI:EU:C:2022:357.
4. Judgment 16 January 2003, *Rudolf Maierhofer*, C-315/00, ECLI:EU:C:2003:23;
5. Judgment od 17 March 2016, *Parliament v Commission*, C-286/14, EU:C:2016;183;
6. Judgment od 18 May 2000, *KVS International BV*, C-301/98, ECLI:EU:C:2000:269;
7. Judgment of 1 March 2007, *Schouten*, C-34/05, ECLI:EU:C:2007:122;
8. Judgment of 10 December 2018, *Wightman*, C-621/18, EU:C:2018;999;
9. Judgment of 11 July 2013, *Csonka*, C-409/11, ECLI:EU:C:2013:512;
10. Judgment of 11 September 2014, *A*, C-112/12, EU:C:2014:2195;
11. Judgment of 12 February 2012, *Klarenberg*, C-466/07, ECLI:EU:C:2009:85;
12. Judgment of 12 November 2014, *L v M*, C-656/13 L, EU:C:2014:2364;
13. Judgment of 13 November 2003, *Granarolo*, C-294/01, ECLI:EU:C:2003:611;
14. Judgment of 13 October 2016, *Mikolajczyk*, C-294/15, ECLI:EU:C:2016:772;
15. Judgment of 13 September 2013, *Van Buggenhout & Van de Mierop*, C-251/12 ECLI:EU:C:2013:566;

16. Judgment of 14 December 2006, *Nokia*, C-316/05, ECLI:EU:C:2006:789;
17. Judgment of 14 November 2002, *Baten*, C-271/00, EU:C:2002:656;
18. Judgment of 14 October 1999, *Adidas*, C-223/98, ECLI:EU:C:1999:500, p. 23;
19. Judgment of 15 April 2021, *The North of England P & I Association*, C-786/19, EU:C:2021:276;
20. Judgment of 15 July 2004, *Harbs*, C-321/02, ECLI:EU:C:2004:447;
21. Judgment of 15 March 2015, *Litaksa*, C-556/13, ECLI:EU:C:2015:202;
22. Judgment of 15 November 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, C-646/20, ECLI:EU:C:2022:879;
23. Judgment of 16 July 2009, *Hadadi*, C-168/08, EU:C:2009:474;
24. Judgment of 17 March 2005, *Feron*, C-170/03, ECLI:EU:C:2005:176;
25. Judgment of 17 November 1983, *Merck*, C-292/82, ECLI:EU:C:1983:335;
26. Judgment of 17 October 2018, *UD*, EU:C:2018:835;
27. Judgment of 18 January 1984, *Ekro*, C 327/82, ECLI:EU:C:1984:11;
28. Judgment of 18 October 2007, *KommAustria*, C-195/06, ECLI:EU:C:2007:613;
29. Judgment of 19 December 2013, *Fish Legal & Shireley*, C-279/12, EU:C:2013:853;
30. Judgment of 19 July 2012, *ebookers.com Deutschland*, C-112/11 ECLI:EU:C:2012:487;
31. Judgment of 19 September 2000, *Germany v Commission*, C-156/98;
32. Judgment of 2 April 2009, *A*, C-523/07, EU:C:2009:225;
33. Judgment of 2 June 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, EU:C:1994:221;
34. Judgment of 20 December 2017, *Sahyouni*, EU:C:2017:988;
35. Judgment of 21 February 1984, *Nikolaus Brennerei und Likörfabrik*, C-337/82, ECLI:EU:C:1984:69;
36. Judgment of 21 February 2013, C-243/11, *Levensverzekeringen NV*, EU:C:2013:85;
37. Judgment of 21 October 2015, *Gogova*, C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710;
38. Judgment of 22 November 2012, *Brain Products*, C-219/11, ECLI:EU:C:2012:742;
39. Judgment of 24 March 2021, *MCP*, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231;
40. Judgment of 25 June 2020, C-24/19, *Vlaanderen*, EU:C:2020:503;
41. Judgment of 27 February 2003, *Truly*, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110;
42. Judgment of 27 November 2003, *Zita Modes*, C-497/01, ECLI:EU:C:2003:644;
43. Judgment of 27 November 2007, *Korkein hallinto-oikeus – Finland*, C-435/06, EU:C:2007:714;
44. Judgment of 27 November 2012, *Pringle*; C-370/12, EU:C:2012:756;

45. Judgment of 3 December 2009, *Yaesu Europe*, C-433/08, ECLI:EU:C:2009:750;
46. Judgment of 3 October 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P, EU:C:2013;625;
47. Judgment of 3 October 2013, *Schneider*, C-386/12, EU:C:2013:633;
48. Judgment of 31 March 2022, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, C-231/21, EU:C:2022:237;
49. Judgment of 4 May 2010, *TNT Express Nederland BV*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243;
50. Judgment of 6 July 2006, *Commission* v *Portugal*, C-53/05;
51. Judgment of 6 March 2008, *Nordania Finans and BG Factoring*, C-98/07, ECLI:EU:C:2008:144;
52. Judgment of 6 October 1982, *Cilfit*, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335;
53. Judgment of 7 December 2006, *SGAE***,** C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764;
54. Judgment of 8 December 2005, *Jyske Finans*, C-280/04, ECLI:EU:C:2005:753;
55. Judgment of 9 November 2000, *Yiadom*, C-357/98, ECLI:EU:C:2000:604;
56. Judgment of 9 October 2019, *Paribas*, C-548/18, EU:C:2019:848;
57. Judgment of the Court of 10 December 2002, *British American Tobacco and Imperial Tobacco*, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741;

Assistant Professor Boris Tučić LL.D.

Faculty of Security Science, University of Banja Luka

Radmila Dragišić, LL.M.

PhD student at the Faculty of Law, University of Banja Luka

CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AS A MEANS OF CLARIFYING PROVISIONS OF THE BRUSSELS II BIS REGULATION

Summary

This paper focuses on decisions rendered by the Court of Justice of the European Union in the preliminary ruling procedure. The purpose of the said decisions was to interpret and clarify specific provisions of the Regulation of the Council (EC) 2001/2003 from 27 November 2003 concerning jurisdiction, cross-border recognition, and application of court decisions in matrimonial and matters of parental responsibility (the Brussels Regulation II bis). This refers to decisions issued in response to requests for preliminary ruling filed prior to 1 August 2022, when the recast (a consolidated version) of the Regulation came into effect. The rulings concern matters such as a lawsuit for annulment of marriage filed by the third party, a divorce certificate issued by the marriage registrar in the country of origin that contains a divorce agreement, a lawsuit filed by one parent requesting from the court a child travel consent and exemption from application of Article 8(1) of the Brussels II bis Regulation in favor of provisions of the Hague Convention from 1996 governing jurisdiction, applicable law, cross-border recognition, and application of court decisions in matrimonial and matters of parental responsibility. Analysis of specific examples of the case law of the Court of Justice has proven particularly convenient for assessing the clarity of this secondary source of law in the European Union and for deciding whether provisions of the recast Brussels II bis Regulation address these issues more adequately compared to provisions of the repealed Brussels II bis Regulation.

Key words: *Private international law of the European Union; The Hague Convention from 1996; The Regulation Brussels II bis; Preliminary ruling procedure; Creation, interpretation and application of the law.*

UDC/УДК 340.131
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Professor Emeritus Csaba Varga, LL.D.

Pázmány Péter Catholic University, Department of Legal Philosophy
Budapest, Hungary

THE LOGICAL AND SYSTEMS THEORETICAL PRESUPPOSITIONS OF THE LAW'S COMPLETENESS: LAW AS RULE AND LAW AS NORM

Gaps in the law and the completeness of the law only become relevant issues when we consider the law as norms and treat it as a system itself. Albeit in language use, 'rule' and 'norm' are mostly taken as synonyms interchangeable, the former signals that there is a normative message made available and the latter stands for the logically processed conceptual embodiment of such a message. As norms presuppose a quasi axiomatic ideal of conceptualising and logifying the law, they are at home only in regimes of the Civil Law where they are construed to form a Rechtsdogmatik. (For, in contrast to it, Common Law is mostly casual exemplification.) Or, the norm is a logical unit, indeed, while the rule is a kind of proposition. Accordingly, reconstruction can as well reveal that either no norm or several norms are in fact expressed in and by a given rule.

Key words: Civil Law; Common Law; law as rule; law as norm; conceptualisation; logicisation; systemic treatment; gaps in law; completeness of the law.

1. THE LAW'S DOCTRINAL TREATMENT

"Legal Gaps and the Completeness of Law"? There is an obvious discrepancy between the ultimately utopian wish for the completeness of the law and the always acute reality of the gaps in law. Desideratum is the one and the limitation of human access to any kind of perfection is the other. But the question is given, and with it the impulse to answer; one towards a *de lege lata* and the other towards a *de lege ferenda* legal inquiry.

Czaba Varga, *varga@jak.ppke.hu.*

For any viable approach, one of the preliminary questions is: what kind of law can have a gap? One answer is immediately obvious: a gap can occur in the law in which, without such gaps, we could speak of the completeness of the legislation. The other preliminary question is whether there are, or can be, laws in which this question is not relevant at all, because it would make no sense at all.

It is at this point that the understanding of law as a rule and/or norm becomes interesting, with our own law belonging to the legal family of the European continental Civil Law. For it is essentially structured deductively according to the *Stufenbaulehre* of the law derived from the law's top basic norm step by step, a theory initiated by Adolf Merkl and laid down by Hans Kelsen, that is, a theory of derivation from principles to rules and to the latters' specification through either rules in details or rules in exception. Considering that, accordingly, the law here is conceptualised and treated as a systemic whole, any operation in law cannot be but based on nothing but logical operations on its body of rules. Or, this foresees a system that can be only as complete and perfected as it is constructed as such, that is to say, always only approximately at the most.

This is not the case of the family of laws developed as Anglo-Saxon and has now become Anglo-American law as Common Law, for the main body of the law here is not some abstract general law, but the practice of prior decisions used as precedents from the induction and analogisation of which the judge makes his decision, in the course of which – against any prior relevance of the facts depending on what are the legal facts that may make a case in law, as in the realm of the Civil Law – the judge weighs up all the circumstances of the case.[1]

The present paper attempts to outline this duality of rule/norm, concluding that the conceptualisation of both the gaps in law and the completeness of the law can be a relevant issue only provided that the law is conceptualised and logified within the conceptual framework considering law as a norm and treating it as a system.

2. RULE/NORM

From the wide range of linguistic expressions used in controlling human behaviour, the dilemma of whether 'rule' or 'norm' is at stake when anything is ordered is not a usual scholarly issue. The answer can be de-

[1] Cf. Cs. Varga, *Comparative Legal Cultures: On Traditions Classified, their Rapprochement & Transfer, and the Anarchy of Hyper-rationalism*, Szent István Társulat, Budapest 2012 and also Cs. Varga, *Theory of Law: Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*, Szent István Társulat, Budapest 2012.

rived neither from the historical etymology of these words nor from investigations into the history of ideas that may have inspired or merely matched one or another language use. Although their accustomed usages may be different compared to each other, in most attempts at a theoretical definition they are still referred to as synonyms. Accordingly, the preferred usage depends on mere habits of parlance in practice. However, such habits may be organised into various blocks which may generate additional meanings that may also lead to a kind of separation with some theorisation added.

3. ORIGINS AND CONTEXTURE

The term 'rule' ['*règle*', '*regel*', '*regola*', '*regla*'] originates from the Latin *'regula'*, while 'norm' stems from Latin *'norma'* as used to denote a tool applied by masons and carpenters in ancient Rome to draw a straight line. In its present sense, 'norm' – as mostly seen in its derivatives 'normal, 'normality', etc. – is a product of 19th-century development, differentiating and homogenising human conditions, social processes and attitudes of production by adjusting them to previously set standards. To denote 'standard', the term 'norm' was first used in pedagogy and then in health care, and later on, during the same century, it was also extended to standardisation in production and technology, isolating, defining, combining and re-organising industrial processes as a series of patterns.[2]

Let us mention, as an illustrative example of incidentalities in the history of the use of words, that in its original meaning, '*rule*' once served to express some basic wisdom or *adage*, summarising the versatility of Roman jurists indefatigably searching for the principles of a justifiably right solution; instead of the causal succession meant by the expression of "if […], then […]", implying conditional repetition firstly describing and, then, partly prescribing those facts which may in their conceptual generality constitute a case and, partly, also ascribing a sanction to them.[3]

According to its philosophical definition, a rule is a "formula indicating or prescribing what is to be done in a certain situation", noting that its prescriptive use affords a criterion with selective force, and that no such use shall be overshadowed by those recently spreading constative uses that

[2] Cf., e.g., M. Foucault, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Gallimard, Paris 1975, 186 and G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Presses Universitaires de France, Paris 1979, 175.

[3] Cf. Cs. Varga, *The Paradigms of Legal Thinking*, Szent István Társulat, Budapest 2012, 33–34.

are – mostly as connected with the senses of 'regular/irregular' or 'regularity', etc. – worded as if they were merely descriptive.[4]

On the other hand, a *norm* is the "concrete type or abstract formula of what has to be done, at the same time including a value judgement in the form of some kind of ideal or rule, aim or model"; we should note that norms are mostly formulated to express some logical thought or act of will, free representation or emotion, or ideal of beauty.[5]

While norm is a "synonym of »rule«" (with the latter regarded as somewhat "more general"[6] or "more wide and generic"[7]), it is remarkable that in everyday usage a *rule* is still primarily an explicit or posited formulation as the in-itself neutral and historically accidental outcome of some 'rule-enactment' or 'regulation', while a *norm* is either the logical (logified) form of the above or the logical (normative) prerequisite of an act of regulation itself.

This explains why '*rules*' may either draw from experience or govern a game, e.g., of the law [*Spielregeln & Rechtsregeln*]. All of this is unproblematic in so far as we are interested in them as the manifestation of, or access to, something. As to its apparent pair, '*norms*' enter the scene when the rule's intended or probable notation becomes problematic and requires further investigation in a way that, proceeding from the rule as the presentation of something made accessible to us, we start searching for an identifiable message by means of the former's logical (etc.) analysis.

It is surely not by mere chance – whether or not there is merely a linguistic difference between them[8] – that we can hardly speak of 'creation of norms'; and we only speak of 'provision of norms' when we intend to emphasise either the field as being "normed" (ordained under regulation) or the artificiality of that regulation.

The above seems to be substantiated by the fact that while in the English language, for instance, historical dictionaries specify more than twenty entries of meaning and fields of application for the single word '*rule*', each of these is still related exclusively to the availability or prevalence of a given measure of behaviour, either indicating or merely carrying and/or

[4] A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris [1926] 1991, 906–907. According to O. Weinberger's similar formulation – "The Role of Rules", *Ratio Juris* 3/1988, 224–240, 225, "Rules are advice to be used in determining action."

[5] M. Troper, D. Lochak, "Norme", *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie juridique* (ed. A.-J. Arnaud), Paris 1988, 691.

[6] E.g., J.-F. Perrin, "Règle", *Archives de Philosophie du Droit* 35/1990, 245–255.

[7] P. Borsellino, "Norms", *The Philosophy of Law: An Encyclopedia* (ed. C. B. Gray), II, Garland, New York 1999, 596.

[8] As asserted by C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien 1971.

enforcing it, without any of them claiming even incidentally that the rule itself can serve as the *denotatum* (with the objectification itself or its communication embodying this very measure either through its textuality and grammatical make-up or owing to the logical interrelationship among its elements).[9] Moreover, the pervasive strength of the English language mentality is shown by the fact that not even the amazingly late and slow spread of the word '*norm*' provoked any change. That is, in English, until linguistic analysis grew into the main trend of moral philosophising in the first decade of the 20th century, the word 'norm' had exclusively been used to refer to some standard, pattern or measure made available, and by no means in order to imply that the standard, pattern or measure itself could have been embodied (objectified) by it in such a way that one, and exclusively one, single correct meaning could be extracted from such an embodiment.[10]

According to current language use, we do not substitute 'logic of rules' to 'logic of norms'. In no way in everyday practice do we equate the two terms with each other. Only a 'logic of norms' can be thought of, accepting in advance that nothing but linguistic propositions conceived of (or prepared so as to serve) as logical units can be subjected to either logical operation or any genuine linguistico-logical analysis.

4. DENOTATIONS

All this may lead us to the conclusion that in actual practice and according to a nominal definition, '*rule*' and '*norm*' denote the same thing, the former being considered from the point of view of making it accessible (communicable) as a message and the latter from that of logic, of internal coherence and consequentiality of contents. Yet regarding either their *genus proximum* or *differentia specifica*, we have to realise that both their conceptual volume and their extension will be different. For no norm can be found in a rule automatically; it is mental reconstruction regarding its message that may generate one. By itself, rule is but a specific linguistic expression, while in logic the norm states an abstract logical relation. They have in common the fact that neither of them is issued by itself. A rule may come into being if thematised (expressed, declared, posited, etc.) as such, and a norm, if a logical form is drawn from it as a result of mental operations in intellectual (re)construction. Notwithstanding all this, this duality

[9] *The Compact Edition of the Oxford English Dictionary: Complete Text Reproduced Micrographically*, I–II, Oxford University Press, Oxford 1971, 2599–2600.

[10] It is to be noted that, from 1676 on, the word appeared in the form of *'norma/normae'*, always italicised as a borrowance from the Latin, and started to spread as *'norm'* only from 1885, albeit between 1821 and 1877 mostly in pairs of synonyms such as, e.g., '*norm or model'*, '*norm and measure'* or '*norm or principle'*. *Ibid.*, 1942.

is not to be related as to form and content to one another. Moreover, rule and norm are not co-extensive. After all, rules differing by expression, words and structures as well as by language and culture may be logified as expressing the same norm. And likewise, the same rule (in case of intentional or unintentional ambiguity, or misprinting, etc.) may be reconstrued as differing norms.

5. CIVIL LAW VS. COMMON LAW

As known, it is the norm that has become the cornerstone of theoretical system-construction in our continentally rooted Civil Law, based upon the axiomatic inclination to logicisation. It is by no mere chance that the construction of Kelsen's Pure Theory of Law is founded on the *Grundnorm* taken as the very basic norm, as it builds the derivation of validity throughout the entire prevailing law and order on either direct logical or indirect linguistic (conceptual) inference [*Ableitung*]. Accordingly, the norm is conceived as a *logical unit* that has been generated through logical reconstruction and can be subject to further logical operations. Therefore, it is by no means chance either that both the need for and the conceptual performance of a *doctrinal study of the law* – with the call for a meta-system strictly conceptualised and rigidly logified upon the law (taken as a thoroughly consistent body of text as concluded from its elements[11]) – were formed in the Civil Law. (It is to be noted, too, that a theory of norms serving as a *Rechtsdogmatik* can be erected with no concept of rule implied,[12] and that a theory of rules dedicated to the law's phenomenal form can also be built up on the exclusive basis of norm-concepts.)

On the other hand, the *Common Law* culture which, instead of striving either for an exhaustive conceptual representation and textual embodiment (objectification) of the law or to its re-establishment according to axiomatic ideals, and also instead of reducing security in law to logical deducibility from previously set propositions, rather focusses on social directness, the rectifying medium of everyday experience and feedback drawn from dilemmas of decision on the level of common sense as organically rooted

[11] Cf. Cs. Varga, "The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion", *Acta Juridica Hungarica* 1/2009, 1–30 and Cs. Varga, "Rechtsdogmatik and its Place in Practical and Theoretical Jurisprudence", *Collection of Papers "Law Between Creation and Interpretation"*, vol. I (eds. D. Ćeranić, S. Ivanović, R. Lale, S. Aličić), East Sarajevo 2023, *https://www.pravni.ues.rs.ba/Download/Zbornik-Pravo_izmedju_stvaranja_i_tumacenja/Tom_1.pdf*, 1 November 2023, 341–353.

[12] H. Kelsen in his final theory of norms – *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien 1979 – supplies an illustrative example by avoiding any use of 'rule' (except as part of the term 'rule of law', with 'rule' meaning just domination or control).

in tradition, as well as the force of social continuity able to provide a framework for both preservation and renewal of the law – does speak in terms of *rules* as an exemplification of the law, that is, as an accidental manifestation and incidental actualisation in situations when one has to declare what the law is.[13]

Yet, if a rule is unconceptualised (without ever being conceptually related, analysed, and/or classified), that is, if neither logical *conceptualisation* nor any systemic idea stands behind the practical act of *denomination*,[14] then it is to be doubted whether a *Rechtsdogmatik* can ever be erected upon such a scheme. For no doctrine can be built without norms.

If and in so far as the *norm* is a *logical unit*, the *rule* is a kind of *proposition*. As to their environment, norms may stand both on their own and in a systemic context. On the other hand, rules do presuppose principles, standards and policies that can, without being rules themselves, demarcate the sphere of the rules' relevance or applicability.[15]

It is only the "scientific" methodology of the doctrinal study of law that can answer how and to which depth the unlimited demand for logical correlation, consequence and coherence may (if at all) be complemented with axiologically founded *teleological* considerations. Therefore, the introduction of either broader (socially sensitive) definitions (in confronting, e.g., free law to exegesis) or brand new aspects (in, e.g., teleological interpretation) in an established discourse in the Civil Law may equally induce debates shattering normativism's basic claim. By contrast, the scientific approach to law in the Common Law may openly admit that law can only

[13] This is well illustrated by academic literature drawing historically from the classical heritage of Jewish or Roman Law which uses exclusively the term of 'rule' as a phenomenal designation. Cf., e.g., D. van der Merwe, "*Regulae iuris* and the Axiomatisation of the Law in the Sixteenth and Early Seventeenth Centuries", *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 3/1987, 286–302; G. Kalinowski, "L'interprétation du droit: ses règles juridiques et logiques", *Archives de Philosophie du Droit* 30/1985, 171–180; M. Clanchy, "A Medieval Realist: Interpreting the Rules at Barnwell Priory, Cambridge", *Perspectives in Jurisprudence* (ed. E. Attwooll), University of Glasgow Press, Glasgow 1977, 176–194; I. D. Campbell, "Are the Rules of Precedent Rules of Law?", *Victoria University College Law Review* 1/1956, 7–27; M. Jackson, "Austin and Hart on Rules", *Edinburgh Philosophy Journal* March/1985, 24–26; I. M. Rosenberg, Y. L. Rosenberg, "Advice from Hillel and Shammai on How to Read Cases: Of Specificity, Retroactivity and New Rules", *The American Journal of Comparative Law* 3/1994, 581–598; C. A. Frierson, "'I Must Always Answer to the Law…': Rules and Responses in the Reformed *Volost* Court", *The Slavonic and East European Review* 2/1997, 308–334.

[14] Cf. Cs. Varga, *Codification as a Socio-historical Phenomenon*, Szent István Társulat, Budapest 2011.

[15] Practically the entire oeuvre of R. M. Dworkin – starting from his paper on "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review* 1967/1, 14–46 – served just the explication of this.

cover the field of *practical reason* in which sober everyday considerations can be used by preference.

6. CONCLUSION

In sum, the dilemma of "rule and/or norm" carries the marks of ambivalence inherent in coupling linguistic conventionalisation with attempts at theoretical (logifying and analytical) system-building.

In the final analysis, both can be used as conceptually justified in their own place and within their own context respectively. For language is used instrumentally and according to established habits, while concepts are formed as mental representations according to homogenising requirements set up by the given theoretical outlook.[16]

All in all, we have thereby justified the moment of identity, ambivalence, and also duality, inherent in the terminological dilemma of "rule and/or norm". Despite any remaining conceptual uncertainty, we may find it fortunate that the scholarship that developed in both German and Hungarian language cultures belongs to the orbit of Civil Law, which differentiates between the mere act of signalling the fact that there is a normative message made available and the logically processed conceptual embodiment (objectification) of such a message.[17]

[16] Also cf. N. Bobbio, "Norma giuridica", *Novissimo digesto italiano* XI (eds. A. Azara, E. Eula), Torino 1965, 330–337; A. Ross, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London 1968; R. Alexy, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought* (eds. N. MacCormick, S. Panou, L. L. Vallauri), Steiner, Stuttgart 1985, 13–29; G. Robles, "Was ist eine Regel?", *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart* (eds. T. Eckhoff, L. Friedman, J. Uusitalo), Duncker & Humblot, Berlin 1986, 325–338; E. Wiederin, "Regel, Prinzip, Norm: Zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Josef Esser", *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre: Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86* (eds. S. Paulson, R. Walter), Manz, Wien 1986, 137–166; J. Wróblewski, "Legal Rules in the Analytical Theory of Law", *Studies in the Theory and Philosophy of Law* 2/1986, 91–110; J. Combacau, "De la régularité à la règle", *Droits* 4/1986, 3–10; F. Kratochwil, "Rules, Normes, Values, and the Limits of 'Rationality'", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 3/1987, 312–329; S. A. Landers, *Rules and the Concept of a Rule in Law and Legal Theory* White Swan House, Godstone 1991; G. Kucsko-Stadlmayer, "Rechtsnormbegriff und Arten der Rechtsnorm", *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre* (ed. R. Walter), Manz, Wien 1992, 21–36; C. R. Sunstein, "Problems with Rules", *California Law Review* 4/1995, 953–1026; A. H. Goldman, "Rules in the Law", *Law and Philosophy* 6/1996, 581–602.

[17] Cf. also Ч. Варга, "Појам права у Лукачевој онтологији", *Марксистичка Мисао* 3/1983, 189–209.

LIST OF REFERENCES

Books

1. Alchourrón, Carlos E., Bulygin, Emilio, *Normative Systems*, Springer, Wien 1971;
2. Canguilhem, Georges, *Le normal et le pathologique*, Presses Universitaires de France, Paris 1979;
3. *Compact Edition of the Oxford English Dictionary: Complete Text Reproduced Micrographically, The*, I-II, Oxford University Press, Oxford 1971;
4. Foucault, Michel, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Gallimard, Paris 1975;
5. *The Philosophy of Law: An Encyclopedia* (ed. C. B. Gray), II, Garland, New York 1999;
6. Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien 1979;
7. Lalande, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris [1926] 1991;
8. Landers, Scott Adam, *Rules and the Concept of a Rule in Law and Legal Theory* White Swan House, Godstone 1991;
9. Opałek, Kazimierz, *Theorie der Direktiven und der Normen*, Springer, Wien 1986;
10. Ross, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London 1968;
11. Varga, Csaba, *Codification as a Socio-historical Phenomenon*, Szent István Társulat, Budapest 2011;
12. Varga, Csaba, *The Paradigms of Legal Thinking*, Szent István Társulat, Budapest 2012;
13. Varga, Csaba, *Comparative Legal Cultures: On Traditions Classified, their Rapprochement & Transfer, and the Anarchy of Hyper-rationalism*, Szent István Társulat, Budapest 2012;
14. Varga, Csaba, *Theory of Law: Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*, Szent István Társulat, Budapest 2012.

Articles

15. Alexy, Robert, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought* (eds. N. MacCormick, S. Panou, L. L. Vallauri), Steiner, Stuttgart 1985;
16. Bobbio, Norberto, "Norma giuridica", *Novissimo digesto italiano* XI (ed. A. Azara, E. Eula), Torino 1965;
17. Borsellino, Paolo, "Norms", *The Philosophy of Law: An Encyclopedia* (ed. C. B. Gray), II, Garland, New York 1999;

18. Campbell, I. D., "Are the Rules of Precedent Rules of Law?", *Victoria University College Law Review* 1/1956;
19. Clanchy, Michael, "A Medieval Realist: Interpreting the Rules at Barnwell Priory, Cambridge", *Perspectives in Jurisprudence* (ed. E. Attwooll), University of Glasgow Press, Glasgow 1977;
20. Combacau, Jean, "De la régularité à la règle", *Droits* 4/1986;
21. Dworkin, Ronald M., "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review* 1967/1;
22. Frierson, Cathy A., "'I Must Always Answer to the Law…': Rules and Responses in the Reformed *Volost* Court", *The Slavonic and East European Review* 2/1997;
23. Goldman, Alan H., "Rules in the Law", *Law and Philosophy* 6/1996;
24. Jackson, Metthew, "Austin and Hart on Rules", *Edinburgh Philosophy Journal* March 1985;
25. Kalinowski, Georges, "L'interprétation du droit: ses règles juridiques et logiques", *Archives de Philosophie du Droit* 30/1985;
26. Kratochwil, Friedrich, "Rules, Normes, Values, and the Limits of 'Rationality'", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 3/1987;
27. Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, "Rechtsnormbegriff und Arten der Rechtsnorm", *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre* (ed. R. Walter), Manz, Wien 1992;
28. Pavčnik, Marijan, "Pravno pravilo", *Zbornik znanstvenih razprav* 55/1995;
29. Pavčnik, Marijan, "Die Rechtsnorm", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 4/1997;
30. Perrin, Jean-François, "Règle", *Archives de Philosophie du Droit* 35/1990;
31. Robles, Gregorio, "Was ist eine Regel?", *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart* (eds. T. Eckhoff, L. Friedman, J. Uusitalo), Duncker & Humblot, Berlin 1986;
32. Rosenberg, Irene M., Rosenberg, Yale L., "Advice from Hillel and Shammai on How to Read Cases: Of Specificity, Retroactivity and New Rules", *The American Journal of Comparative Law* 3/1994;
33. Sunstein, Cass R., "Problems with Rules", *California Law Review* 4/1995;
34. Troper, Michel, Lochak, Danièle, "Norme", *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie juridique* (ed. A.-J. Arnaud), Paris 1988;
35. Van der Merwe, Derek, "*Regulae iuris* and the Axiomatisation of the Law in the Sixteenth and Early Seventeenth Centuries", *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 3/1987;
36. Варга, Чаба, "Појам права у Лукачевој онтологији", *Марксистичка Мисао* 3/1983;

37. Varga, Csaba, "The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion", *Acta Juridica Hungarica* 1/2009;
38. Varga, Csaba, "Rechtsdogmatik and its Place in Practical and Theoretical Jurisprudence", *Collection of Papers "Law Between Creation and Interpretation",* vol. I (eds. D. Ćeranić, S. Ivanović, R. Lale, S. Aličić), East Sarajevo 2023;
39. Weinberger, Ota, "The Role of Rules", *Ratio Juris* 3/1988;
40. Wiederin, Ewald, "Regel, Prinzip, Norm: Zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Josef Esser", *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre: Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86* (eds. S. Paulson, R. Walter), Manz, Wien 1986;
41. Wróblewski, Jerzy, "Legal Rules in the Analytical Theory of Law", *Studies in the Theory and Philosophy of Law* 2/1986;
42. Wróblewski, Jerzy, "Règle", *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie juridique* (ed. A. -J. Arnaud), Paris 1988.

Проф. др Ксаба Варга, професор емеритус
Католички универзитет Петер Пазмани, Катедра за филозофију права, Будимпешта, Мађарска

ЛОГИЧКЕ И СИСТЕМАТСКЕ ТЕОРИЈСКЕ ПРЕТПОСТАВКЕ О ПОТПУНОСТИ ПРАВА: ПРАВО КАО ПРАВИЛО И ПРАВО КАО НОРМА

Сажетак

Питања правних празнина и потпуности права су релевантна за право само ако посматрамо право као скуп норми односно као систем. Иако се у језичкој пракси „правило" и „норма" поимају као синоними који могу да се наизмјенично користе, правило указује на постојање нормативног исказа који је материјализован, а норма представља логички обрађено концептуално оличење таквог исказа. Будући да норме претпостављају квази-аксиоматски идеал концептуализације и логичке уређености права, оне су релевантне само у системима континенталног права, гдје су производ правне догматике. (Насупрот томе, оне су у англосаксонском праву углавном објашњавајућег карактера). Или, норма је уистину логичка јединица, док је правило нека врста предлога. Сходно томе, реконструисање може да покаже да ниједна норма није исказана правилом или да је неколико норми исказано једним правилом.

Кључне ријечи: *Континентално право; Англосаксонско право; Ius/lex; Право као правило; Право као норма; Концептуализовање; Логичко обрађивање; Систематска анализа; Празнине у праву; Потпуност права.*

UDK/UDC 340.132
NAUČNA KRITIKA, ODNOSNO POLEMIKA ILI OSVRT / *CRITICAL ANALYSIS*

Prof. dr. Mirjana Nadaždin Defterdarević

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

PRAVO, PRAVNI SISTEM I PRAVNA PRAZNINA

Nastojanje prava da svojim normama obuhvati sadržaj svih društvenih odnosa, koje valorizuje primjerenim u skladu sa vrijednostima koje zagovara, te da njihovom naknadnom sistematizacijom realizuje predodžbu o završenom, zatvorenom, potpunom, usklađenom i uređenom sistemu koji tako nastaje, suočeno sa pravnim prazninama, koje se u pravu, ispostavilo se, ne mogu izbjeći, stavlja se pred ozbiljnu kušnju.

Problematizirajući fenomen pravnih praznina rad daje kratak osvrt na domen i svrhu pravnog normiranja (posebno ukazujući na privilegovani aspekt pravne normativnosti), te analizira pojam i efekte pravnih praznina ukazujući da one (s obzirom na nužnost i opravdanost svog postojanja) postaju izazov sa kojim se pravo i pravni sistem moraju suočiti.

Elaborirajući različite doktrinarne pristupe i njihove refleksije na primjenu prava suočavamo se sa izborom koji je pravo trebalo načiniti: ili da negira postojanje pravnih praznina, ili da njihovu pojavu prizna i na nju primjereno reaguje.

Slijedeći preovlađujući izbor druge mogućnosti, rad u svom teorijskopravnom osvrtu, u eksplikaciji teme koja se temelji na primjeni dogmatskog, teleološkog i aksiološkog metoda, zastupa stav da je nepotpunost pravnog sistema nužna posljedica nedovoljnosti i statičnosti opštih pravnih normi u uređivanju pravnih odnosa, ali da nikako nije fatalna kontradiktornost principima potpunosti i zakonitosti već objektivna osnova kreativnog odgovora – stvaralačke normativne djelatnosti u popunjavanju pravnih praznina dokazujući time vitalnost prava i njegovu sposobnost prilagođavanja uslovima društvene stvarnosti.

Ključne riječi: Pravo; Pravna norma; Pravni sistem; Pravna praznina; Popunjavanje pravnih praznina; Pravne vrijednosti.

Mirjana Nadaždin Defterdarević, *nadazdin.defterdarevic@unmo.ba*.

1. UVODNA RAZMATRANJA O PRAVNOM PROSTORU, DOMENU I SVRSI PRAVNOG NORMIRANJA

Pravo nastaje kao potreba za organizovanom društvenom kontrolom kojom se usmjeravaju društveni odnosi koji imaju kvalitet pravnosti.

U određivanju pravnog sadržaja pravu, pravnoj selekciji, stoje na raspolaganju svi društveni odnosi koji prema konceptu koji zastupa panjurizam jesu, ili mogu biti, kvalifikovani kao pravni.[1]

Prema radikalnoj varijanti panjurizma pravo zahvata sve društvene odnose, bez obzira jesu li, ili nisu regulisani pravnim normama, jer, slijedeći dosljedno doktrinu koncepta, i tamo gdje eksplicitne pravne norme nema vrijedi princip da je dozvoljeno sve što nije pravom zabranjeno.

Zagovornici umjerenog panjurizma, mada ne osporavaju mogućnost prava da reguliše bilo koji društveni odnos, zagovaraju stav da se mogućnost koju pravo ima, da potpuno reguliše društvenu stvarnost, ne treba nužno i koristiti, te da je neke društvene odnose bolje ostaviti izvan djelokruga prava s obzirom na to da su oni po svojoj prirodi i značaju primjereniji da budu predmet regulisanja drugim vrstama društvenog normiranja.

Koncepcija radikalnog panjurizma pravnom normiranju na dispoziciju stavlja čitavu raznovrsnu društvenu stvarnost. Iskušenju primamljive mogućnosti da reguliše sadržaje svake vrste društvenih odnosa pravo nije podleglo svjesno da bi tako radikalnim i širokim normativnim zahvatom dovelo u pitanje svoj cilj, svoju funkciju i svoju djelotvornost.

Iz mnoštva društvenih odnosa nepodesnih za pravnu intervenciju izdavajaju se oni koji se temelje i realizuju u emotivnom aspektu ličnosti, smješteni su u intimnu sferu ljudi, te, s obzirom na to, njihovo vanjsko manifestovanje nije nužno. Eksterna nevidljivost i mogućnost tek interpersonalnog uticaja aktera ove vrste odnosa na njegov sadržaj čine ovu vrstu društvenih odnosa pošteđenim od pravne intervencije, bez obzira što im se ne može poreći društveni značaj, kakav je slučaj kada su u pitanju ljubav ili prijateljstvo npr. Nemogućnost njihovog neposrednog normiranja ne isključuje posredni uticaj kontrolom i fizičkom prisilom na njihove vanjske manifestacije koje su materijalna refleksija racionalnog i emotivnog stanja, ali sve dok ostaju u povlaštenoj sferi intimnosti oni su apsolutno zaštićeni od bilo kakvog upliva prava (*cogitationis poenam nemo patitur*).

Za razliku od društvenih odnosa koji su lišeni vanjske manifestacije, pa time nepodesni za pravno normiranje, iskustvu pravnika izmiče još jedna kategorija – društveni odnosi koji jesu javno manifestni, ali koje, uprkos tome, nije moguće javno kontrolisati. Riječ je o širokoj paleti društvenih

[1] N. Visković, *Pojam prava, prilog integralnoj teoriji prava,* Pravni fakultet Split, Split 1976, 79.

odnosa obuhvaćenih kategorijom „slobodnih radnji“ koje su, kao takve, ostavljene na volju svojih aktera, ne zbog toga što su za pravo irelevantne, već zbog nemogućnosti prava da za njihovu realizaciju osigura stvarni, efektivni nadzor.

Pokušaji njihovog neposrednog normiranja su uvijek završavali neuspjehom (kriminalizacija homoseksualnih odnosa ili prostitucije nikada nije dovela do njihovog iskorjenjivanja, bez obzira na napore koji su u tom pravcu učinjeni), mada je određene javne manifestacije društvenih odnosa iz ove kategorije opravdano normirati sa očekivanjem da se tako osigura efekat poželjnog, posrednog uticaja.

Pravno irelevantan, pravno slobodan prostor, odnosi se na sadržaje ljudskog djelovanja za koje pravo nema interesa. Ipak, ni za pravno irelevantne društvene odnose ne treba ishitreno zaključiti da ne mogu da budu normirani pravom, ali njihov karakter ukazuje da je puno bolje učiniti to drugim vrstama društvenih pravila jer zahvatanje njihovog sadržaja formom pravne norme, uz to što je nedjelotvorno, istovremeno i zloupotreba pravnog oblika.

Oblast pravnosti izvjesno je determinisana, ali nipošto ne i konačno definisana, kriterijem koji uslovljava interes prava samo za određene društvene odnose.

Ako se interes doživljava kao pokretačka snaga bitna za sve aspekte čovjekovog djelovanja, ovo je potvrda odlučujućeg značaja koji on ima u kontekstu prava.

Sukobi objektivnih potreba i interesa između pojedinaca i društvenih grupa u društvenoj zajednici koji prijete njenoj egzistenciji postaju predmet uređivanja društvenim poretkom – običajem, moralom ili pravom. Sve te društvene norme djeluju sa istim ciljem: da ponašanja u konkretnoj situaciji ujednače prema obrascu koji one uspostavljaju.

Kada je o pravu riječ, pravne norme u najvećoj mjeri odražavaju i štite interese dominantne društvene grupe, od kojih se i polazi kada se društveni odnosi valorizuju kriterijem pravnosti.

Da budu predmet pravnog normiranja predestinirani su samo oni društveni odnosi koji su važni za opstanak društva, konfliktni, imaju mogućnost vanjske kontrole i na koje je moguće uticati fizičkom prisilom.

Zbog toga stvaranje pravnih normi od njihovog autora zahtijeva određeni stepen racionalne svijesti i znanja o društvenoj situaciji koja postaje predmet normiranja. To se odnosi na poznavanje društvenih odnosa koji se karakterišu kao pravni, znanje o pravnim vrijednostima i ciljevima koje se pravnim normama žele ostvariti, znanje o društvenoj moći subjekta čije se ponašanje prisilno usmjerava, kao i znanje o podesnosti instrumenata kojima će se realizacija sadržaja pravnih normi ishoditi.

Svaka pravna norma nastaje iz konkretne društvene stvarnosti koja inicira njen nastanak i koja će se i sama, nakon njenog donošenja, njoj povinjavati. Ovaj relacijski aspekt, ontološka uslovljenost norme, njeno vezivanje uz društvenu stvarnost, ima odlučujući karakter za nastanak pravne norme.

Pravna norma je uvijek refleksija bivanja i datosti, a njen polazni relacijski sadržaj smješten je u okviru „moći i biti“. No, treba istaći da čovjek ne postoji i ne djeluje mimo vrijednosti. U tom smislu ni sadržaj pravne norme nije tek puki odraz društvene stvarnosti koja se njom uređuje.

Pravna norma nije omeđena samo pomenutim okvirom datosti „moći i biti“, već je snažno opredijeljena svrhom da disciplinuje i mijenja društvenu stvarnost prema materijalnim vrijednostima prava prema kojima, i u skladu sa kojima, je formulisan sadržaj pravnih normi.

Normativni sadržaji nisu naprosto izraz volje suverena ili nekog drugog pravnog subjekta, već volje koja je svjesna da je prirodno i društveno uslovljena u svom razvoju i ostvarivanju.

2. PRAVNI SISTEM – IDEAL SISTEMATIZACIJE DIMENZIONIRAN OKVIROM REALNOSTI

Preduslov stvaranja pravnih normi uvijek je posjedovanje moći, najčešće one ekonomsko-političkog karaktera. Kada ta moć sebi osigura poziciju normotvorca ona normama koje donosi, rukovođena prvenstveno sopstvenim interesima, osigurava djelotvorno prinudno sredstvo kojima će urediti domen slobode – određujući ga, garantujući i razgraničavajući ga istovremeno.

Svojim sadržajem pravna norma prisilno usmjerava adresata na ponašanje usklađeno sa njenim traženjem, ujednačavajući obrazac ponašanja u normiranoj situaciji u skladu sa ponašanjem koje se normom valorizuje kao vrijedno, ili ispravno, pa time i promovisano kao društveno poželjno. Normativni sadržaj istovremeno simplificira složeni društveni odnos koji je njime regulisan smanjujući tako neizvjesnost, raznolikost i nedjelotvornost ponašanja članova zajednice, istovremeno čineći lakšim i rješavanje sukoba prema njom propisanom prihvatljivom obrascu ponašanja.

Aspekt pravne normativnosti, makar to i ne bila njegova namjera, najsnažnije emanira pravo kao integralnu/složenu pojavu.

Instrumentalizacijom prava od strane nosilaca političke i ekonomske moći, koji su za sebe zadržali privilegiju da se bave ontološkim i aksiološkim aspektom pravne pojave, sadržaj pravne normativnosti, kao pravnog iskustva, prepušten je onima koji se pravom bave usmjeravajući tako njihovu pažnju ka njegovim tehničkim i organizacionim aspektima, što je doprinijelo njenom značaju.

Ovo hotimično usmjeravanje, koje se tumači kao privilegovanost pravnog normativizma, dodatno osnažuje konstatacija da ostali aspekti pravne pojave bivaju integrisani i emaniraju sadržaj prava tek izraženi u obliku pravne norme.

S obzirom na to da normativni aspekt pravne pojave apsorbuje njen preostali sadržaj, to omogućuje da se svekolika raznovrsnost prava uspješno uredi sistematizacijom pravnih normi – njihovim organizovanjem u pravni sistem primjenom kriterija koji će osigurati njegovo funkcionisanje kao logički organizovane cjeline koja svu brojnost i raznovrsnost pravnih normi povezuje u međuzavisno i neproturječno jedinstvo.

Pravne norme podesne su da budu organizovane u pravni sistem po strogim i formaliziranim principima koji uslovljavaju njihov nastanak, primjenu, promjenu i prestanak postojanja.

Odnos hijerarhije među normama pravnog sistema, kao uslovljavanje viših prema nižim normama u smislu nadležnosti, postupka i forme po kojoj se niže norme moraju stvarati, ali i sadržaja koji trebaju imati, omogućava njihovo percipiranje kao uređenog sistema sa jasno determinisanim međusobnim odnosom.

Namjera da se mnoštvo pravnih normi transformiše hijerarhijom kao organizacionim principom u jedan uređen sistem podrazumijeva zahtjev da sve niže pravne norme konzistentno i dosljedno poštuju okvir koji im je propisan višim pravnim normama što nije moguće bez njenog povezivanja sa tri formalna pravne zahtjeva, „stanja i principa“:[2] koherentnosti/zakonitosti, potpunosti i određenosti.

Odnos nadređenosti i podređenosti između viših i nižih pravnih akata u hijerarhijski organizovanom pravnom sistemu izražava se načelom zakonitosti; formalnim zahtjevom da se sve niže norme stvaraju po jedinstvenim postupcima koji su unaprijed utvrđeni, a materijalno se uslovljavaju neproturječnošću svog sadržaja prema višim normama koje odražavaju vladajuće interese i vrijednosti.

Zavisno od načina kako i u kolikoj mjeri niže pravne norme ispunjavaju zahtjeve formalne i materijalne zakonitosti propisane za njihovo donošenje njihov odnos prema višim pravnim normama valorizovaće se kao odnos zakonitosti ili nezakonitosti.

Sistematičnost zakonitosti dopunjava se dodatno zahtjevom za koherentnošću pravnog sadržaja. Njegova suština usmjerena je na otklanjanje neproturječnosti i antinomija koje se u sistemu mogu javiti. Koherentnost se u jednom svom manifestnom obliku ispoljava jednako kao i zakonitost. To je onaj zahtjev koherentnosti koji traži da niže pravne norme u pravnom

[2] *Ibid.*, 211.

sistemu budu formalno i materijalno usklađene sa višim pravnim normama. Identičan zahtjev izražen u ova dva različita formalna vrijednosna principa ukazuje na njihovu međusobnu funkcionalnu relaciju u kojoj se načelu zakonitosti pridaje veći značaj.[3]

Utisak funkcionalnog jedinstva pravnog sistema osigurava se obavezom poštovanja principa određenosti – zahtjevom da višim pravnim normama treba u što većoj mjeri odrediti sadržaj nižih pravnih normi i tako njihove tvorce ograničiti i obavezati u njihovoj normativnoj aktivnosti. Definisan na ovaj način princip određenosti istovremeno je odraz hijerarhijskog odnosa među pravnim normama i refleksija principa pravne sigurnosti.

Mada značajna, određenost u pravu nipošto nije neupitna da bi legalističku dogmu o strogoj određenosti pravnih normi činila prihvatljivom. Princip određenosti, u kontekstu njegovog praktičnog značaja, znatno primjerenije određuje Viskovićev sud gdje on tvrdnju: „[...] jedan minimum vezanosti sadržaja nižih normi za više norme uistinu [je] uvjet opstanka i stabilnosti pravnog sistema kao hijerarhijskog jedinstva interesa i volje nosilaca društvene moći[...]“ dopunjava i koriguje konstatacijom: „kao što je (i) jedan minimum neodređenosti u istim relacijama pravnih normi logičko obilježje i uvjet prilagodljivosti pravnog sistema sustavu pravnih odnosa“.[4]

Formalni vrijednosni princip izražen kao zahtjev za potpunošću pravnog sistema, emanira potrebu da svi, ili bar što je moguće veći broj društvenih odnosa sa elementima pravnosti treba da bude kvalifikovan pravnim normama unaprijed i generalno.

Njegova realizacija osigurava hijerarhijsko jedinstvo pravnog sistema koje bi bilo ugroženo ukoliko ne bi postojao normativni okvir u kome će se odvijati pravom uređeni društveni život.

Pomanjkanje i nepoštovanje zahtjeva potpunosti u pravu davalo bi nižim pravnim subjektima više slobode i mogućnost samostalnog postupanja i mimo pravila koja im nameću tvorci normi više pravne snage disciplinujući njihovo normativno djelovanje principom zakonitosti, čime bi se ugrozilo i ostvarivanje jedinstva moći i interesa društvene grupe koja je za sebe osigurala vlast.

[3] Ovakve situacije nastaju u slučaju sukoba vremenskog i hijerarhijskog kriterija, gdje se zagovara primjena ovog drugog, ali i u slučaju sukoba hijerarhijskog kriterija i kriterija specijalnosti. U ovom drugom slučaju autori su podijeljeni u stavovima. Vidjeti: N. Bobbio, *Eseji iz teorije prava*, Logos, Split 1988, 133, B. Perić, *Struktura prava*, Informator, Zagreb 1994, 192, V. Miličić, *Opća teorija prava i države,* Zagreb 2008, 177.

[4] N. Visković, *Pojam prava, prilog integralnoj teoriji prava*, Logos, Split 2001a, 218.

Značaju principa potpunosti dodatno doprinosi i to što je njegova realizacija prepoznata kao uslov i za ostvarivanje principa pravde i pravne sigurnosti.

Princip potpunosti, zahtjev za što širim normativnim zahvatom u društvenu stvarnost, u interesu je svih koji pod normama jednog pravnog sistema žive – i onih koji ih donose, osiguravajući tako svoju poziciju i vlast (makar se istim i sami (samo)ograničavali) i onih koji se po njima moraju ponašati (zbog sankcije koja je za neposluh zaprijećena), ali bar mogu sa sigurnošću računati na trajnost i primjenu njihovog sadržaja. Zbog stvarnog značaja potpunosti opravdano je konstatovati da je riječ o vrijednosnom principu koji je postao stvarno stanje.

U percepciji pravnog sistema odlučujuću ulogu ima djelotvornost formalnih pravnih vrijednosti koje na podesan način uspostavljaju egizstencijalno i funkcionalno jedinstvo pravnih normi koje ga sačinjavaju. Sigurnost prava zahtijeva pozitivnost prava: ako se ne može utvrditi šta je pravedno, mora se propisati ono što će biti po pravu (*rechtens*)“.[5]

U tom smislu kao najznačajniji formalni vrijednosni princip, princip koji suštinski određuje pravni sistem, percipira se načelo zakonitosti. Zakonitost svoj potpuni efekat ostvaruje kroz funkcionalnu povezanost i uzajamnost sa ostalim formalnim vrijednosnim principima. Tako se, već je elaborirano, princip koherentnosti najpodesnije realizuje uz primjenu načela zakonitosti. Ni realizacija principa hijererhije ne bi bila moguća bez oslanjanja na načelo zakonitosti, ovo tim prije što je zahtjev i jednog i drugog navedenog formalnog principa isti – niže pravne norme moraju da budu formalno i materijalno utemeljene na višim. Zahvaljujući ovome uspješno se održava uvjerenje da je pravni sistem neproturječno jedinstvo pravnih sadržaja.

Sadržaj principa zakonitosti komplementaran je, i dopunjuje se, sa principom određenosti kao zahtjevom da se višim normama što potpunije odredi sadržaj nižih normi, te da se njihovim tvorcima što je moguće više ograniči sloboda u njihovom stvaranju.

U svim ovim relacijama upadljivo dominira značaj principa zakonitosti što je razumljivo s obzirom na status koji mu se u pravnom sistemu pridaje. Dominantna pozicija principa zakonitosti, važno je naglasiti, ne podrazumijeva i ne povlači nužno prvenstvo njegove primjene u situacijama kada nastane spor u primjeni pravnih principa. U takvim situacijama posebno se vodi računa o etičkom aspektu vrijednosnih načela što će pravednost redovno više favorizovati od zakonitosti.

[5] G. Radbruh, *Filozofija prava*, Nolit, Beograd 1980, 95.

Iako zakonitost, kao dogmatski princip vlasti, u pozitivnom pravu redovno ima veći značaj nad pravednošću i drugim vrijednostima, izuzeci ipak postoje.

U slučaju sukoba između zakonitosti i drugih vrijednosnih načela sa etičkog gledišta vrijednosna načela, pravednost pogotovo, imaju veći značaj. U etičkom diskursu formalna legitimnost je u sjeni materijalne. Pozitivnopravni diskurs zakonitosti nadređuje se pravednosti i ostalim vrijednostima, pa je formalna legitimnost važnija od materijalne. Razlog tome je što načelo zakonitosti stvara pravna vlast.

Samo pravna vlast odlučuje šta je zakonito i ona utvrđuje jedno i jedino značenje zakonitosti, dok će istovremeno vrijednosti pravednosti, ponekad i sasvim suprotnih značenja u istoj zajednici biti više i egzistiraće istovremeno, mada su neke od njih međusobno potpuno oprečne.

Formalni vrijednosni principi organizuju i disciplinuju sadržaj i međusobne odnose postojećih, već donesenih, pravnih normi u pravnom sistemu. Efekti njihove primjene odnose se na domen normirane stvarnosti i njihova efikasnost pretpostavljena je u okviru sistema, ne izvan njega. Interes i nastojanje da se pravno relevantni odnosi unaprijed i generalno normiraju i da se donesene norme u pravnom sistemu funkcionalno povežu prema formalnim pravnim vrijednostima, stvarajući tako utisak o njegovoj zatvorenosti, završenosti i potpunosti, u stvarnosti se nikada ne može potpuno realizovati.

I pored najbolje volje pravo nikada ne može svojom normativnom intervencijiom da obuhvati sve društvene odnose koji imaju element pravnosti. To opravdava neminovnost postojanja prave praznine.

Izazov nedostajuće pravne norme, pravne praznine, pravo suočava ne samo sa pitanjem kako na nju odgovoriti, već i sa pitanjem da li se vrijednosni principi prava mogu transformisati u obavezujuće smjernice kod utvrđivanja/dosmišljavanja pravnog sadržaja koji nedostaje.

Iako je vrednovanje uvijek snažno subjektivno motivisano, iako su vrijednosni principi po svom nastanku subjektivni fakti, oni su u pravu i objektivizirani i formalizirani čime su učinjeni pouzdanim, pa u kontekstu odgovora prava na izazov pravne praznine ne treba zanemariti da je samo uz njihovu primjenu moguće osigurati kontinuitet već postojećeg pravnog sistema i pravnog sadržaja u nastajanju.

3. PRAVNA PRAZNINA

U namjeri da realizuje ideal u kome se percipira, pravo od svojih formalnih izvora očekuje da na opšti način i unaprijed normiraju sva pitanja koja su od pravnog interesa ostavljajući pojedinačnim normama tek zada-

tak njihove konkretizacije prema okolnostima stvarnih slučajeva na koje se imaju primijeniti.

Utisak zaokruženosti, potpunosti, jasnosti, neproturječnosti i izvjesnosti koji se pripisuje normiranim sadržajima u pravu dodatno pojačava njegova sistematizacija naglašavajući pri tome egzistencijalno i funkcionalno jedinstvo pravnih normi u pravnom sistema bez obzira na raznolikost sadržaja, brojnost normotvoraca i efektivnost i efikasnost propisanog. Pravna norma kao odraz strukturalnih i kauzalno-funkcionalnih veza pravnih odnosa, pravnih vrijednosti i ciljeva koji je uslovljavaju i kojima ona služi, uz dosljednu primjenu formalnih vrijednosnih principa, kreira utisak svog nepromijenjenog, nezavisnog i kontinuiranog ostvarivanja čineći tako uvjerljivom ideju o stalnosti pravnog sadržaja uprkos neprekidnom i neminovnom mijenjanju ostalih elemenata pravne pojave.

Zbog toga se sistem koji nastaje objedinjavanjem pravnih normi prema podesno odabranom kriteriju može percipirati završenim, s obzirom na normirane sadržaje, ali, ispostaviće se, nikada sasvim potpunim i nikada sasvim zatvorenim, jer dinamika društvene stvarnosti nužno u njemu uslovljava novu i naknadnu pravnu intervenciju.

Ta nemogućnost prava da unaprijed ima opšte norme kojima će regulisati bilo koji slučaj u društvenoj stvarnosti koji ima svojstva pravnosti i pomanjkanje promptnog i adekvatnog odgovora, koji će normativno determinisati njihov sadržaj pretvarajući ih u normirane društvene odnose kada naknadno budu prepoznati, postojanje pravnih praznina čini neminovnošću koju ne može izbjeći nijedan pravni sistem. Ako je pravna praznina, *lacuna legis*, neminovnost, onda je pravo ne samo mora priznati već mora naći i način kako se prema njoj odnositi.

Pravna praznina je pravno relevantan društveni odnos koji nije normiran pravom,[6] što se ne može pripisati svjesnom propustu normotvorca da normira određena bića, radnje ili stanja (1), odnosi se na sadržaj koji po svojoj prirodi zahtijeva pravnu normu u nekom pravnom području ili pravnoj grani (2), a njeno naknadno popunjavanje neće biti, kada do njega dođe, u kontradikciji sa osnovnim načelima konkretnog pravnog poretka (3).[7]

Ukoliko „nepostojeća norma“ ne zadovoljava nabrojane kriterije onda to nije pravna praznina i društveni odnos u pitanju nije iz pravno relevantnog područja.

[6] N. Visković, (2001a), 235. Pravne praznine mogu se nalaziti i u samoj normi zbog tehničkih nedostataka u normiranju pravnog sadržaja, ili zbog aksiološke manjkavosti normativnog sadržaja, ali kao takve nisu predmet ovog razmatranja.

[7] M. Pavčnik, “Why discuss gaps in the law?“, *Ratio Juris* 1/1996, 74.

Pravo je refleksija društvene stvarnosti i nastanak pravne norme slijedi iz onoga što se već desilo, ili što se dešava u stvarnosti, i što svojim osobinama provocira pravnu intervenciju.

Pravno relevantni životni sadržaji preteča su pravne norme. Njihovo postojanje uslov je normativne intervencije (prednormativni odnos njom će se transformisati u normativni, pridajući njegovim elementima kvalitet pravnog sadržaja i transformišući ga, naknadno donesenom pravnom normom, u normirani društveni odnos). Međutim, normativna intervencija nužno ne mora da se desi – kao takva može i izostati, što postojanje pravnih praznina čini realnom mogućnošću.

Razlog za nastajanje pravnih praznina treba pripisati objektivnoj nemogućnosti tvorca pravne norme da prepozna pravnost neke vrste društvenih odnosa, što opravdava brojnost, složenost, dinamičnost i promjenjivost društvenih odnosa koji su predmet pravnog normiranja, zbog čega oni i dalje ostaju nenormirani, prednormativni odnosi lišeni obavezujuće forme i sadržaja pravne norme. Pravne praznine javljaju i u onim situacijama kada se mjesto normi koje već postoje u pravnom sistemu, ali su stavljene van snage, iz razloga koji tu mjeru čine opravdanom, ne popuni novim, koje, u skladu sa važećim vrijednosnim konceptom, regulišu tu vrstu društvenih pravno relevantnih odnosa.

Tvorci pravnih normi ne raspolažu sposobnošću potpunog predviđanja svih mogućih društvenih tokova, kao ni percepcije i normiranja svih aktuelnih pravno relevantnih društvenih odnosa, bez obzira na trud sa kojim prilaze propisivanju pravnih normi i realizaciji formalno vrijednosnog principa potpunosti pravnog sistema. To opravdava konstataciju da pravne praznine nastaju i postoje samo u pravno relevantnom području, u sferi društvenih odnosa koji su podesni za pravnu intervenciju, ali njom nisu obuhvaćeni.

Pravna praznina može se manifestovati kao početna, ili naknadna, može se pojaviti kao neregulisani segment inače regulisanog složenog društvenog odnosa, čime je onemogućena njegova realizacija, ili nastaje kada cijela oblast društvenih odnosa, kao takva, nije regulisana pravnom normom, a činjenica da je to tako ni na kakav način ne utiče na ostvarivanje drugih normi pravnog sistema, te može biti apsolutnog ili relativnog karaktera.

Pravna praznina uz to što se odnosi na nepostojanje pravne norme kojom je regulisan neki društveni odnos istovremeno podrazumijeva i propuštanje da se zaštiti određeni interes koji taj odnos emanira prema važećim materijalnim pravnim vrijednostima.

Pravni poredak funkcioniše sa pretenzijom uređene, završene i zatvorene cjeline u kojoj, kada bi se kao takva uspjela realizovati, nema mjesta

pravnim prazninama. Pravne praznine tu idealnu sliku čine iluzornom. No uprkos međusobnoj kontradikciji sa kojom se pravo u realaciji pravni sistem i pravna praznina suočava, pravne praznine svojim postojanjem ne kompromituju pravni sistem, one ne dovode do odbacivanja formalnog principa potpunosti – zahtjeva da svi, ili bar što je moguće veći broj društvenih odnosa sa elementima pravnosti, u pravnom sistemu treba da budu kvalifikovani pravnim normama unaprijed i generalno. Njihovo postojanje djeluje kao svojevrsna provjera njegove djelotvornosti.

Značaj principa potpunosti proizlazi iz efekata koje proizvodi svojom realizacijom – hijerarhijskog jedinstva pravnog sistema koje bi bilo ugroženo ukoliko ne bi postojao normativni okvir u kome će se odvijati pravom uređeni društveni život, te pravne sigurnosti i za adresate i za adresante pravne norme dajući im mogućnost da procjenjuju posljedice sopstvenih izbora.

Postojanje pravnih praznina, kao kontradikcija i negacija principa potpunosti, s obzirom na neminovnost njihovog postojanja, a s obzirom na ulogu i značaj koji se principu potpunosti u pravnom sistemu pridaje, kao i na praktični aspekt realizacije prava u slučaju kada se pozitivno pravo suoči sa „nepostojećom pravnom normom“, implicira pitanje na koji način će pravo na njih odgovoriti – priznajem svoje nesavršenosti, nalazeći načina da nedostatak pravne norme naknadno nadomjesti ostajući privrženo principima koji ga suštinski određuju (zakonitost, potpunost), ili poričući postojanje pravnih praznina.

4. POPUNJAVANJE PRAVNIH PRAZNINA – NOVI NORMATIVNI SADRŽAJ I POSTOJEĆI SISTEM PRAVA

Činjenica da pravna praznina negira ne samo princip/vrijednost potpunosti, već i ostale formalne pravne vrijednosti (zakonitosti i pravne sigurnosti) kompromitujući tako željnu sliku koju pravo o sebi želi stvoriti, očekivano je dovela do različitih pristupa prava fenomenu pravne praznine.

Formulišući svoj stav prema fenomenu pravne praznine legalistička koncepcija polazi od stvarne ili pretpostavljene odluke zakonodavca da praznina nema jer zakonodavac tako naređuje – relevantni sadržaji pravno su normirani, ono što nije propisano i nije bitno, ili je prešutno kvalifikovano kao dozvoljeno. Percepcija prava kao sistema opštih državnih normi primjerena je za ovakvo shvatanje.

Ali, ako se sadržaj prava proširi mimo opštih i individualnim normama, to stvara pretpostavku za jedan drugačiji konceptualni pristup problemu pravnih praznina – praznine mogu postojati u zakonu, ali ne i u pravu kao cjelini. Međutim, ova varijanta odbrane potpunosti pravnog sistema u stvari je, kako to Visković konstatuje, potvrda njegove nepotpunosti: „Ona

se u biti podudara sa osnovnim stavom onih autora, od Ženija (*Geny*) i Heka (*Heck*) do suvremenika, što dokazuje da je nepotpunost pravnog sistema nužna posljedica nedovoljnosti i statičnosti općih pravnih normi u uređivanju pravnih odnosa, a ujedno i objektivna osnova stvaralačke normativne djelatnosti sudova, upravnih organa i poslovnih faktora“.[8]

Postojanje pravne praznine u pozitivnom pravu ne može biti razlog da se konkretni slučaj ostavi neriješen jer pravne norme koja se na njega treba primijeniti nema.

Sporno pravno pitanje koje nije regulisano pravnom normom je potvrda da postoji važan, stvarni društveni sukob suprotstavljenih interesa koji prijeti društvenom miru i koji mora, zbog opasnosti koju predstavlja, biti razriješen.

Praznina treba biti nadomještena normom koja će u svojim sadržajem emanirati pravne vrijednosti i koja će se kao takva, naknadno donesena, morati uklopiti u postojeći pravni sistem i postati njegov dio.

Do trenutka do kada se ne donese pravna norma koja reguliše njen sadržaj pravna praznina nije ništa drugo već pravom neregulisani (prednormativni) društveni odnos koji je društveno bitan, konfliktan i primjeren za eksternu kontrolu. Ali kako nije normiran on izmiče zahtjevima kojim je disciplinovan sadržaj pravnog sistema.

Međutim, u trenutku kada se nedostajuća pravna norma donese ona postaje dio sistema i za nju vrijede svi njegovi zahtjevi. Sadržajno ona će imati za cilj da omogući izbjegavanje, i eventualno razrješavanje, konflikta iz društvenog odnosa koji normira. Njen sadržaj će biti ustanovljen prema postojećem pricipu pravde, a svojom aktuelnom obaveznošću osiguraće izvjesnost u pravima i obavezama kako adresatima, tako i adresantima pravne norme.

Naknadno donesena pravna norma, uz to, moraće slijediti i formalne vrijednosne principe sistema kojima se osiguravaju relacije pravnih normi u pravnom sistemu i kojima se konstituiše pravni sistem. Disciplinovanjem novonastalog pravnog sadržaja formalnim pravnim vrijednostima on postaje dio postojeće, uređene i funkcionalne cjeline pravnog sistema što je posebno značajno s obzirom na to da to obuhvata i pitanje njegovog stvaranja i njegovog tumačenja.

Suočavanje sa pravnom prazninom za pravo tako postaje izazov kreiranja novog pravnog sadržaja, prema standardima postojećeg pravnog sistema, i njegovog integrisanja u već postojeći pravni sistem.

Odgovor prava može biti dvojak – da postojanje pravne praznine inicira zakonodavnu intervenciju s namjerom njenog uklanjanja donošenjem

[8] N. Visković, (1976), 214.

opšteg pravnog pravila koje će nadomjestiti nepostojeću normu u pravnom sistemu, ili da za popunjavanje praznine bude donesena nova, pojedinačna norma (presuda ili rješenje) od strane postupajućeg organa u postupcima rješavanja konkretnih pravnih sporova ili pravnih zahtjeva.

Zakonodavna intervencija u popunjavanju pravnih praznina najbolje odgovara svrsi.

U svojoj nekadašnjoj praksi, napuštenoj u modernom vremenu, u razdoblju dok suverenitet zakona još nije bio siguran i potpun, zakonodavna intervencija manifestovala se i kroz izdavanje kazuističkih odredbi za pojedine sporne slučajeve. Praktikovana na ovaj način, zbog specifičnih okolnosti i nesporne i opravdane hitnosti slučajeva koji su je inicirali, za posljedicu je nerijetko imala manjkava normativna rješenja. Razlog konkretnosti u odlučivanju pred zakonodavca postavlja zahtjev da odlučuje u pojedinačnom slučaju mada sa njim nema dovoljno tijesnu vezu da ga može podrobno i svestrano sagledati, a razlog hitnosti lišava ga mogućnosti da slijedi dugotrajni i složeni postupak uobičajen za svoje djelovanje. Zakonodavne odredbe sudsko-kazuističkog porijekla zbog ovoga su predstavljale „obično vrlo savršene pravne norme, ali norme koje su nezgodne za rešavanje pojedinačnog slučaja ili za opšte uputstvo budućeg rada.“[9]

Napuštajući ovaj modalitet zakonodavna intervencija u savremenom pravu traži od zakonodavca da što prije nadomjesti nepostojeću pravnu normu regulisanjem konfliktnog društvenog odnosa i donošenjem nedostajuće pravne norme, što postaje glavni način popunjavanja pravnih praznina, uprkos sporosti i zakašnjelosti te reakcije. Zakonodavna intervencija je, uz sve nedostatke koje nesporno ima, „najviše u skladu s inercijom odnosa vlasti s pozivanjem na suverenost parlamenta i poštovanje načela zakonitosti“.[10]

Pravna praznina može biti popunjena pojedinačnom normom koju donose, prema okolnostima konkretnog slučaja, postupajući sudija ili organ uprave, čime se sugeriše da po samoj suštini prava mogu postojati odnosi koji nisu regulisani opštim normama, a nužno ih je, i pravno obavezno, regulisati pojedinačnim. Suočavanje da pravnom prazninom na ovaj način implicira zaključak o nesavršenosti prava, propituje uspješnost i dosljednost ostvarivanja principa potpunosti pravnog sistema i ukazuje na opasnost da se popunjavanjem pravnih praznina kompromituje sam princip zakonitosti.

Mada se pojedinačna norma u ovom slučaju ne izvodi iz prethodno propisane opšte pravne norme, što opravdava prigovor nezakonitosti, opravdanje za ovakvo postupanje izraz je potrebe da se zaštite određeni

[9] F. V. Taranovski, *Enciklopedija prava*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2003, 280.
[10] N. Visković, *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb 2001b, 262.

društveni interesi, što će, uz uslov da je samim pravom utvrđena primjena pojedinačnih normi u ovakvim situacijama, princip zakonitosti formalno održati.

Ukoliko se pravna praznina može popuniti na osnovu sadržaja postojećeg pravnog sistema tada je riječ o relativnoj pravnoj praznini. No, ako je u pitanju praznina na koju dostupni sadržaji pravnog sistema nemaju primjeren odgovor tada je pravna praznina apsolutna. Ova sadržajna i terminološka razlika pravnih praznina uslovljava i različite odgovore na njih.

Kada društvena stvarnost pravo suoči sa apsolutnom pravnom prazninom, otkrivaju se dva pravca u tehnici odgovora prava na izazov nepostojeće pravne norme: prvi, stariji, koji je rezultat recepcije rimskog prava i drugi, koji je nastao u XVIII vijeku i uz izvjesne korekcije evolutivnog karaktera, aktuelan je i u današnjem vremenu.

Stariji pravac svoj pristup zasniva na konceptu pozitivnog prava koje je zaokruženo, potpuno i završeno što podrazumijeva da ono u svom logičkom sastavu disponira pretpostavkama dovoljnim da posluže za razrješavanje svih mogućih slučajeva sa kojima će ga društvena stvarnost suočiti, uključujući tu i one slučajeve koji nisu eksplicitno navedeni nijednom njegovom normom.

Ovakvim pristupom negira se postojanje apsolutnih pravnih praznina njihovim relativiziranjem. Sugeriše se da sistem ima rješenje za slučaj iako eksplicitno nedostaje norma. Zbog toga, upućujući na svoju potpunost, pravni sistem, prema zagovornicima ovog koncepta, kao način popunjavanja pravnih praznina sugeriše analogiju. Njenom primjenom se sadržaj neke već postojeće pravne norme primjenjuje na društveni odnos koji nije obuhvaćen pravnom normom, ali mu je bitno sličan. Uopštavajući značenje postojeće pravne norme, proširujući ga i izvodeći iz njega opšte načelo kojim će ta norma podesno biti primijenjena na pravnu prazninu nesporno je da pribjegavamo aktu slobodnog stvaranja prava, ali kako je domen u kome tu slobodu konzumiramo još uvijek područje postojećeg pozitivnog prava, ništa tu, sa aspekta ovog koncepta, nije sporno te je zakonska analogija (*analogia legis*) tek dodatna potvrda zaokruženosti pravnog sistema i praktični dokaz njegove potpunosti.

Mada zagovaranje zaključivanja po analogiji izgleda prijemčivo ne smije se izgubiti iz vida specifičnost (i potencijalna opasnost) kod njene primjene koja proističe iz činjenice da je riječ o zaključku koji je dijelom deduktivan, a dijelom induktivan. Mješoviti karakter zaključka analogijom posebno je delikatan u onom aspektu gdje se oslanja na indukciju, jer je svaki induktivni zaključak nepouzdan. Nepouzdanosti analogije se, uz to, dodatno pridružuje i objektivna teškoća da se utvrdi ono svojstvo pravom

već regulisanog društvenog odnosa zbog koga je nastala norma kojom je on normiran.

Uspješnost primjene analogije kojom se posebna pravna norma proširuje na drugi slučaj na osnovu njihove bitne sličnosti zavisi od uspješnosti prethodno otkrivenog zakonskog razloga na kome počiva već propisana norma i opravdanosti njegove primjene u drugom slučaju, koji nije normiran, ali koji upućuje na isti interes koji već postojeći zakonski razlog štiti.

Analogija na ovaj način osigurava ekstenziju primjene postojeće pravne norme na one slučajeve koji njenim inicijalnim značenjem nisu bili obuhvaćeni.

Za razliku od zakonske analogije, *analogia legis*, koja podrazumijeva primjenu jedne već postojeće norme koja se odnosi na određeni prethodno normirani društveni odnos da bi se ekstenzijom njene primjene regulisala pravna praznina, pravna analogija, *analogia iuris*, će sa istim ciljem značiti primjenu pravnog načela izvedenog ili iz više normi ili iz čitavog prava kao jedinstvene cjeline.

Zavisno od toga da li se pravna analogija zasniva na opštoj normi koja je izvedena iz nekoliko postojećih posebnih normi, ili ona tek odražava duh cjelokupnog prava moguće je govoriti o djelomičnoj i potpunoj analogiji. Razlikovanje se između njih sastoji tek u broju slučajeva, odnosno normi, na osnovu kojih se izvodi opšta norma.[11]

Zakonska analogija nije uvijek podesna da riješi pitanje pravne praznine. Pravni sistem ne raspolaže uvijek normom koja bi mogla da bitnom sličnošću svog sadržaja bude primijenjena na pravnu prazninu.

Suočavanje sa apsolutnom pravnom prazninom dovelo je do kreiranja pravne tehnike koja je cjelokupni sistem pozitivnog prava podvrgavala metodu generalizacije sa ciljem „induktivnog konstruisanja njegovih opštih načela i dedukovanja iz njih nedostajućih potrebnih pravnih odredbi“[12].

Opšta načela koja su temelj cjelokupnog pozitivnog prava nikada ne mogu biti potpuno, u smislu svih mogućnosti koje sadrže, pretočena u konkretne norme tog sistema, te su njihova naknadna eksplikacija i dosmišljavanje i opravdani i potrebni.

Iz ovog pristupa proizašao je koncept pojmovne jurisprudencije koja se bavila konstituisanjem opštih pojmova pozitivnog prava svodeći proces

[11] U zakonskoj analogiji opšta norma se izvodi iz jednog slučaja, djelomična pravna analogija zasniva se na više njih, a potpuna na svim mogućim slučajevima koje pravo reguliše. Vid. R. D. Lukić, *Uvod u pravo*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SRJ, Beograd 1995, 326.

[12] F. V. Taranovski, 283.

primjene prava na formalnologički postupak dedukcije iz njihovog sadržaja.

Koncept logičke zaokruženosti i zatvorenosti prava žestoko je napadan jer nikakav logički postupak iz postojećeg okvira pozitivnog prava ne može da osigura sadržaj koji inicijalno ne postoji.

Rješenja koje je ovaj koncept nudio u popunjavanju apsolutnih pravnih praznina nisu derivat raspoloživog postojećeg pravnog sadržaja već su rezultat volje onoga ko nudi rješenja prikazujući ih kao sadržaj prava.

„Opšta načela pozitivnog prava apstrahuju se pomoću indukcije iz pozitivno-pravne građe i zbog toga uopštavaju samo ono što se u toj građi sadrži, ništa ne dodajući. Dedukcija iz tih načela ne može da pruži rešenje za slučaj koji nije bio predviđen pozitivnom građom.“[13] Izvjesno da je ranije zagovarani koncept u konstrukciji opštih pravnih načela napustio okvir pozitivnog prava i iskoračio u domen društvenih odnosa koji su trebali biti normirani vršeći tako, mada odbijajući da to i prizna, slobodno stvaranje prava.

Norme jesu, kako će Jering (*Ihering*) utvrditi, glavni predmet zanimanja pravnika, ali norme koje služe interesima i razrješavanju sukoba interesa. Kritikujući ekskluzivnost logičkih postupaka dedukcije i kombinaciju pojmova iz opštih pravnih normi Hek (*Heck*) upućuje da ih treba zamijeniti prvenstvom proučavanja i vrednovanja života sugerišući da norma ne može biti tek mehanička ili logička dedukcija iz zakona već je uvijek čin prosuđivanja i odluke koji podrazumijeva poznavanje života, međuljudskih odnosa, ciljeva i vrijednosti.

Ničim se više nije mogla opravdati potreba da se održava privid autoriteta zakona. Novi pristup pravu zagovara onu funkciju jurisprudencije koju je Ulpinijan imenovao poznavanjem božanskih i ljudskih stvari, naukom o pravednom i nepravednom,[14] potvrđujući je kao izvor pozitivnog prava.

Mogućnost ovakvog postupanja u slučaju pravne praznine slobodno tumačenje dopunjava i slobodnim stvaranjem prava pod određenim okolnostima – u slučaju praznine u pozitivnom zakonodavstvu.

Slobodno sudsko stvaranje prava zapravo je postojalo oduvijek, bez obzira na pozivanje na završenost i zatvorenost postojećeg prava. Pravo je do trenutka kada će to priznati samo održavalo iluziju dogmatske jurisprudencije da se praznine u zakonu mogu popuniti iz opštih načela zakona, mada opšta načela ne mogu da pruže više od onoga što je u zakonu sadržano.

[13] *Ibid.*, 284.

[14] *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iniusti scientia.*

Tek je suočavanje se sa historijskim i sociološkim teorijama o pravu pokazalo da se stvaralačka uloga onoga ko zakon primjenjuje u procesu primjene prava ne smije osporavati.

Prvu zakonsku potvrdu ovog stava ponudiće rješenje švajcarskog zakonodavstva koje je slobodno sudsko tumačenje dopunilo dozvolom za slobodno sudsko stvaranje prava. „Na sva pravna pitanja primjenjuje se zakon, ako su ta pitanja predviđena slovom ili duhom zakona. Ako se iz zakona ne može izvesti nikakav propis, onda sudija mora da riješi po običajnom pravu. Ako ne postoji ni običajno pravo, onda će sudija donijeti odluku po onom pravilu koje bi on sam za takav slučaj postavio kao zakonodavac. Pri tome sudija ide za dobrom naučnom teorijom i praksom.“[15]

Ovlaštenje koje je ovom normom dato sudiji ne samo da slobodno stvaranje prava u slučaju pravne praznine čini zakonitom, već otklanja potrebu za obmanom i prividom dogmatske jurisprudencije o logičkoj završenosti i zatvorenosti postojećeg prava. Privid zamjenjuje stvarna moralna odgovornost sudije za norme koje je pronašao ili stvorio. Mogućnost slobodnog sudskog stvaranja prava opterećena je i stigmatizirana, ne bez razloga, strahom da njena primjena ne ugrozi princip zakonitosti u pravu.

Nadahnut rješenjem švajcarskog Građanskog zakonika, slijedeći ideju slobodnog sudskog stvaranja prava, pokret slobodnog prava u Njemačkoj, u jednom od svojih pravaca, njen značaj suprotstavio je načelu zakonitosti u kontekstu njihove primjene na konkretne sporove favorizujući na uštrb zakonitosti, a u svjetlu principa slobodnog stvaranja prava, princip pravičnosti i postupanje *praeter* ili *contra legem.* Kritika ovog koncepta samo je potvrdila da je zakonitost nezamjenjiv princip/vrijednost prava.

Čak i loši zakoni i njihova primjena koja svjedoči o nepravednosti gube značaj pred prednostima koje princip poštovanja zakona osigurava – njihova stalnost osiguraće „zahtjeve pravičnosti u mnogo većem stepenu od sudijske uviđavnosti koja je načelno izuzeta od pokornosti zakonu“.[16]

Na sreću, osnovni pravac pokreta slobodnog prava zaustavio se kod zahtjeva za priznanjem slobodnog sudskog stvaranja prava prema uzoru na rješenje predviđeno švajcarskim zakonodavstvom.

Kako bojazan za princip zakonitosti nije bezrazložna da bi se otklonila, a princip zakonitosti dodatno potvrdio, slobodno sudsko stvaranje prava u svojoj primjeni ograničeno je samo na slučajeve bezuslovne praznine u zakonu i pozitivnom pravu.

[15] §1, Švajcarski građanski zakonik iz 1907. Vid. F. V. Taranovski, 512–513.
[16] *Ibid.*, 514.

Popunjavanje pravne praznine u svim svojim modalitetima, bez obzira na značajne međusobne razlike sugerišu nastojanje prava da ukoliko se već princip potpunosti, zbog prirode sadržaja prava ne može potpuno realizovati u pravnom sistemu, onda je važno (da bi se njegov kvalitet održao i učinio izvjesnim) da budući pravni sadržaji koji će nadomjestiti aktuelno nedostajuće pravne norme slijede ono što u svom vrijednosnom aspektu opravdava i odražava sadržaj već normiranog. Samjeravajući u skladu s tim još uvijek nenormirane bilo aktuelne i/ili buduće konfliktne društvene interese perpetuiraće se već utvrđeni i u aktuelnom pravnom sistemu konstitutivni vrijednosni kriterij u budućim normativnim sadržajima. Pravo iz jasnih razloga ne može biti potpuno, u smislu završenosti i konačnosti, ali može osigurati, uvažavajući pri tome dinamiku sopstvenog razvoja, dosljednost u primjeni svojih principa u svojim normativnim sadržajima. Novodoneseni normativni sadržaji kojim se popunjavaju pravne praznine na taj način činiće prirodni i očekivani produžetak onoga što već postoji, što je poznato i priznato u sadržaju aktuelnog prava, što bitno određuje postojeći pravni sistemu.

5. ZAKLJUČAK

Nastojanje prava da svojim normama obuhvati sadržaj svih društvenih odnosa, koje valorizuje primjerenim u skladu sa vrijednostima koje zagovara, te njihovom naknadnom sistematizacijom realizuje predodžbu o završenom, zatvorenom, potpunom, usklađenom i uređenom sistemu koji tako nastaje, suočeno sa pravnim prazninama, koje se u pravu, ispostavilo se, ne mogu izbjeći, stavlja se pred ozbiljnu kušnju.

Pravni poredak koji funkcioniše kao uređena, potpuna i jedinstvena cjelina podrazumijeva da su njegove opšte norme izvor pravila za svaki konkretan slučaj sa kojim će se on u svojoj primjeni suočiti.

U okviru svog idealno percipiranog sadržaja u njemu pravnih praznina nema jer sve što je pravno relevantno prethodno je normirano.

Pravni sistem u svojoj realnoj manifestaciji nije odraz svoje idealne predodžbe.

Pravo nikada ne može biti sasvim potpuno jer je život koji uređuje svojim normama uvijek složeniji i brže se od njega razvija i mijenja. Sadržaj prava zato će se, u manjoj ili većoj mjeri, neminovno suočavati sa pravnim prazninama – društvenim odnosima sa elementima pravnosti koji nisu pravno normirani.

Ta razlika između žuđenog ideala u kome će se realizovati kao potpun, zatvoren i završen pravni sistem i njegove realne i neizbježne manifestacije nesavršenosti zahtijevala je da se pravo odredi prema pravnim prazninama.

U dugoj historiji prava odgovor na pravne praznine se mijenjao – od apriornog odbijanja do pragmatičnog prihvatanja.

Prihvatajući da je pravna praznina neminovnost koju pravo ni na koji način ne može izbjeći, pravo je s vremenom mijenjalo i svoj odnos prema njima. Njihovo postojanje za pravni sistem umjesto da se percipira kao nužno kompromitujuća kontradiktornost postaje dobra prilika za opetovanu potvrdu prilagodljivosti i vitalnosti prava. Slijedeći taj izbor pravo u odgovoru na pravnu prazninu slijedi svoje već utvrđene vrijednosti na čijoj primjeni, i kao njihova potvrda, je konstituisan i počiva već postojeći pravni sistem.

Neizvjesnost zbog nedostajuće pravne norme nadomješta se sadržajem naknadno donesene, kojom se praznina popunjava, koja, da bi bila dio sistema, mora da slijedi već utvrđene vrijednosne kriterije.

Pravne vrijednosti, bez obzira na svoju subjektivnu utemeljenost i uslovljenost interesima u kontekstu objektivne društvene stvarnosti, svojom trajnošću stvaraju osjećaj izvjesnosti, kontinuiteta u diskontinuitetu, i uvijek imaju jasan cilj – da pravo opravdaju i osnaže povjerenje u njegov sadržaj i njegove ciljeve – potvrđujući da pravo garantuje mir, slobodu, pravdu i pravnu sigurnost i da će se njegove norme uvijek u svojoj realizaciji tih vrijednosti pridržavati jer će slijediti zahtjev zakonitosti, potpunosti i određenosti.

Iako su vrijednosni principi po načelu postajanja subjektivni fakti, oni su u pravu i objektivizirani i pouzdani, pa u kontekstu odgovora prava na izazov pravne praznine opravdano ih je prepoznati kao jasne i pouzdane smjernice prema kojima će se nedostajući sadržaj naknadno normirati.

Slijedeći već postojeće smjernice pravnih vrijednosti u pravnom sistemu, bez obzira na brojne i u nekim slučajevima značajne razlike u elaboraciji i kontekstualnoj realizaciji ovog koncepta, odgovor prava na pravnu prazninu biva od priznanja njene pretpostavljene manjkavosti transformisan u potvrdu njegovih vrlina – dosljednosti i vitalnosti prije svega.

LISTA REFERENCI

1. Bobbio, Norberto, *Eseji iz teorije prava*, Logos, Split 1988;
2. *Enciklopedija prava*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2003.
3. Lukić, Radomir D., *Uvod u pravo*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SRJ, Beograd 1995;
4. Miličić, Vjekoslav, *Opća teorija prava i države,* Zagreb 2008;
5. Perić, Berislav, *Struktura prava*, Informator, Zagreb 1994;
6. Radbruh, Gustav, *Filozofija prava*, Nolit, Beograd 1980;

7. Visković, Nikola, *Pojam prava, prilog integralnoj teoriji prava*, Pravni fakultet Split, Split 1976;
8. N. Visković, *Pojam prava, prilog integralnoj teoriji prava*, Logos, Split 2001a;
9. Visković, Nikola, *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb 2001b.

Full Professor Mirjana Nadaždin Defterdarević, LL.D.

Faculty of Law of the University “Džemal Bijedić“ in Mostar

LAW, LEGAL SYSTEM AND LEGAL GAP

Summary

Law endeavors to encompass with its norms the content of all social relations it deems appropriate in accordance with the values it advocates, and, through their subsequent systematization, it realizes the notion of a completed, closed, finite, harmonized, and regulated system; nevertheless, there are legal gaps that, as it turns out, cannot be avoided, so this endeavor is put to a serious test.

A legal system, when applied, is not a reflection of its ideal image.

Law can never be entirely finite because the life it governs by its norms is always more complex, and it evolves and changes faster than law. The content of law will therefore, to a lesser or greater extent, inevitably face legal gaps – social relations with elements of legality that are not legally normed.

This distinction between the coveted ideal in which it would be realized as a finite, closed, and completed legal system and its real and inevitable manifestation of imperfection demanded that law be determined according to the legal gaps.

In the long history of law, the response to legal gaps has changed – from a priori rejection to pragmatic acceptance.

Instead of denying or perceiving legal gaps as compromising contradictions to the legal system, as was initially the case, we now accept their existence as a challenge to both the law and the legal system, recognizing their existence as a valuable opportunity to repeatedly affirm the adaptability and vitality of both the law and the legal system in addressing the legal gap challenge.

Following this choice, the law responds to the legal gap by adhering to its already established values, whose application and confirmation form the foundation of the existing legal system.

The subsequently adopted norm, which fills the gap and adheres to the previously established value criteria, replaces the uncertainty resulting from the missing legal norm.

Legal values, irrespective of how subjective and conditioned by interests in the context of an objective social reality, create a sense of certainty, continuity within discontinuity, and always have a clear goal –the one to justify law and strengthen trust in legal content and goals –reiterating that law guarantees peace, freedom, justice, and legal certainty and that its norms will always nurture these values and honor the requirements of legality, completeness, and concreteness.

Even though the value principles are subjective facts in their essence, in law they are objectivized and certain, so in the context of the legal response to the challenge of legal gaps, they should be recognized as clear and reliable guidelines.

Following the pre-existent guidelines of legal values in a legal system, regardless of the numerous and sometimes significant differences in the definition and contextual application of this concept, the answer of law to a legal gap is transformed from the recognition of its deficiency to the affirmation of its virtues – primarily consistency and vitality.

Key words: *Law; Legal norm; Legal system; Legal gap; Filling legal gaps; Legal values.*

UDK/UDC 340.134(497.11)“20“
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof. dr. Goran Dajović

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

ANATOMIJA I PATOLOGIJA ZAKONODAVSTVA U SRBIJI POČETKOM DVADESET PRVOG VEKA[1]

„Uzurpator unutar države biva u sličnoj situaciji u kojoj se nalazi i osvajač. Osuđen je da sve obnavlja, da raspusti zatečeni državni aparat, da uništi grad i promijeni običaje. To je pravi cilj, ali u sadašnjim vremenima treba ga ostvariti zaobilaznim putevima, okolišajući, vještim mahinacijama i, koliko je moguće, bez nasilja. *Zato neću uništiti ustanove, ali ću ih, jednu po jednu, dohvatiti nevidljivom rukom koja će poremetiti njihovo djelovanje*.“

(M. Joli, „Dijalog u paklu između Makijavelija i Monteskjea“)

Osim povremenih izveštaja i analiza različitih nevladinih organizacija, parlamentarna praksa i zakonodavne procedure u Srbiji nisu u fokusu kritičke pažnje domaće pravne javnosti i nauke. Stoga se čini opravdanim da se neke pravno relevantne manifestacije parlamentarne prakse osvetle i podvrgnu kritici. Ta praksa se danas sumarno može okarakterisati kao suprotna osnovnim načelima racionalnog zakonodavstva, kao i principa vladavine prava, demokratije i podele vlasti, premda su ta načela sadržana i razrađena u relevantnim izvorima prava u Srbiji. I čini se da je srpska zakonodavna praksa specifična u odnosu na druge (istočno)evropske zemlje upravo jer se, uprkos savremenom normativnopravnom okviru, on u Srbiji poriče na posebno „živopisne“ načine i tako se, iako formalno i dalje važeći, zaobilazi ili zloupotrebljava.

Međutim, da bi se kontrast između slova i duha normi s jedne i zakonodavne prakse s druge strane, sasvim izoštrio, prethodno je potrebno sumarno opisati anatomiju normativnopravnog okvira srpskog zakonodavstva. A to podrazumeva kratak prikaz zakona, kao izvora prava u Srbiji, kao i pretparlamentarnu i parlamentarnu etapu zakonodavnog postupka.

Goran Dajović, *gorand@ius.bg.ac.rs.*

[1] Tekst koji sledi predstavlja prilog projektu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“ za 2023. godinu, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

S druge strane, paradigmatični slučajevi zakonodavne patologije koji će biti analizirani su ekstenzivna upotreba hitnog zakonodavnog postupka, donošenje individualnih zakona i rašireno praktikovanje instituta takozvanog autentičnog tumačenja. Te prakse ne spadaju u najozbiljnije, a verovatni ni u najfatalnije „bolesti“ srpskog zakonodavstva. Ali one su, unutar te grane vlasti, najilustrativnije manifestacije političke i moralne gangrene koja je zahvatila srpsko društveno tkivo u dvadeset prvom veku.

Ključne reči: Zakonodavstvo; Individualni zakoni; Autentično tumačenje; Hitan zakonodavni postupak.

1. UVOD

Srbija je 1990. godine, još dok je bila jedna od federalnih jedinica Jugoslavije, usvojila Ustav, u kojem je definisana kao „demokratska država svih građana koji u njoj žive, zasnovanu na slobodama i pravima čoveka i građanina, na vladavini prava i na socijalnoj pravdi“ (čl. 1). Na taj način je postavljen normativni okvir za tranziciju iz jednopartijskog političkog režima i socijalističkog društvenog i ekonomskog uređenja u liberalnu, demokratsku pravnu državu.

Iako su prvi izbori koji su održani na osnovu odredaba tog Ustava bili i prvi višestranački izbori u Srbiji nakon drugog svetskog rata, Srbija je nakon njih, a i narednih deset godina, bila pod vlašću „presvučene“ komunističke partije (Socijalistička partija Srbije) i njenog lidera Slobodana Miloševića. I spoljne i unutrašnje prilike dovele su do toga da u poslednjoj deceniji dvadesetog veka, Srbija ne prođe tranziciju iz nedemokratskog i neliberalnog, socijalističkog poretka u liberalno-demokratski režim zasnovan na vladavini prava (kako je prema ustavu trebalo da bude), već samo da jednu formu autoritarnog režima, zameni drugom. Pred kraj te dekade, zvanični saveznik Miloševićeve partije postaće i stranka krajnje desnice (Srpska radikalna stranka), a dvadeseti vek će se završiti, ratom vojske i policije Srbije s naoružanim grupama etničkih Albanaca na Kosovu, zatim bombardovanjem Srbije od strane snaga NATO, i najzad, padom s vlasti Miloševićevog režima nakon izbora i narodne pobune u oktobru 2000. godine.

Nakon te promene, politička tranzicija koja je Ustavom bila normirana, najzad je započeta, ali uz poteškoće i opstrukcije, od kojih najveća bila atentat na premijera Srbije, početkom 2003. godine. Ipak, uprkos tim poteškoćama, u Srbiji se postojano menja normativni okvir u pravcu demokratizacije i liberalizacije političkog života, donosi se 2006. i novi ustav, održava se nekoliko ciklusa relativno demokratskih izbori na kojima dolazi do mirne primopredaje vlasti između različitih političkih grupa, jačaju civilno društvo i medijske slobode. Najzad, Srbija 2009. godine zaključuje s

Evropskom Unijom Ugovor o stabilizaciji i pridruživanju, a početkom 2012. postaje i kandidat za članstvo u Uniji.

Iako bilans „puzeće“ tranzicije tih godina nije bio impresivan,[2] i takav kakav je, biće anuliran praksom koju će, nakon pobede na izborima 2012. godine, postepeno uspostaviti političke struje koju su predvodili članovi poslednje vlade iz perioda devedesetih iz reda visokih zvaničnika Srpske radikalne stranke. U čvrstoj koalicionoj saradnji s nekadašnjom Miloševićevom partijom, oni će voditi sve autoritarniju unutrašnju politiku i postepeno transformisati politički režim u Srbiji od slobodnog ka hibridnom, bez znatnih promena u normativnom okviru, ali sa suštinskim retrogradnim promenama u političkoj i društvenoj praksi.[3]

Poslednjih godina te promene se naročito ogledaju u širenju moći izvršne vlasti i jačanja kulta ličnosti Predsednika Srbije. Pravosudne i kontrolne institucija (ombudsmana, poverenika za zaštitu informacija od javnog značaja, agencije za sprečavanje korupcije itd.) mu se potčinjavaju, a uspostavlja se i čvrsta kontrola vlade u medijskoj sferi. I o tome već postoje relevantne akademske analize.[4]

Uporedo s takvim procesima, i parlamentarni život se postojano devastira. Primera radi, vladajuća većina zloupotrebljava vreme za raspravu o određenom pitanju kako bi onemogućila dijalog i raspravu, javne rasprave se ne organizuju ili se organizuju pro forme. Krajem 2017. je po prvi put i državni budžet usvojen bez javne rasprave, a nedavno (septembar 2023) su izmene tekućeg zakona o budžetu usvojene bez rasprave i u samom parlamentu. Najzad, zbog stanja u parlamentu, većina opozicionih poslanika se opredelila za potpuni bojkot skupštine 2019. godine, a to je bila uvertira i za bojkot opozicionih partija narednih parlamentarnih izbora 2020. godine.

[2] Up. G. Dajović, B. Vranić, „Uvodna reč“, *Demokratska tranzicija Srbije – (re)kapitulacija prvih 25 godina* (ur. G. Dajović, B. Vranić), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2016, 7.

[3] Prema izveštajima organizacije *Freedom House*, u Srbiji politička prava i građanske slobode neprekidno erodiraju. Primera radi, od 2017. godine postoji konstantan pad indikatora koje Freedom House ocenjuje (od 76 poena 2017. na 60 poena 2023 – up. *https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2023*), a Srbija se ocenjuje kao „partly free“ država. Sličan trend se primećuje i kada su u pitanju izveštaji relevantnih organizacija koji ocenjuju pluralizam i slobodu u sferi štampe i medija. Na primer, Srbija se, prema stepenu medijskih sloboda 2020. godine našla na 93. mestu, od ukupno 180 rangiranih država. Na osnovu indeksa slobode štampe, koji obrađuje organizacija „Reporteri bez granica“, to je 24 mesta slabije u odnosu na 2017. godinu.

[4] Up. na primer, T. Marinković, *Odgovornost predsednika Republike za povredu ustava – zabrana uticaja na vršenje sudijske funkcije*, CEPRIS, Beograd 2021.

Kao posledica toga, srpski parlament u periodu 2020–2022 je, praktično, bez opozicije.[5]

Osim povremenih izveštaja različitih nevladinih organizacija, parlamentarni život i zakonodavne procedure u Srbiji nisu u fokusu *kritičke* pažnje domaće pravne nauke. Stoga se čini opravdanim da se neke *pravno relevantne* manifestacije parlamentarne prakse osvetle i podvrgnu kritici. Ta praksa se danas sumarno može okarakterisati kao suprotna osnovnim načelima valjanog[6] i racionalnog[7] zakonodavstva, kao i principa vladavine prava, demokratije i podele vlasti, premda su ta načela sadržana i razrađena u relevantnim izvorima prava u Srbiji. I čini se da je zakonodavna praksa Srbije specifična u odnosu na druge (istočno)evropske zemlje upravo u tome što se, uprkos savremenom normativnopravnom okviru, u njoj on negira na „živopisne“ i posebne načine i tako se, iako formalno i dalje važeći, zaobilazi, izvrće ili zloupotrebljava. O nekim od tih načina, biće govora u nastavku teksta.

Da bi se taj kontrast između slova i duha normi s jedne i zakonodavne prakse s druge strane osvetlio, prethodno je potrebno sumarno opisati anatomiju normativnopravnog okvira srpskog zakonodavstva. A to podrazumeva kratak prikaz zakona, kao izvora prava u Srbiji, kao i pretparlamentarnu i parlamentarnu etapu zakonodavnog postupka.

Konačno, treba istaći da slučajevi zakonodavne patologije koji će, potom, biti analizirani ne spadaju u najozbiljnije, a verovatni ni u najfatalnije „bolesti“ srpske parlamentarne prakse. Ali, po mom sudu, oni su, *unutar te prakse*, najilustrativnije manifestacije političke i moralne gangrene srpskog društva u dvadeset prvom veku.

2. HIJERARHIJA IZVORA PRAVA U SRBIJI

Hijerarhija opštih pravnih akata, to jest formalnih izvora prava u Srbiji uređena je Ustavom Srbije na sledeći način:

„Pravni poredak Republike Srbije je jedinstven.

[5] D. Mileusnić, *Studija slučaja: Komunikacija građana i Narodne skupštine u Republici Srbiji*, USAID–CRTA, Beograd 2022, 8.

[6] U literaturi se, kao principi dobrog zakonodavstva, primera radi, navode sledeći principi: „the process of legislation must be transparent and participative; the ultimate target of law-making should be the good, just and fair norm; instruments of the law must be effective and proportionate; the form of law must be well structured, clear and understandable“. Vid. U. Karpen, H. Xanthaki, “Introduction: Law, Legislation and Legisprudence”, *Legislation in Europe, A Country by Country Guide* (eds. U. Karpen, H. Xanthaki), Hart Publishing, Oxford 2020, 2.

[7] Racionalnost u zakonodavstvu podrazumeva pravnu (saglasnost zakonodavnog procesa s ustavom i zakonima), proceduralnu, supstantivnu i formalnu (valjan jezik i stil zakona) racionalnost (up. U. Karpen, H. Xanthaki, 4).

Ustav je najviši pravni akt Republike Srbije.

Svi zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji moraju biti saglasni sa Ustavom.

Potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo su pravnog poretka Republike Srbije. Potvrđeni međunarodni ugovori ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom.

Zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava“ (čl. 194).

U narednom članu, Ustav propisuje da „svi podzakonski opšti akti Republike Srbije, opšti akti organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, političkih stranaka, sindikata i udruženja građana i kolektivni ugovori moraju biti saglasni zakonu“, a isto se odnosi i na statute, odluke i sve druge opšte akte autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave.

Iz navedenih odredaba Ustava, jasno je da zakoni predstavljaju primarni izvor prava[8] u Srbiji i da je zbog toga analiza anatomije zakonodavnog procesa od velikog značaja za bolje razumevanje pravnog sistema generalno. Prema Ustavu Srbije svi zakoni poseduju istu pravnu snagu i donose se po istom postupku, odnosno s istom potrebnom većinom glasova poslanika.[9] Dakle, prema slovu ustava, u Srbiji ne postoje tzv. organski[10] niti sistemski zakoni.

Međutim, zbog izlaganja koje sledi u odeljku četiri, valja istaći da je Ustavni sud Srbije (USS) u više navrata[11] utvrdio da postoji razliku između sistemskih i običnih zakona, zbog toga što Ustav, kao što je pokazano, sadrži načelo o jedinstvenosti pravnog poretka. A to načelo, prema stavu USS, implicira da se zakoni mogu razlikovati u sadržinskom smislu, to jest da u tom smislu postoji razlika između sistemskih zakona i običnih zakona. Sistemski zakoni su zakoni koji na celovit način uređuju izvesnu oblast,

[8] Ne treba smetnuti s uma da se međunarodni ugovori, premda su veće pravne snage od zakona, potvrđuju u formi zakona.

[9] Većina potrebna za usvajanje zakona je polovina narodnih poslanika sa sednice na kojoj prisustvuje najmanje polovina ukupnog broja narodnih poslanika. Istina, u određenim situacijama, potrebna je većina svih narodnih poslanika Narodne skupštine, kao što je usvajanje zakona o budžetu, zakona koji uređuju narodnu inicijativu i referendum i zakona kojima se potvrđuju međunarodni ugovori.

[10] Zakoni koji regulišu ustavnu materiju, najčešće delokrug i funkcionisanje najvažnijih državnih organa i koji stoga imaju drugačiju pravnu snagu i donose se po drugačijem postupku od „običnih“ zakona.

[11] U tom smislu, USS je doneo veći broj odluka kojima određene zakone (odnosno pojedine njihove odredbe) proglašava neustavnim zbog povrede načela jedinstva pravnog poretka (up. na primer IUz-225/2005 od 19. aprila 2012; IUz-850/2010 od 12. jula 2012; IUz-17/2011 od 23. maja 2013; IUz-27/2011 od 3. oktobra 2013; IUz-95/2013 od 14. novembra 2013; IUz-101/2013 od 7. novembra 2013. godine itd.).

dok obični zakoni to ne čine.[12] USS iz toga izvlači zaključak da iz te sadržinske razlike proizilazi i formalna: sistemski zakoni su veće pravne snage od običnih. Stoga su sve odredbe običnih zakona koje su u suprotnosti sa sistemskim zakonima u odnosu na njih, „nezakonite“, preciznije neustavne.[13]

Kao što Ustav ne pravi razliku između zakona prema njihovoj formi, tako isto ne povlači ni razliku oko pitanja šta može ili mora biti zakonodavna materija, a šta ne.[14] Drugim rečima, Ustavom nije naznačeno šta može (ili mora) biti uređeno zakonima, a koji odnosi (mogu da) se uređuju drugim vrstama opštih akata. Istina, na više mesta u Ustavu pojedine vrste društvenih odnosa su rezervisani domen zakonodavstva. Tako je, primera radi, članom 62 predviđeno je da se „brak i odnosi u braku i porodici uređuju zakonom“, a članom 64 predviđa se da se „prava deteta i njihova zaštita uređuju zakonom“. Primeri ovakvih obaveza mogu se naći i izvan konteksta ljudskih i manjinskih prava, naime: „zakonom se utvrđuju rokovi u kojima budžet mora biti usvojen i način privremenog finansiranja“ (član 92), ili „o Vladi se donosi zakon“ (član 135). Međutim, ove primere treba razumeti samo kao osobito značajne vrste društvenih odnosa koji moraju biti uređeni zakonom. Ali, s druge strane, načelno posmatrano, ne postoji oblast društvenog života koja ne može biti uređena zakonima.

Najzad, nezavisno od konkretne materije zakona, u domaćoj pravnoj teoriji odavno se ustalilo gledište da se zakoni, *u materijalnom smislu*, određuju kao opšte norme kojima se ustanovljavaju prava i obaveze za klase, grupe pravnih subjekata, a da se podzakonskim aktima prava i oba-

[12] Zakon koji, recimo, izričito isključuje mogućnost da se drugim zakonom reguliše ista materija mogao bi u dotičnoj materiji da se smatra „sistemskim“, i to po samom slovu tog zakona. Takav je slučaj, primera radi, sa Zakonom o porezu na dohodak građana, koji na početku predviđa da se „Oporezivanje dohotka građana uređuje isključivo ovim zakonom“ (čl. 1, st. 2). To bi značilo da bi svaki drugi zakon kojim bi se uveo neki oblik oporezivanja dohotka bio „nezakonit“, odnosno suprotan „sistemskom“ zakonu, to jest, prema tumačenju US, protivan načelu jedinstva pravnog poretka.

[13] Up. G. Dajović, „O međusobnoj neusklađenosti zakona – „doktrina“ Ustavnog suda Srbije o značenju ustavnog načela jedinstva pravnog poretka Srbije“, *Demokratska tranzicija Srbije – (re)kapitulacija prvih 25 godina* (ur. G. Dajović, B. Vranić), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2016, 49. Ipak, valja naglasiti da se Sud ne pridržava ove doktrine dosledno. Recimo, u slučaju takozvanih individualnih zakona koji na najdrastičniji način narušavaju jedinstvenost pravnog poretka (v. od. 4.2.), Sud nije reagovao.

[14] Kao što je to slučaj, recimo, u Francuskoj, u kojoj se ustavom izričito nabraja šta spada u materiju zakona, prepuštajući sve druge odnose regulaciji podzakodavstva. Međutim, u praksi se i u Francuskoj, kroz odluke Ustavnog saveta, ta granica relativizovala (up. K. Gilberg, “Legislation in France”, *Legislation in Europe, A Country by Country Guide* (eds. U. Karpen, H. Xanthaki), Hart Publishing, Oxford 2020, 184).

veze utvrđene zakonima, samo preciznije uređuju.[15] Takvo razumevanje pojma zakona nije samo proizvod pravne, nego i političke teorije. Jer, tek ako se tako razume, „zakon ... nezavisno od svog sadržaja, ne dopušta (bar u okviru kategorije podanika na koje se odnosi) nikakve privilegije, tj. odredbe koje idu u prilog samo jednoj osobi, ni diskriminaciju, tj. odredbu koja ide na uštrb samo jedne osobe“.[16]

3. POSTUPAK DONOŠENJA ZAKONA

Prema Ustavu Srbije „pravo predlaganja zakona, drugih propisa i opštih akata imaju svaki narodni poslanik, Vlada, skupština autonomne pokrajine ili najmanje 30.000 birača“ (čl. 107). Međutim, ako se osvrne na parlamentarnu praksu u poslednje dve decenije, primetiće se izrazita disproporcija, kada su u pitanju ovlašćeni predlagači. U tom smislu brojke su više nego rečite: oko 99 procenata zakona usvaja se na predlog vlade – dok je broj zakona koji su predloženi od strane narodnih poslanika minoran.[17]

Kada se radi o biračima kao predlagačima, situacija je još drastičnija. U praksi parlamenta nije bilo nijednog predloga zakona po osnovu narodne inicijative od 2001. Međutim, čak i kada se pojavio jedan takav predlog, 2022. godine,[18] on se, do danas, nije našao u skupštinskoj proceduri.[19]

Iz ovih razloga, u ovom odeljku detaljnije će se opisati samo postupak donošenja zakona čiji je predlagač Vlada. Taj postupak će se prikazati kroz dve njegove uobičajene etape: prvu, koja se odvija u izvršnoj vlasti i drugu, koja se zbiva u samom Parlamentu.

[15] R. Vasić, M. Jovanović, G. Dajović, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 255, 260.

[16] N. Bobio, *Budućnost demokratije. Odbrana pravila igre*, Filip Višnjić, Beograd 1990, 169.

[17] Tako, primera radi, 2015. Parlament je usvojio 185 zakona čiji je predlagač bila vlada, a tri čiji su predlagači bili narodni poslanici, 2018. odnos je 199 prema dva, a naredne 2019, 219 prema dva.

[18] Narodnoj skupštini Srbije 18. maja 2022. godine predato je 38.000 potpisa za narodnu inicijativu kojom se zahteva usvajanje Zakona o izmeni i dopunama Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima s ciljem da se uvede trajna zabrana istraživanja, eksploatacije i prerade ruda litijuma i bora.

[19] Prema Zakonu o referendumu i narodnoj inicijativi, nadležni odbor skupštine je dužan da u roku od 30 dana od podnošenja narodne inicijative sa listom potpisnika, utvrdi da li je lista potpisnika narodne inicijative sačinjena u skladu sa zakonom zakona i da li je prikupljen dovoljan broj potpisa (čl. 67). Međutim, to do danas nije učinjeno, jer se predlog zakona, praćen overenim potpisima dovoljnog broja birača „zagubio“ u arhivi parlamenta (*sic*). Takođe, Narodna skupština je dužna da o predlogu iz uredno sačinjene narodne inicijative odluči na prvoj narednoj sednici u redovnom zasedanju, a najkasnije u roku od šest meseci od dana pokretanja narodne inicijative (čl. 69).

3.1. Pretparlamentarna (pripremna) faza zakonodavnog procesa

U skladu s Poslovnikom Vlade, proces predlaganja zakona od strane Vlade treba posmatrati u kontekstu Godišnjeg programa rada Vlade kojim se definišu prioriteti Vlade, uključujući propise koje ona planira da predloži Narodnoj skupštini (čl. 76 i 77). Najvažniji akteri u procesu pisanja zakona su resorna ministarstva. Od njih potiču inicijative za pisanje zakona, ministarstva formiraju radne grupe koje pripremaju predloge zakone, ona su, konačno, najčešći formalni predlagači zakona pred parlamentom.

Ako se oceni da postoji potreba za izmenom važećeg zakona, prethodno treba razmotriti da li se to može učiniti izradom zakona o izmenama i dopunama tog zakona ili treba doneti novi zakon.[20] Nacrt zakona prati niz dokumenata i materijala. Najvažniji prateći dokument jeste „obrazloženje“ nacrta zakona, Poslovnik Vlade propisuje elemente koje “obrazloženje“ mora da sadrži, od kojih su najvažniji (1) ustavni osnov za donošenje zakona; (2) razlozi za donošenje zakona; (3) objašnjenje osnovnih pravnih instituta i pojedinačnih rešenja; (4) procenu finansijskih sredstava potrebnih za sprovođenje zakona; (5) razloge za donošenje zakona po hitnom postupku, ako je za donošenje zakona predložen hitan postupak; itd. (čl. 39 Poslovnika Vlade). Kao prilog uz nacrt zakona predlagač često sačinjava i analizu efekata zakona.[21] Najzad, uz predlog zakona, predlagač je u obavezi da dostavi izjavu da je predlog zakona usklađen s propisima Evropske unije (u daljem tekstu: EU), da ne postoji obaveza usklađivanja ili da zakon nije moguće uskladiti sa propisima EU, a po potrebi dostavlja i tabelu o usklađenosti predloga zakona sa propisima EU.

O nacrtu zakona predlagač pribavlja mišljenje Republičkog sekretarijata za zakonodavstvo i Ministarstva finansija, kao i mišljenje Ministarstva spoljnih poslova ako se zakon tiče odnosa Republike Srbije sa inostranstvom, odnosno mišljenje Ministarstva pravde ako se zakonom propisuju krivična dela, privredni prestupi ili prekršaji ili ako se njime ustanovljava ili oduzima sudska nadležnost. Mišljenja se pribavljaju i od organa državne

[20] Novi zakon treba doneti ako su ispunjeni sledeći uslovi:

1) ako se menja više od polovine članova postojećeg zakona;

2) ako izmene i dopune sadrže odredbe kojima se različito reguliše i menja suština postojećeg zakona;

3) ako ima previše malih izmena, zbog čega je tekst osnovnog propisa nepregledan i težak za upotrebu i citiranje, te je celishodnije doneti novi propis.

[21] Analiza efekata zakona (*Regulatory Impact Analysis* – RIA) uvedena je u Srbiji 2004. godine i sadrži sledeća objašnjenja: na koga će i kako će uticati rešenja u zakonu, kakve troškove će primena zakona stvoriti građanima i privredi, da li su pozitivne posledice donošenja zakona takve da opravdavaju troškove koje će on stvoriti, da li se zakonom podržava stvaranje novih privrednih subjekata na tržištu i tržišna konkurencija, itd. (čl. 40 Poslovnika Vlade).

uprave sa čijim delokrugom je povezano pitanje na koje se zakon odnosi. O nacrtu zakona kojim se vrši usklađivanje propisa Republike Srbije sa propisima Evropske unije predlagač pribavlja i mišljenje Ministarstva za evropske integracije.

U sledećoj fazi, nacrt zakona se razmatra na sednici radnog tela (odbora) Vlade.[22] Na sednici odbora se stavovi predlagača usaglašavaju s primedbama iz pribavljenih mišljenja i primedbama i predlozima članova odbora. Potom odbor sastavlja izveštaj za Vladu, koji, pored ostalog, sadrži zaključak kojim se Vladi predlaže da utvrdi ili ne utvrdi predlog zakona, kao i izdvojena mišljenja članova odbora i sporna pitanja.

Predlagač je obavezan da u pripremi zakona kojim se bitno menja uređenje nekog pitanja ili uređuje pitanje koje posebno zanima javnost sprovede javnu raspravu. Prema Poslovniku Vlade (čl. 41), sistemski zakoni podležu obaveznoj javnoj raspravi. Takođe, javna rasprava je obavezna i za zakone „kojima se bitno menja uređenje nekog pitanja ili uređuje pitanje koje posebno zanima javnost“. Poslovnik ne precizira šta se tačno podrazumeva pod „bitnim menjanjem pravnog režima“ i „pitanjem koje posebno zanima javnost“.[23] Rok za dostavljanje inicijativa, predloga, sugestija i komentara u pismenom ili elektronskom obliku iznosi najmanje petnaest dana od dana objavljivanja javnog poziva. Javna rasprava traje najmanje dvadeset dana.

Utvrđivanje predloga zakona na sednici Vlade podrazumeva obrazlaganje nacrta od strane predlagača (ako predsednik Vlade oceni da je to potrebno ili ako to predstavnik predlagača izričito zahteva), a zatim i raspravu, u kojoj članovi vlade na sednici iznose primedbe i predloge. Po okončanju rasprave, Vlada odlučuje o nacrtu zakona tako što prihvata ili ne prihvata predlog sadržan u zaključku nadležnog Vladinog odbora. Vlada pri tome može da izmeni nacrt zakona, a može i da odloži odlučivanje i da predlagaču naloži da izmeni ili dopuni nacrt zakona. Vlada prihvata nacrt zakona tako što utvrđuje predlog zakona, koji potom upućuje Narodnoj skupštini.

3.2. Parlamentarna faza zakonodavnog procesa

Postupak za donošenje zakona, od ulaska predloga zakona u skupštinsku proceduru do njegovog usvajanja na sednici Narodne skupštine, uređen je Poslovnikom Narodne skupštine (čl. 150–168 Poslovnika Narodne skupštine).

[22] Prema poslovniku, Vlada ima četiri stalna odbora (čl. 25), a većinu njihovih članova čine članovi vlade (ministri i potpredsednici).

[23] Takođe, treba dodati da ni Poslovnik ni Ustav, kako je već predočeno, ne poznaju pojam „sistemskih zakona“.

Predlog zakona najpre se razmatra u skupštinskim odborima.[24] Parlamentarni odbori su najvažniji deo unutrašnje organizacije parlamenta i obrazuju se kao unutrašnja, pomoćni organi parlamenta.[25] Svaki predlog zakona razmatra Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo. Njegova uloga je da utvrdi da li je predlog u skladu s Ustavom i zakonom. Osim tog odbora, još dva odbora obavezno razmatraju predlog zakona: Odbor za evropske integracije se obavezno izjašnjava o svim predlozima zakona koji se tiču evropskih integracija, a odgovarajući resorni odbor se bavi predlogom zakona iz oblasti za koju je taj odbor nadležan.

Skupštinski odbor najpre raspravlja o predlogu zakona u načelu, a onda detaljno o njegovim članovima (čl. 75 Poslovnika). Osim što razmatra inicijalni predlog zakona u celini, nadležni odbor razmatra i amandmane. Amandman je predlog za izmenu i dopunu predloga zakona, koji može da podnese Ustavom ovlašćeni predlagač (najčešće su to poslanici) kao i nadležni odbor Narodne skupštine (čl. 161 Poslovnika).[26]

Predlagač zakona i nadležni odbor predlažu Narodnoj skupštini koje amandmane da prihvati, a koje da odbije. Amandman koji je u skladu s Ustavom i pravnim sistemom, a prihvate ga predlagač zakona i nadležni odbor, postaje sastavni deo predloga zakona i o njemu Narodna skupština posebno ne odlučuje.

Prema Poslovniku Narodne skupštine, “nadležni skupštinski odbor može da organizuje javno slušanje radi pribavljanja informacija, odnosno stručnih mišljenja o predlogu akta koji je u skupštinskoj proceduri, razjašnjenja pojedinih rešenja iz predloženog ili važećeg akta, razjašnjenja pitanja značajnih za pripremu predloga akta, ili drugog pitanja koje je u nadležnosti odbora...“ (čl. 83–84 Poslovnika).

Najzad, nakon završetka pretresa, nadležni odbor podnosi Narodnoj skupštini izveštaj. Odbor određuje izvestioca, koji ima pravo da obrazlaže izveštaj odbora na sednici Narodne skupštine (čl. 156 Poslovnika).

Zbog izlaganja u narednom odeljku, važno je naglasiti da skupštinski Poslovnik predviđa dve vrste postupaka usvajanja zakona: redovan i hitan postupak.[27] Osnovna razlika između njih jeste vremenski period od podno-

[24] Narodna skupština trenutno ima 19 stalnih odbora (čl. 46. Poslovnika NS).

[25] J. Barthélemy, *Essai sur le travail parlementaire et le système des commissions*, Delagrave, Paris 1934, 10–15, nav. prema O. Nikolić, „Zakonodavni postupak u Narodnoj skupštini Republike Srbije i evropske integracije“, *Srpska politička misao* 4/2016, 318.

[26] Kako pri pisanju amandmana tako i pri pisanju samog predloga zakona shodno se primenjuju odredbe Jedinstvenih metodoloških pravila za izradu propisa (*Službeni glasnik RS,* br. 21/2010), koje se odnose na način pisanja zakona i drugih propisa, kao i njihovih izmena i dopuna. Ta pravila je usvojio parlamentarni Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo, 2010. godine.

[27] Po hitnom postupku može da se donese zakon kojim se uređuju pitanja i odnosi nastali

šenja skupštini predloga zakona do stavljanja na dnevni red sednice Narodne skupštine. Predlog zakona prema redovnom postupku može doći na dnevni red Skupštine tek pošto protekne petnaest dana od dana njegovog podnošenja (čl. 154 Poslovnika),[28] dok prema hitnom postupku predlog zakona može doći na dnevni red Skupštine i u roku od 24 časa od trenutka njegovog podnošenja Skupštini (čl. 168 Poslovnika). Iz te proizilazi i druga bitna razlika. Naime, po redovnom postupku, odbori svoja mišljenja o predloženom zakonu dostavljaju u roku ne kraćem od pet dana pre dana početka sednice Narodne skupštine na kojoj se predlog zakona razmatra, dok u okviru hitnog postupka ovaj vremenski interval iznosi jedan dan. Amandmani na zakone koji su u skupštinskoj proceduri po hitnom postupku mogu da se podnose i do samog početka prve načelne rasprave na plenarnoj sednici Skupštine o tom predlogu zakona, za razliku od redovne procedure, kada je taj rok tri dana pre početka pretresa u skupštinskom plenumu.

Na plenarnoj sednici Parlamenta najpre se vodi načelni pretres; Narodna skupština može da odluči da obavi zajednički načelni pretres o više predloga zakona ukoliko su različiti predlozi zakona u međusobnoj vezi (čl. 157, st. 1 i 2, Poslovnika). Redosled i trajanje izlaganja tokom pretresa su utvrđeni Poslovnikom (čl. 94, 96 i 98).[29] Nakon rasprave u načelu, prelazi se na pretres u pojedinostima. On se odnosi na one članove predloga zakona na koje su podneti amandmani ili na amandmane kojima se predlaže unošenje novih odredaba.

Narodna skupština, u danu za glasanje, najpre glasa o svakom predlogu zakona u načelu. Ako je predlog zakona prihvaćen u načelu, skupština odlučuje o svakom amandmanu posebno i, na kraju, o predlogu zakona u celini. Zakon koji je donela Narodna skupština proglašava predsednik

usled okolnosti koje nisu mogle da se predvide (čl. 167 Poslovnika). Osim te neodređene odredbe, Poslovnikom se predviđa da se po hitnom postupku razmatraju predlozi zakona, čije bi neusvajanje moglo da prouzrokuje štetne posledice

- po život i zdravlje ljudi,
- po bezbednost zemlje,
- po rad organa i organizacija.

Najzad, po hitnom postupku mogu da se razmatraju i predlozi onih zakona koji predstavljaju ispunjenje međunarodnih obaveza i usklađivanje propisa sa propisima Evropske unije.

[28] Poslovnik ne predviđa rok u kojem se predlog zakona mora naći na dnevnom redu sednice Narodne skupštine. Stoga, neki predlozi zakona se dugo ne razmatraju, a evidentiraju se kao predlozi zakona u skupštinskoj proceduri.

[29] Predlagač zakona govori na zahtev i to izlaganje nije vremenski ograničeno; izvestilac odbora koji podnosi izveštaj o predlogu zakona ima pravo da govori jednom, u trajanju do pet minuta; predsednik, odnosno predstavnik poslaničke grupe, ima pravo da govori do 20 minuta. Ostali poslanici mogu govoriti na zahtev i njihovo izlaganje je vremenski ograničeno (ukupno vreme rasprave u načelu za poslaničke grupe iznosi pet časova).

Republike ukazom, nakon čega se zakon objavljuje u Službenom glasniku Republike Srbije. Zakoni stupaju na snagu najranije osmog dana od dana objavljivanja. Ako je predloženi rok za stupanje na snagu zakona kraći od osam dana, predlagač zakona mora navesti razloge zbog kojih predlaže takvo rešenje. Opravdanost navedenih razloga zakonodavac ceni tako što se o njima posebno izjašnjava prilikom odlučivanja o predlogu zakona.

4. ZAKONODAVSTVO U PRAKSI

Kroz ceo period demokratske tranzicije u Srbiji, u zakonodavnoj praksi se ispoljavaju određene hronične boljke, koje se konstantno registruju u različitim analizama i istraživanjima[30] i nisu karakteristične samo za poslednji period u kojem dolazi do potpune degradacije te prakse. Na ovom mestu samo ću notirati neke od njih.

U prvu grupu tih boljki spadaju one koje se javljaju u pretparlamentarnoj fazi pripreme nacrta zakona. Primera radi, na nivou Vlade u pogledu plana izrade nacrta zakona ne postoji jasna koordinacija, već se o nacrtima raspravlja tek nakon što su pojedina ministarstva izradila nacrt (OEBS, 9), a nacrti se izrađuju bez prethodnog razvijanja politike koju je potrebno realizovati kroz određeni zakon.[31] Na to se nadovezuju relativno slabi kadrovski i organizacioni kapaciteti uprave za kreiranje nacrta zakona. U tom procesu konstatuje se da resorna ministarstva pokazuju značajan nesklad između nadležnosti i unutrašnjih potencijala da pripremaju nacrte propisa.[32] Konačno, već u fazama pred izradu nacrta, odnosno nakon što je nacrt izrađen, ističe se nedovoljno učešće zainteresovanih strana i, uopšte, nedovoljan stepen javne rasprave.

S druge strane, karakteristične falinke parlamentarnog stadijuma zakonodavne procedure su, najpre nepostojanje bilo kakvog zakonodavnog programiranja i planiranja na nivou Narodne skupštine. Stoga ne iznenađuje da je i broj donetih novih zakona u Narodnoj skupštini iz godine u godi-

[30] Up. na primer St. J. Bates, L. Made, *Law drafting and legislative process in the Republic of Serbia – an assessmen*t, OESC/ODIHR, Warsaw 2011; D. Milovanović, N. Nenadić, V. Todorić. *Studija o unapređenju zakonodavnog procesa u Republici Srbiji*, GIZ, Beograd 2012; D. Vuković, *Kako nastaju zakoni u savremenoj Srbiji: uloga društvenih interesa i institucija u zakonodavnom procesu*, SeConS – Grupa za razvojnu inicijativu – Institut za sociološka istraživanja Filozofskog fakulteta, Beograd 2013.

[31] Iako se proces izrade politika koordinira u okviru Godišnjeg programa rada Vlade, ovaj Program se najvećim delom sastoji od godišnjih planova rada pojedinačnih ministarstava. Tako program vlade za 2023 ima preko 650 stranica, ali je, u stvari, samo puki zbir programa rada svakog pojedinog ministarstva, odnosno drugog vladinog organa.

[32] Najvidljiviji znak te slabosti jeste eksternalizacija procesa pisanja zakona i javnih politika koja se ogleda u formiranju radnih grupa u čiji sastav uglavnom ulaze stručnjaci „sa strane“ – s univerziteta, iz nevladinog sektora, pa ponekad i predstavnici privatnog sektora (D. Vuković, 47, 52; Milovanović *et al*., 78 i dalje).

nu veoma visok. U tom smislu, pritisak na parlament i službe uključene u zakonodavni proces je velik, što podriva kvalitet zakona uopšte. Konačno, kao i u prethodnoj fazi, i ovde se pojavljuje problem participacije građana i javnosti, kroz mehanizme javnih slušanja (u fazi kad je predlog zakona već u parlamentu), koja se ili ne organizuju ili se organizuju sporadično i na brzu ruku.

Međutim, može se reći da odsustvo dugoročnih politika koje se kroz nacrte zakona sprovode, slabo učešće javnosti u njihovoj izradi ili preopterećenost parlamenta velikim brojem predloga novih zakona i njihov slab kvalitet nisu srpska posebnost.[33] Istina, pored sličnosti s nekim drugim zemljama u pogledu tih loših praksi, Srbija i tu u poslednje vreme uspeva da postigne „zapažene rezultate“, barem u poređenju s drugim istočnoevropskim zemljama.[34] Ali ono u čemu je Srbija uistinu jedinstvena, jesu primeri nekih praksi koje su u demokratskim evropskim zemljama teško zamislive. Ti primeri su najupečatljiviji (iako možda ne i najsmrtonosniji) simptomi patologije koja je zahvatila zakonodavstvo u Srbiji i zbog toga će im se u narednim redovima pokloniti pažnja. Osim toga, oni belodano ukazuju na osnovni uzrok većine boljki koje postoje u našem zakonodavstvu, a koji se ne nahodi u loše skrojenom normativnom okviru za pripremu i donošenje zakona,[35] nego u nakaradnoj političkoj volji koja izaziva patološke procese u ovoj grani državne vlasti.

4.1. Usvajanje zakona po hitnom postupku

Često korišćenje hitnog postupka prilikom usvajanja zakona karakteristika je tranzicije u Srbiji, već od njenih stvarnih početaka, nakon demokratskih promena 2000. godine. Međutim, takva praksa je poslednjih godina eskalirala. Tako je, primera radi, od 2015. do 2019. usvojeno 174 zakona po hitnom, a 209 u redovnom postupku.

[33] Samo primera radi, navodim da slične nedostatke, recimo u fazi pripreme nacrta zakona ili kada je reč o brzini pripreme ili broju usvojenih zakona, kritikuju i autori u Sloveniji (up. J. Pogorelec, „Vloga strokovnih služb vlade in parlamenta v zakonodajni dejavnosti“, *Odprta vprašanja zakonodajne dejavnosti* (ur. T. Štajnpihler, A. Igličar, M. Pavčnik), Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2016, 21, 34).

[34] Na sednici Narodne skupštine, koja je okončana u septembru 2023. dvadeset pet zakona usvojeno je bez rasprave.

[35] Da ova konstatacija nije bez osnova pokazuju već pominjane studije o zakonodavnom procesu, koje obično sadrže i preporuke za poboljšanje svih segmenata zakonodavstva u Srbiji. Kada se te preporuke pogledaju, uočava se da se manji broj njih odnosi na promenu ili poboljšanje postojećih propisa koji uređuju ovu oblast (bilo da se radi o zakonima, uredbama ili poslovnicima), a mnogo veći na promenu praksi i ponašanja institucionalnih aktera.

Kao što je u prethodnom odeljku opisano, predlagač zakona je dužan da navede razloge za donošenje zakona po hitnom postupku.[36] U praksi, vlada, kao predlagač, otprilike u polovini slučajeva kao razloge za hitan postupak usvajanja zakona (ili izmena i dopuna zakona) navodi potencijalne štetne posledice po rad organa i organizacija.[37] Kada je reč o predlozima zakona koji se odnose na usklađivanje propisa s propisima EU, u ukupnom broju predloga zakona koji se razmatraju po hitnom postupku oni ne prelaze jednu petinu.[38] Osim toga, u praksi se često nejasno obrazlaže zašto bi bilo štetno usvajanja zakona u redovnom postupku ili se ne ističe pravi razlog zbog čega se zakon donosi po hitnom postupku ili se, kao što će se pokazati na primeru u narednom pododeljku, navodi razlog koji nije propisan Poslovnikom.[39]

Loše posledice ovakve prakse u Parlamentu su višestruke. Najpre, poslanici nemaju dovoljno vremena da se pripreme za raspravu o zakonu, Primera radi, pošto je period između zakazivanja i održavanja sednice skupštine na kojoj se razmatra zakon po hitnom postupku samo 24 sata, poslanici nemaju dovoljno vremena da održe sednice odbora. Zato nije neuobičajeno da se sednice nadležnih odbora zakazuju svega sat vremena pre početka plenarne rasprave, te se rasprave na odborima o predlozima zakona u hitnoj proceduri svode na puku formalnost.

Drugi nedostatak hitne procedure jeste što predlog zakona brzo „prođe“ kroz skupštinu i biva usvojen, a da šira javnost ne bude uključena u njegovo razmatranje. Poslanici ne stižu ni da pročitaju zakon ili predlože amandmane, a tim pre, ni da se konsultuju sa stručnom javnošću ili s biračima. To onemogućava javnost da učestvuje u zakonodavnim procedurama. U uslovima u kojima trenutno u Srbiji postoje veoma skučene mogućnosti građanskog društva i medija da kontrolišu rad državnih organa, one se dodatno sužavaju širokom i arbitrarnom upotrebom hitnog postupka u donošenju zakona.

Najzad, jedna od loših posledica česte upotrebe hitnog postupka prilikom usvajanja zakona je i obilje tehničkih i drugih grešaka u takvim zakonima koje dovode do toga da se oni ubrzo menjaju (često, takođe po hit-

[36] Vid. fusnotu 27.

[37] Na primer, u periodu 2011–2014, taj procenat je bio oko 48 posto (Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost (CRTA), *Ka boljim zakonima – Unapređenje zakonodavne procedure kroz bolje definisanje procedure za hitni postupak*, CRTA – USAID – British Embassy, Belgrade 2015, 20–21).

[38] Pored Srbije, i druge zemlje iz regiona su se suočavale s praksom donošenja velikog broja zakona po hitnoj proceduri. Primera radi, u periodu od 2003. do 2011. godine u Hrvatskoj je doneto ukupno 1383 zakona a od toga 1140 po hitnom postupku. Ali, za razliku od Srbije, najveći broj tih zakona usvojen je zbog usklađivanja sa zakonodavstvom Evropske unije (*Ibid*., 16).

[39] *Ibid.*, 19–20.

nom postupku). I što je još važnije, u pitanju su često sistemski zakoni, poput Zakona o planiranju i izgradnji, Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji itd.

Konačno, kada je već reč o čestim izmenama i dopunama jednog istog zakona, nezavisno od razloga, radi se o pojavi koja je uobičajena u srpskom zakonodavstvu u tranzicionim decenijama. Tako je, primera radi, važeći Krivični zakonik Srbije donet 2005. godine,[40] ali je već iste godine ispravljan u dva maha.[41] Potom je menjan još sedam puta: dvaput tokom 2009. godine,[42] po jednom svake godine zaredom: 2012, 2013. i 2014.[43] i po jednom 2016.[44] i 2019.[45] Slično je prošao i Zakonik o krivičnom postupku, koji je donet 2001. godine[46] i menjan devet puta: prvi put, već 2002. godine,[47] drugi put 2004,[48] treći, četvrti i peti put, naredne, 2005. godine, šesti put 2007,[49] pa sedmi i osmi put 2009. godine, jednom kao promena u drugom zakonu[50] i kasnije iste godine kao promena u samom Zakoniku,[51] a deveti put 2010. godine.[52] Ali ni to nije sve. Važeći Zakonik o krivičnom postupku donet je godinu dana nakon poslednje, devete promene (iz 2010. godine) svog prethodnika iz 2001. godine, dakle, 2011. godine[53] i potom je menjan šest puta (ne računajući dve promene usled odluka Ustavnog suda). Ako se ima u vidu da ovo nisu izuzeci, već pre pravilo u srpskom tranzicionom zakonodavstvu,[54] jasno je da ni građani, pa čak ni profesionalni pravnici ne uspevaju da prate česte i brojne zakonske promene, „što obesmišljava i samu ideju zakona kao izvora prava“.[55] Ili, kako bi to rekli oponenti

[40] *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005.
[41] *Službeni glasnik RS*, br. 88/2005 i107/2005.
[42] *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009 i 111/2009.
[43] *Službeni glasnik RS*, br. 121/2012, 104/2013 i 108/2014.
[44] *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.
[45] *Službeni glasnik RS*, br. 35/2019.
[46] *Službeni list SRJ*, br. 70/2001.
[47] *Službeni list SRJ*, br. 68/2002.
[48] *Službeni glasnik RS*, br. 58/2004.
[49] *Službeni glasnik RS*, br. 49/2007.
[50] *Službeni glasnik RS*, br. 20/2009.
[51] *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.
[52] *Službeni glasnik RS*, br.76/2010.
[53] *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011.
[54] U svojoj analizi srpskog tranzicionog zakonodavstva, Hasanbegović notira više desetina važnih zakona koji su se u datom periodu učestalo menjali i dopunjavali (up. J. Hasanbegović, „Poslednjih dvadesetak godina demokratske tranzicije u okviru nešto više od dva veka modernizacije u Srbiji: bilans bez perspektive“, *Demokratska tranzicija Srbije – (re)kapitulacija prvih 25 godina* (ur. G. Dajović, B. Vranić), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2016, 113–121).
[55] *Ibid*., 145.

čuvenog Fulerovog (Fuller) *rex*-a, „gore je da se zakon svakodnevno menja, nego da zakona uopšte nema“.[56]

4.2. Individualni (kazuistički) zakoni

Opštost je jedna od najvažnijih karakteristika zakona. Zapravo, valjanost, svrsishodnost i racionalnost zakona neraskidivo se vezuju za ideju da zakoni sadrže odredbe koje na generički način i unapred uređuju neodređen broj situacija i odnose se na prava i obaveze klase pravnih subjekata. Uostalom, pomenuti Fulerov *rex* već na prvom koraku svog „poduhvata potčinjavanja ljudskog ponašanja vladavini pravila“, mora da stvori opšta pravila.[57] A pravila koja su “individualna“ ili odviše „specijalna“ nisu pravila koja taj poduhvat mogu učiniti uspešnim.

U ovom pododeljku osvrnuću se (samo) na dva zakona koji ilustruju odstupanje zakonodavstva Srbije od ovog opšteprihvaćenog načela valjanih zakona.[58] Ti primeri su posebno ilustrativni iz tri razloga. Prvi je da oni otkrivaju osnovni problem individualnog, kazuističkog zakonodavstva: umesto da je ograničava i obuzdava, ono služi izvršnoj vlasti kao formalno pravni smokvin list za diskreciono vršenje vlasti. Drugi problem je da se oba primera povezuju s potencijalnom visokom korupcijom, jer se izuzeci od opšteg pravnog režima odnose na projekte u kojima se na netransparentan način troše ogromni iznosi javnog novca. I treće, oba zakona su usvojena po hitnom postupku, o kojem je upravo bilo reči.

1. Zakon o utvrđivanju javnog interesa i posebnim postupcima eksproprijacije i izdavanja građevinske dozvole radi realizacije projekta „Beograd na vodi“.[59]

Svrha ovog zakona bila je da se olakša i ubrza realizacija projekta „Beograd na vodi“ – izgradnja stambeno-poslovnog kompleksa na obalama reke Save u beogradskom priobalju. Sam projekat se već godinama realizuje u partnerstvu vlade Srbije i privatnog (većinskog) partnera, kompanije *Eagle Hills* iz Abu Dabija. Najjasnije objašnjenje za donošenje ovog zakona, koji se očigledno tiče pojedinačnog, konkretnog slučaja izgradnje

[56] L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven–London 1969, 37.

[57] *Ibid.*, 46.

[58] Prvi takav primer je bio Zakon o utvrđivanju javnog interesa i posebnim postupcima eksproprijacije i pribavljanja dokumentacije radi realizacije izgradnje magistralnog gasovoda granica Bugarske – granica Mađarske, *Službeni glasnik RS*, br. 17/2013 i 95/2018. Ali da aktuelni režim ne odustaje od takve prakse pokazuje i Zakon o posebnim postupcima radi realizacije međunarodne specijalizovane izložbe EXPO Belgrade 2027, koji stavlja van snage Zakon o javnim nabavkama, ali i pojedine odredbe drugih propisa (o eksproprijaciji, o planiranju i izgradnji). a koji je na sednici jesenjeg zasedanja 2023. u Narodnoj skupštini i usvojen.

[59] *Službeni glasnik RS*, 34/2015, 103/2015 i 153/2020.

objekata, zapravo je dala sama vlada u obrazloženju: „Vlada može utvrditi javni interes za eksproprijaciju ako je eksproprijacija nepokretnosti neophodna za izgradnju objekata u oblasti: obrazovanja, zdravstva, socijalne zaštite, kulture, vodoprivrede, sporta, saobraćajne, energetske i komunalne infrastrukture, objekata za potrebe državnih organa... objekata za potrebe odbrane zemlje, kao i za izgradnju stanova kojima se rešavaju stambene potrebe socijalno ugroženih lica. Na osnovu navedenog, predlogom za utvrđivanje javnog interesa ne bi mogli biti obuhvaćeni *objekti namenjeni turizmu i ugostiteljstvu, kao ni poslovni i stambeni objekti,* a za koje postoji interes da se grade na predmetnoj lokaciji“ (podvukao aut.).

Rečju, pomenuti projekat se ne odnosi na objekte za čiju izgradnju postoji javni interes prema sistemskom Zakonu o eksproprijaciji već na objekte komercijalnog sadržaja koji su, kao takvi, namenjeni tržištu. Stoga je nameravana posledica ovog „specijalnog zakona“ da se stvori mogućnost oduzimanja imovine jednih lica u korist drugih lica i države, a u cilju ostvarivanja ekonomske koristi i profita za ta druga lica. To opet znači da se privatni interes, ako Vlada tako odluči, proglašava za javni, a da se odredbe Zakona o eksproprijaciji o tome iz kojeg se razloga ona sprovodi fundamentalno derogiraju kad god Vlada utvrdi da je nešto (ma šta to bilo) projekat od javnog interesa. Sa stanovišta dobrog zakonodavstva, ispravnije je bilo izmeniti sistemski Zakon o eksproprijaciji uvođenjem novih razloga koji bi mogli da se primene za budućnost jednako u svim sličnim situacijama, a ne od slučaja do slučaja. Na primer, ako Vlada smatra da projekti u kojima država daje građevinsko zemljište a privatni investitor novac za izgradnju objekata, i sve to radi dalje prodaje na tržištu (o tome je zapravo reč kod „Beograda na vodi“), predstavljaju „javni interes“, onda to treba i da napiše, obrazloži i pokuša da odbrani pred poslanicima.[60]

Konačno, kao što je rečeno, sam zakon je usvojen po hitnom postupku. Razlog za donošenja zakona po hitnom postupku koji je vlada u obrazloženju navela bio je „rok za završetak projekta Beograd na vodi“. Takav razlog ne može se podvesti ni pod jednu vrstu razloga, koje Poslovnik Narodne skupštine propisuje kao razloge za hitan postupak.

2. Zakon o posebnim postupcima radi realizacije projekata izgradnje i rekonstrukcije linijskih infrastrukturnih objekata od posebnog značaja za Republiku Srbiju (*Službeni glasnik RS*, br. 9/2020).

[60] Up. *https://www.transparentnost.org.rs/index.php/sr/aktivnosti-2/pod-lupom/7412-poseban-zakon-za-eksproprijaciju-za-beograd-na-vodi*. Upravo jedan takav pokušaj je i propao u decembru 2021, nakon masovnih protesta i blokada saobraćajnica od strane građana koji su opravdano smatrali da se javni i privatni interes zakonom ne mogu izjednačiti, to jest da bi takvo izjednačavanje bilo protivustavno.

Za infrastrukturne projekte na koje se odnosi ovaj zakon, propisano je da se neke od odredbi Zakona o javnim nabavkama neće primenjivati. Uz to, za neke projekte Vlada je zakonom ovlašćena da može doneti odluku da se za ceo projekat ili pojedine faze i aktivnosti projekata taj zakon uopšte ne primenjuje, već „Vlada može doneti odluku da se za projekat ili pojedine faze i aktivnosti projekata ne primenjuju propisi kojima se uređuje postupak javnih nabavki, već se na njih primenjuje poseban postupak za izbor strateškog partnera u cilju realizacije projekta od posebnog značaja za Republiku Srbiju (u daljem tekstu: Posebni postupak)“ (čl. 37). Zakon je predviđao da se za svaki novi projekat propisuju kriterijumi za izbor strateškog partnera, ostavivši tako Vladi mogućnost da te kriterijume prilagodi „željenom“ izvođaču, a time značajno poveća diskrecija, a ujedno smanji konkurenciju i transparentnost u odnosu na opšti sistem javnih nabavki.[61]

Predmet regulisanja ovog zakona je, dakle, već obuhvaćen drugim, „sistemskim“ zakonom odnosno zakonima. Na taj način, ovim zakonom se ustanovljene procedure, rokovi i nadležnosti menjaju samo za pojedinačne, konkretne slučajeve, koji će se po diskrecionoj oceni Vlade određivati kao projekti od posebnog značaja za Srbiju. Sama ta činjenica dovodi do zaključka da se, u slučaju potrebe, strateški partneri i projekti od posebnog značaja određuju prema trenutnoj politici Vlade i njenog interesa da s određenim partnerom realizuje određene poslove.

Na kraju, ne treba posebno isticati da ovakve odredbe prosto prizivaju pomenutu visoku korupciju, naročito ako se ima u vidu podatak da je obim izuzeća od primene Zakona o javnim nabavkama, koji je prevashodno generisao ovaj zakon, bio 67% (3,2 milijarde evra) kumulativne vrednosti ugovora o javnim nabavkama u 2021. godini.

4.3. Autentično tumačenje i retroaktivnost zakona

Jedan od fundamentalnih problema s kojima se suočio zlosrećni Fulerov *rex* prilikom svog zakonodavnog poduhvata bio je i problem retroaktivnih zakona.[62] Ustavi savremenih država taj „problem“ obično rešavaju tako što generalno zabranjuju zakone s povratnim dejstvom. Tako čini i Ustav Srbije, koji propisuje da „zakoni i svi drugi opšti akti ne mogu imati

[61] Na navedeni način, kroz izbor strateškog partnera po posebnoj proceduri, zaključen je ugovor za projektovanje i izgradnju auto-puta Pojate–Preljina, (vrednost oko 800 miliona evra), s tim što je za taj jedan projekat donet individualni zakon (Zakon o utvrđivanju javnog interesa i posebnim postupcima radi realizacije projekta izgradnje infrastrukturnog koridora auto-puta E-761, deonica Pojate–Preljina, *Službeni glasnik RS*, br. 49/2019). Vlada je očigledno bila stava da je preterano upadljivo da za svaki takav projekat predlaže doslovno individualan zakon, pa je stoga i predloženo da se svaki takav budući projekat obuhvati jednim, samo za nijansu manje specijalnim zakonom, o kojem je reč u tekstu.

[62] L. Fuller, 35.

povratno dejstvo“. Izuzetno, pojedine odredbe zakona mogu imati takvo dejstvo „ako to nalaže opšti interes utvrđen pri donošenju zakona“ (čl. 197).

U zakonodavnoj praksi ta se odredba Ustava generalno poštuje. Međutim, u pravnom sistemu Srbije postoji institut takozvanog autentičnog tumačenja zakona, koji omogućava parlamentu da unosi intervencije u postojeće zakonodavstvo, koje imaju retroaktivno dejstvo, a da pri tome ne usvaja izmene i dopune zakona. Pod autentičnim tumačenjem zakona podrazumeva se tumačenje pojedinih odredbi zakona koje u formi posebnog opšteg akta, na predlog ovlašćenog predlagača – zbog njihove nejasnosti ili pogrešne interpretacije u praksi – donosi sam zakonodavac. Dejstvo tog akta je isto kao i dejstvo zakona, što znači da dejstvuju od dana stupanja na snagu zakona na koji se tumačenje odnosi, „čineći s njime pravno jedinstvenu cjelinu“.[63]

Institut autentičnog tumačenja u Srbiji nije regulisan ustavom, već ga samo pominje Zakon o Narodnoj skupštini,[64] a postupak njegovog donošenja uređuje Poslovnik Narodne skupštine.[65] Poslovnik propisuje da Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo razmatra „predlog za donošenje autentičnog tumačenja zakona i sačinjava predlog autentičnog tumačenja zakona“ (član 48), s tim što „predlog za donošenje autentičnog tumačenja zakona može da podnese Ustavom ovlašćeni predlagač zakona“ (član 194). Predlog se usvaja na plenarnoj sednici Skupštine, većinom koja je propisana za donošenje zakona.

Treba istaći da akt o autentičnom tumačenju po svojoj prirodi nije zakon ni po nazivu ni po postupku donošenja. Da li onda akt o autentičnom tumačenju spada u onu grupu akata koje nazivamo „drugi opšti akti“ koje zakonodavac na osnovu ovlašćenja ustavotvorca može da donese? Ne spada, ako se ima u vidu da je taj akt sastavni deo „izvornog“ zakona i da, u tom smislu, ima snagu zakona. Možda je najprikladnije autentično tumačenje zakona posmatrati kao opšti pravni akt *sui generis*, različit od drugih poznatih pravnih akata, kao jednu vrstu parazakona.[66]

---

[63] G. Struić, „Postupak za autentično (vjerodostojno) tumačenje zakona u hrvatskom, makedonskom, slovenskom i srbijanskom parlamentarnom pravu i praksi“, *Pravni vjesnik* 3-4/2016, 133–134.

[64] Zakonom o Narodnoj skupštini je propisano da Narodna skupština donosi „zakon, budžet, završni račun, plan razvoja, prostorni plan, poslovnik, strategiju, deklaraciju, rezoluciju, preporuku, odluku, zaključak *i autentično tumačenje zakona*“ (član 8).

[65] Institut autentičnog tumačenja je postojao i u bivšoj Jugoslaviji. Nakon njene disolucije, on je nastavio da živi u četiri od šest republika bivše federacije, Hrvatskoj, Sloveniji, Severnoj Makedoniji i Srbiji. I uprkos nekim specifičnostima, postupak pripreme i davanja autentičnog tumačenja zakona je u osnovi veoma sličan (G. Struić, 136).

[66] S. Čiplić, *Autentično tumačenje zakona kao izvor konstitucionalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2016, 116.

Ta *sui generis* pravna priroda akta o autentičnom tumačenju proizvodi nekoliko posledica koje su u kontrastu s odlikama dobrog pravnog sistema i valjanog zakonodavstva. Kao prvo, ne postoji pravni postupak u kojem bi se mogla osporavati ustavnost i zakonitost autentičnog tumačenja neke zakonske norme. Naime, Ustavni sud odlučuje o saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima (čl. 167 Ustava RS). Međutim, autentično tumačenje, koje može rezultirati izmenom zakonske norme, ne predstavlja ni zakon, niti drugi opšti akt u smislu Ustava. Drugo, i ne manje važno za demokratski legitimitet akata Skupštine, kod postupka donošenja autentičnog tumačenja nije predviđen nijedan vid učešća zainteresovane javnosti (npr. javna rasprava, javno slušanje, obaveza objavljivanja obrazloženja itd.). I treće, najvažnije svojstvo akta o autentičnom tumačenju je, kao što je već rečeno, njegovo povratno dejstvo.[67] Naime, smatra se da odredba na koju se odnosi autentično tumačenje ima značenje koje joj je njime dato od dana usvajanja te odredbe, a ne od dana objavljivanja akta o autentičnom tumačenja. To znači da se autentično tumačenje primenjuje i na sve odnose koji su nastali pre objavljivanja „novog“ značenja, a koji još nisu okončani pred nadležnim organima. S druge strane, odredba koja je izmenjena i dopunjena na osnovu predloga zakona o izmenama i dopunama zakona, u skladu sa zakonodavnim postupkom, po pravilu ima dejstvo *pro futuro*, ali i ako ima retroaktivno dejstvo, ono se mora opravdati „javnim interesom“ kako to nalaže pomenuti član Ustava koji se odnosi na retroaktivno dejstvo zakona. Međutim, prilikom donošenja akta o autentičnom tumačenju, taj opšti, javni interes se ne utvrđuje.

Kao što se iz ovog prikaza instituta autentičnog tumačenja može uočiti, postoji više načelnih problema koji su mu inherentni, od kojih je najveći taj da akt o autentičnom tumačenju ima retroaktivno dejstvo i da se njime podriva podela vlasti i urušava pravna sigurnost. Međutim, ono zbog čega se on pominje nije njegova načelna defektnost, nego način na koji se on primenjuje u Srbiji. Naime, u Srbiji je u periodu od 1991. do 2012. godine, Narodna skupština usvojila samo jedan akt o autentičnom tumačenju (2007. godine), da bi u periodu od 2013. do 2022. usvojila čak dvadeset i jedno autentično tumačenje zakona (i to uglavnom po hitnom postupku). Osim toga, autentičnim tumačenjima suštinski se menjao zakon. Jer, srpski zakonodavac nije prezao od toga da u formi „autentičnog tumačenja“ usvoji akt koji ne pojašnjava neodređeno značenja neke pravne odredbe, već

[67] Iako se o tome nijedan nadležni organ u Srbiji nije zvanično izjašnjavao, to je opšteprihvaćeno stajalište u pravnoj teoriji i praksi. S druge strane, ustavni sudovi Slovenije (odluka iz 1999), Hrvatske (odluka iz 2007) i Severne Makedonije (odluka iz 2011), u kojima taj institut takođe postoji, u svojim odlukama su izričito utvrdili da akt o autentičnom tumačenju ima retroaktivno dejstvo (G. Struić, 147–149).

koji na potpuno novi način uređuje prava i obaveza subjekata na koje se odredba primenjuje. Štaviše, događalo se da se odredba „tumači“ iako je nedvosmislena. Tako se, primera radi, dogodilo da je autentičnim tumačenjem Zakona o sprečavanju korupcije potpuno izmenjena zakonska definicija javnog funkcionera koji je podložan kontroli. Kao posledica takve izmene, samo u 2021. godini čak 129 postupaka zbog sukoba interesa je obustavljeno ili su prijave odbačene, uz pozivanje na autentično tumačenje.[68]

Slično se dogodilo i s tumačenjem Zakona o autorskim i srodnim pravima. Iako je u tom zakonu veoma jasno navedeno da fotografija predstavlja autorsko delo, na kojoj autor uživa autorsko pravo, autentičnim tumačenjem iz okvira autorskopravne zaštite se isključuju „rutinski izrađene fotografije“ bez obzira da li je „originalna duhovna tvorevina“.[69] Takvim „tumačenjem“ zapravo je izmenjena zakonska odredba na način da ostaje sasvim nejasno da li uopšte postoje i koje su to fotografije na kojima se mogu zasnovati autorska prava autora. Ne treba biti preterano inventivan da bi se zamislilo koliko problema može da ima neki sud koji odlučuje u sporu o zaštiti autorskih prava na fotografiji, tim pre ako je spor pokrenut pre usvajanja autentičnog tumačenja.

5. ZAKLJUČAK

Od uvođenja višestranačkog sistema u Srbiji, a naročito nakon 2000. godine i smene autoritarnog režima Slobodana Miloševića, uvedene su u pogledu pripreme i donošenja zakona značajne i pozitivne promene na normativnom planu. Međutim, moćan parlament i zdrav parlamentarni proces ne počivaju samo na pozitivnopravnim propisima, već i na dobroj parlamentarnoj praksi. Kada je reč o tome, kao što su prethodni redovi pokazali, u Srbiji se, nakon povratka na vlast političkih naslednika autoritarnog režima, u gotovo istim normativnim okvirima, uz postojeće pojavljuju i do tada nepoznate anomalije: retroaktivni propisi, individualni zakoni i ogroman broj zakona, usvojenih po hitnoj proceduri. Takvi procesi, kao i sveopšta nedemokratska politička klima, dovode do degradacije uloge Parlamenta u političkom životu, kao i do njegovog, praktično minornog uticaja na sadržaj i kvalitet zakona.

U tom smislu, Srbija je ilustrativan primer raskoraka između “propisa na papiru“ i aktuelne prakse. Taj primer potvrđuje trivijalan zaključak da

[68] Vid. N. Nenadić, „Zašto su autentična tumačenja sporna?“, *https://www.otvorenavratapravosudja.rs/teme/ustavno-pravo/zasto-su-autenticna-tumacenja-sporna*, 23. oktobar 2023.

[69] Autentično tumačenje odredbe člana 2. stav 2. Zakona o autorskom i srodnim pravima, *Službeni glasnik RS*, br. 104/09, 99/11 i 119/12.

kvalitet zakonodavnog procesa, ne zavisi (samo) od anatomije propisa koji ga uređuju, već i od političkih i socijalnih faktora koji pozitivno ili negativno utiču na demokratske proces u celini, na vladavinu prava, pa i na proces donošenja zakona.

Ali dalji zaključak koji iz takvog zaključka sledi nije nimalo trivijalan. Pošto su opisani procesi u zakonodavstvu Srbije samo najuočljivije zakonodavne manifestacije političke i moralne gangrene koja je zahvatila srpsko društveno tkivo u dvadeset prvom veku, lek za boljke u zakonodavstvu je zapravo isti onaj koji se nužno primenjuje kod svake ozbiljne gangrene: amputacija bolesnog političkog i moralnog tkiva s tela srpskog društvenog organizma.[70]

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Barthélemy, Joseph, *Essai sur le travail parlementaire et le système des commissions*, Delagrave, Paris 1934;
2. Bates, St. John, Made, Luzius, *Law drafting and legislative process in the Republic of Serbia – an assessment*, OESC/ODIHR, Warsaw 2011;
3. Bobio, Norberto, *Budućnost demokratije. Odbrana pravila igre*, Filip Višnjić, Beograd 1990;
4. Vasić, Radmila, Jovanović, Miodrag, Dajović, Goran, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016;
5. Vuković, Danilo, *Kako nastaju zakoni u savremenoj Srbiji: uloga društvenih interesa i institucija u zakonodavnom procesu*, SeConS – Grupa za razvojnu inicijativu – Institut za sociološka istraživanja Filozofskog fakulteta, Beograd 2013;
6. Gilberg, Karine, “Legislation in France”, *Legislation in Europe, A Country by Country Guide* (eds. U. Karpen, H. Xanthaki), Hart Publishing, Oxford 2020;
7. Dajović, Goran, „O međusobnoj neusklađenosti zakona – „doktrina“ Ustavnog suda Srbije o značenju ustavnog načela jedinstva pravnog poretka Srbije“, *Demokratska tranzicija Srbije - (re)kapitulacija prvih 25*

[70] Da li se onda isti „lek“ može primeniti na pravni i politički sistem u celini? Drugim rečima, da li je temeljna „promene sistema“, o kojoj se često govori u delu srpske javnosti, primarno, pitanje institucionalnog dizajna i normativnog okvira, ili se možda i u postojećim okvirima, sistem može reformisati, ukoliko se samo „amputiraju“ ustaljene patološke prakse? Ključ svake uspešne reforme nalazi se u dijalektici pravnog i institucionalnog okvira s jedne i političkog i personalnog profila njenih aktera, s druge strane. U okvirima parcijalne analize kakva je ovde izložena, naravno da se odgovor na probleme te dijalektike ne može dati. Jedno je sigurno: promene koje su isključivo normativne neće dovesti do „promene sistema“. Tome nam, uostalom, svedoči i iskustvo sa ustavnim promenama u domenu pravosuđa iz 2022.

godina (ur. G. Dajović, B. Vranić), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2016;

8. Dajović, Goran, Vranić, Bojan, „Uvodna reč“, *Demokratska tranzicija Srbije – (re)kapitulacija prvih 25 godina* (ur. G. Dajović, B. Vranić), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2016;
9. Joli, Moris, *Dijalog u paklu između Makijavelija i Monteskjea*, Gradac, Čačak 2001;
10. Karpen, Ulrich, Xanthaki, Helen, “Introduction: Law, Legislation and Legisprudence”, *Legislation in Europe, A Country by Country Guide* (eds. U. Karpen, H. Xanthaki), Hart Publishing, Oxford 2020;
11. Marinković, Tanasije, *Odgovornost predsednika Republike za povredu ustava – zabrana uticaja na vršenje sudijske funkcije*, CEPRIS, Beograd 2021;
12. Mileusnić, Damjan, *Studija slučaja: Komunikacija građana i Narodne skupštine u Republici Srbiji*, USAID–CRTA, Beograd 2022;
13. Milovanović, Dobrosav, Nenadić, Nemanja, Todorić, Vladimir, *Studija o unapređenju zakonodavnog procesa u Republici Srbiji*, GIZ, Beograd 2012;
14. Nenadić, Nemanja, „Zašto su autentična tumačenja sporna?“ *https://www.otvorenavratapravosudja.rs/teme/ustavno-pravo/zasto-su-autenticna-tumacenja-sporna*, 23. oktobar 2023;
15. Nikolić, Oliver, „Zakonodavni postupak u Narodnoj skupštini Republike Srbije i evropske integracije“, *Srpska politička misao* 4/2016;
16. Pogorelec, Janez, „Vloga strokovnih služb vlade in parlamenta v zakonodajni dejavnosti“, *Odprta vprašanja zakonodajne dejavnosti* (ur. T. Štajnpihler, A. Igličar, M. Pavčnik), Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2016;
17. Struić, Gordan, „Postupak za autentično (vjerodostojno) tumačenje zakona u hrvatskom, makedonskom, slovenskom i srbijanskom parlamentarnom pravu i praksi“, *Pravni vjesnik* 3-4/2016;
18. Fuller, Lon, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven–London 1969;
19. Hasanbegović, Jasminka, „Poslednjih dvadesetak godina demokratske tranzicije u okviru nešto više od dva veka modernizacije u Srbiji: bilans bez perspektive“, *Demokratska tranzicija Srbije – (re)kapitulacija prvih 25 godina* (ur. G. Dajović, B. Vranić), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2016;
20. Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost (CRTA), *Ka boljim zakonima – Unapređenje zakonodavne procedure kroz bolje definisanje procedure za hitni postupak*, CRTA – USAID – British Embassy, Belgrade 2015;
21. Čiplić, Svetozar, *Autentično tumačenje zakona kao izvor konstitucionalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2016.

Pravni propisi i sudske odluke

1. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 121/2012, 104/2013 i 108/2014;
2. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2005 i 107/2005;
3. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009 i 111/2009;
4. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016;
5. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 35/2019;
6. Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 68/2002;
7. Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 58/2004;
8. Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 49/2007;
9. Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2009;
10. Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009;
11. Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br.76/2010;
12. Zakon o posebnim postupcima radi realizacije projekata izgradnje i rekonstrukcije linijskih infrastrukturnih objekata od posebnog značaja za Republiku Srbiju, *Službeni glasnik RS*, br. 9/2020;
13. Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011;
14. Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 70/2001;
15. Jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa, *Službeni glasnik RS,* br. 21/2010;
16. Krivični zakonik Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005;
17. Odluka Ustavnog suda Srbije, IUz-101/2013 od 7. novembra 2013. godine;
18. Odluka Ustavnog suda Srbije, IUz-17/2011 od 23. maja 2013;
19. Odluka Ustavnog suda Srbije, IUz-225/2005 od 19. aprila 2012;
20. Odluka Ustavnog suda Srbije, IUz-27/2011 od 3. oktobra 2013;
21. Odluka Ustavnog suda Srbije, IUz-850/2010 od 12. jula 2012;
22. Odluka Ustavnog suda Srbije, IUz-95/2013 od 14. novembra 2013;
23. Poslovnik Narodne skupštine Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, 52/2010.
24. Poslovnik Vlade Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 61/2006 – prečišćen tekst, 88/2009, 33/2010, 69/2010, 20/2011, 37/2011, 30/2013).
25. Ustav Republike Srbije, *Službeni. glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

Full Professor Goran Dajović, LL.D.

Faculty of Law, University of Belgrade

ANATOMY AND PATHOLOGY OF THE LEGISLATIION IN SERBIA AT THE BEGINNING OF THE TWENTY-FIRST CENTURY

Summary

Apart for occasional reports and analyses by various non-governmental organizations, parliamentary practice and legislative procedures in Serbia are not the focal point of *critical* attention in domestic legal public and science. Therefore, it seems justified to shed light on and subject to criticism certain legally relevant manifestations of parliamentary practice. This practice can be succinctly characterized today as being contrary to the fundamental principles of rational legislation, as well as the principles of the rule of law, democracy, and the separation of powers, even though these principles are incorporated and elaborated in relevant legal sources in Serbia. It appears that Serbian legislative practice is unique compared to other (Eastern) European countries precisely because, despite a modern normative legal framework, it is denied in Serbia in particularly "colorful" ways. As a result, although it remains formally valid, it is circumvented or abused.

However, in order to sharpen the contrast between the letter and the spirit of norms on the one hand, and legislative practice on the other, it is necessary to provide a brief description of the anatomy of the normative legal framework in Serbian legislation. This entails a concise overview of statutes as a source of law in Serbia, as well as the pre-parliamentary and parliamentary stages of the legislative process.

On the other hand, paradigmatic cases of legislative pathology that will be analyzed include the extensive use of emergency legislative procedures, the enactment of individual statutes, and the widespread practice of the so-called authentic interpretation. These practices may not be the most severe and probably not the most fatal "diseases" of the Serbian legislation. Nevertheless, *within legislative branch of government*, they are the most illustrative manifestations of political and moral gangrene that have affected Serbian society in the 21st century.

Keywords: Legislation; Individual laws; Authentic interpretation; Emergency legislative procedure.

УДК/UDC 323.1(=163.41)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Проф. др Ранка Перић Ромић

Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци

ПОКУШАЈ РАЗГРАДЊЕ НАЦИОНАЛНОГ ИДЕНТИТЕТА СРПСКОГ НАРОДА ПОД УТИЦАЈЕМ „СТРАНОГ ФАКТОРА“

У раду се анализира појам националног идентитета кроз призму различитих теоријских схватања и приступа, те се аналитички пропитују ефекти дјеловања „страног фактора“ на простору Босне и Херцеговине, односно Републике Српске у смислу јачања свијести о значају очувања националних вриједности. Индуктивним методолошким приступом у раду се указује да су одређене конкретне мјере „страног фактора“ усмјерене на разградњу елемената националног идентитета са циљем стварања унитарне Босне и Херцеговине, док се дедуктивним приступом промишљају ефекти таквих мјера и њихови могући коначни исходи. Основни циљ рада јесте указати да очување националног идентитета српског народа превасходно на простору Републике Српске зависи од најмање два елемента и то: потпуно слабљење утицаја „страног фактора“ кроз вођење конзистентне политике, ослобођене партикуларних интереса и јачања свијести српског народа о могућим посљедицама слабљења српског националног идентитета.

Кључне ријечи: Национални идентитет; Страни фактор; Међународна заједница; Високи представник.

1. НАЦИЈА И НАЦИОНАЛНИ ИДЕНТИТЕТ

Појмови нација и национални идентитет представљају сложене и терминилошки тешко дефинисане категорије. Најчешћа заблуда настаје у поистовјећивању нације и етничке скупине али њих ипак суштински треба разликовати. Етничке заједнице имају значајну историјску улогу и налазимо их у свим временским етапама као заједнице истог поријекла и истог система вриједности док нација настаје као

Ранка Перић Ромић, *ranka.peric-romic@fpu.unibl.org.*

резултат модерне и модерног друштва крајем 18. и почетком 19. вијека. Нација се везује за изградњу модерног друштва, настанак државе и развој њеног економског, политичког и културног система. Изградњом модерних држава – нације сублимирају и различитости унутар државе, изграђујући идентитетске вриједности које се уобличавају не само у језику, култури, историји, обичајима колективној свијести него и у симболима и специфичном аутентичном вриједносном систему. Обједињујући елементи једне нације не значе да унутар нације – државе, не постоје и даље различите етничке скупине.[1] Ипак, национални идентитет једне државе претендује да различите етничке скупине и њихове идентитете обједини у колективне заједничке вриједности иако се углавном формирање националних држава ослања на изградњу таквог националног идентитета у коме се вриједности доминантне скупине истичу у први план. Права мањих етничких скупина, права мањина гарантују се превасходно Уставом једне земље. „Иако многи теоретичари нацију данас називају својеврсним политичким и идеолошким конструктом у вријеме када се покушава створити на примјер, европски и свјетски иедентитет (бити грађанин свијета) ипак ’[...]нација представља неку врсту посљедњег отпора нововековној десакрализацији света[...] довољно је рећи да се нације (само)представљају као последње уточиште за раскорјењени индивидуум, нека врста ’мајчинског крила’ модерне политике, заклон који штити од вјетрова обесмишљене свакодневне борбе за опстанак на тржишту роба, људи и капитала.’“[2] Данас питање националног идентитета није питање једне нације односно етничке скупине територијално уоквирене у државне границе. О националном опредјељењу полемишу свјетске силе и у зависности од њиховог интереса допушта се или не допушта правао народа да слободно изрази своју вољу. „Потешкоће у формирању курса идентитета у међународним оквирима додатно отежава неодређеност спољне политике, тј. тзв.седење на две столице[...] Овде треба истаћи да се на право на национално самоодређење нерјетко гледа као на пријетњу када се за то укаже потреба за остварењем одређених интереса великих сила.“[3]

Међу значајним теоретичарима националног идентитета истакао се Ентони Смит (*Anthony D. Smith*) у свом чувеном дјелу *Национални*

[1] П. Корунић, „Нација и национални идентитет“, *Ревија за социологију* 36/2005, 1–2, 87–105.

[2] В. (Н). Цветковић, „Национални идентитет и (ре)конструкција институција у Србији (идеологије, образовање и медији)“, *Филозофија и друштво* 19–20/2002, 54–55.

[3] М. Стојадиновић, „Геополитички изазови српском националном идентитету у процесу међународних интеграција“, *Национални идентитет и етнички односи*, (ур. Н. Радушки), Београд 2018, 13.

идентитет.[4] Појам националног идентитета у научној литератури углавном се везује за перид формирања националних држава током 19. вијека и представља вишедимензионални појам који подразумијева не само заједничке обједињујуће елементе заједнице која живи на одређеној територији него и осјећај припадности истој**.** Један од важних елемената јесте временско просторна одредница, колективна сјећања обједињена кроз колективну свијест, митове, традицију али и историју. Припаднике одређене заједнице у националном смислу осим територијалног оквира обједињује заједничка култура, економија, правна регулатива и други елементи. Временски и просторни оквир националног идентитета игра посебно значајну улогу у истој мјери у којој се посматра и осјећај припадности појединца одређеној нацији. Смит такође наглашава да се издвајају три појма нације: етнички, грађански и модерни појам**.** Етнички потиче из њемачког романтизма и везује се племенско јединство, митове и легенде. Грађански појам нације је резултата Француске револуције и односи се на заједницу која је одређена културним и политичким идентитетом док се под модерним схватањем нације подразумиејва спајање нације са грађанством односно држављанством.[5] Такође, неки аутори попут Бенедикта Андерсона[6] сматрају да је нација замишљена политичка, ограничена и суверана заједница. Дакле, ради се о томе да чак иако не познајемо сваког члана друштва коме по нациналном контексту припадамо, његујемо заједничке вриједности које нас повезују пројектујући односно замишљајући исту судбину коју дјелимо исти систем вриједности који његујемо. Са друге стране, нацију сврставамо у одређене државне оквире иако њени припадници могу да живе и ван матичне земље али њу доживљавају као своју постојбину и отаџбину. На крају изразито осјећање националне припадности повезујемо са суверенитетом, односно са осјећајем да се управо воља народа узима као референтни оквир припадности за разлику неког ранијег периода у коме је аристократија владала на основу свог поријекла а не воље народа.

2. ОБИЉЕЖЈА СРПСКОГ НАЦИОНАЛНОГ ИДЕНТИТЕТА

Идентитет означава истовјетност и као такав користи се да би се установиле постојеће разлике установљене диференцијацијом. Такође треба имати у виду да су идентитети промјенљивог карактера јер их

[4] А. Смит, *Национални идентитет*, Библиотека XX век, Београд 2010.

[5] М. Стојадиновић, 12.

[6] Б. Андерсон, *Нација: замишљена заједница – размишљање о поријеклу и ширењу национализма*, Школска књига, Загреб 1990.

друштвене околности мјењају, а складно томе појединци прихватају и прилагођавају. Могу се разликовати лични и колективни идентитети по којима разликујемо међусобно појединце једне од других тако и правимо диференцијацију између колективитета у коме се индивидуалне појединачне разлике занемарују а у први план истичу заједнички елементи као што су заједничка историјска искуства, колективна сјећања и заједничка будућност и судбинска извјесност. Национални идентити су одређене духовне па и материјалне вриједности једне етничке скупине односно народа уоквирених у државној територији као интегративном оквиру. „Сваки народ да би представљо цјелину и одржао се као цјелина мора имати духовну копчу која га држи на окупу.“[7]

Иако можемо разликовати различите идентитете (вјерске, класне, полне, културне и друге) насложениј је национални идентитет који је сачињен од више посебних идентитета међу којима пресудну уједињујућу улогу игра језик, култура, религија историја итд. Српски колективни идентитет везује се дистанију Немањића са којима је започела српска државност и српска култура.[8] Посебну улогу одиграо је својим ликом и дјелом Свети Сава окупљајући српски народ око православља као унитрашњег духовног односно вјерског јединства. Мисионарски рад словенских апсотола Кирила и Методија у погледу христијанизације српког народа заједно са дјеловањем Светог Саве најзначајније су утицали на стварање националног идентитета српског народа, док се Косовски бој сматра једним од најважнијих историјских догађаја који је утицао на устоличење српског идентитета.[9] Такође за српски национални идентитет посебно је значајно ћириличко писмо и српски језик иако језик није нужан за постојање нације.[10]

Углавном, данашње схватање националног идентитета представња резултат обједињујућег грађанског и модерног схватања по коме културно политичко јединство заједнице се уобличује у форми државе у којој се идентификује припадност чак и оних чланова заједнице који физички не живе у њој али је доживљавају као своју матицу. Специфичност националног идентитета Републике Српске неодвојив је од Републике Србије. Српски народ са двије стране Дрине дијели исте вриједносне ставове, традицију, културу, колективана сјећања

[7] Ђ. Бодрожић, „Српски национални идентитет: извори и основи“, *Национални интетрес* 1/2012, (8/13), 112.

[8] Бодрожић, 113.

[9] Бодрожић, 2012.

[10] Н. Радушки, „Језичка и религијска компонента националног идентитета становништва Србије“, *Национални идентитет и етнички односи*, (ур. Н. Радушки), Београд 2018, 21–37.

али различите територијалне оквире. Имајући у виду да је Босна и Херцеговина сачињена од два ентитета, те да Република Српска има свој територијални простор, становништво, суверену јавну власт, те да јој припадају одређене надлежности дефинисане уставом, континуитет развоја осјећаја националног идентитета уједињеног са српским народом у Републици Србији учвршћен је на основу заједничких историјских дешавања која су се поновила 1991. године када су почели ратни сукоби у Босни и Херцеговини.

3. ОДНОС ПОЈЕДИНАЧНОГ И НАЦИОНАЛНОГ ИДЕНТИТЕТА

Уопштено говорећи национални идентитет представља посебан осјећај блискости и припадности одређеном друштву на основу наведених обједињујућих елемената која доводи и до идентификовања јединке са колективом.[11] У том смислу може се закључити да управо национални идентитет одражава већу снагу него слободни појединачни самоизграђени идентитет будући да он почива на добровољном поистовјећивању и по коме појединац као друштвено биће изражава потребу припадности колективитету. Дакле, појединачни идентитети настају на бази биолошких, културних, класних, вјерских и других одредница као и самостално изграђеног система вриједности, док је колективни идентитет какав је национални остварен на обједињујућим елементима свих различитих појединачних идентитета припадника одређеног/их народа везаних за неку територију односно државу. Имати осјећај националног идентитета не значи нужно припадати истој етничкој скупити. Национални идентитет кроз његовање обједињујућих елемента, као што су језик, симболи, култура, колективан сјећања итд. подстиче економски, политички, социјални и сваки други облик развоја као резултат жеље а и потребе да се управо одржи, развије и унапреди колективитет који одражава појединачну припадност. Другачије, речено урушавање националног идентитета значи разарање појединачних идентитета који су на основу заједничких идентификујућих елемената изградили лични добровољни осјећај припадности. Према томе, покушај разградње националних идентитета утиче на производњу осјећаја неприпадности код оних лица која се добровољно и на бази препознавања обједињујућих националних вриједности идентификују са члановима одређене заједнице у њеном територијалном оквиру. Неки теоретичари попут Хабермаса (1984) говоре о узроцима који доводе до слабљења интегративних елемената

[11] С. Мијалковић и Г. Амиџић, „Екстремни национализам и безбедност савременог друштва“, *Социолошки преглед* 46/2012, 367–386.

једне заједнице.[12] Хабермас у разумијевању друштва говори о два основна концепта друштвеног система: социјалне интеграције и системске интеграције. Социјалној интеграцији у контексту ове теме би одговарао национални идентитет док системској интеграцији одговара степен свеопште друштвене и економске развијености. Дезинтеграција између два концепта почиње онда када развојем рационализације, бирократизације и свеопштег развоја, социјална интеграција (као на примјер национални идентитет) губи на значају будући да се јављају нови облици путем којих се чланови друштва идентификују. У том смислу, проширивање спектра људских права, развој медија, потрошачке културе, доминација новца као врхунске вриједности итд. утичу на слабљење постојећих интегративних и стварање нових дезинтегративних вриједности. Међутим, Хабермас наглашава да се овај процес дешава друштвима одређеног степена економског развоја. Дакле, слабљење на пријер националног идентитета под идеологијом стварања нових интегративних фактора (неолибералног карактера) мора почети из самог друштва а не политичким утицајем других земаља чије су претензије интересно засноване.

4. ОТПОР РАЗГРАДЊИ НАЦИОНАЛНОГ ИДЕНТИТЕТА

Процес разградње националних идентитета започет је већ почетком XX вијека. Свеопшта интенција потиче још од периода америчког предсједника Вудроа Вилсона касније и Џорџа Буша и идеологије Новог свјетског поретка. Суштина је у томе да се створе либерална друштва спремна да пригрле капитализам и западне демократске вриједности (често потпуно супротстављење националним културама). Националне државе које штите своје националне и културне вриједности биле су препреке развоју неолибералне хегемоније. Разградње националних држава сматране су обавезом новог поретка који је стварао нови пост-државни поредак глобализацијске моћи.[13] Степић истиче да се национални идентитет одређене земље може слабити и на начин да се задовољавају апетити поднационалних групација под значајним утицајем Западних сила чиме се оспорава и нарушава територијални интегритет националне државе (на примјер Косово).[14]

[12] J. Habermas, *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*, Boston 1984.

[13] Љ. Деспотовић и Ж. Ђурић, „Разградња националне државе: национална држава у процесима денационализације, детериторијализације и десуверенизације“, *Српска политичка мисао* 2/2012, 42.

[14] М. Степић, *Косово и Метохија: постмодерни геополитички експеримент*, Институт за политичке студије, Београд 2012.

Грађански идентитет какав се заговара стварањем унитарне Босне и Херцеговине мање је пријетња појединачним личним идентитетима али јесте националном идентитету Републике Српске који је колективног карактера и као такав изазива колективне посљедице. С обзиром да појединци слободно на основу уочених обједињујућих заједничких елемената изграђују осјећај националне припадности само под истим условима национални идентитет може бити разграђен, дакле добровољно односно када већина чланова одређеног националног идентитета престане да осјећа идентификацију и припадност истој и/или пронађе нове обједињујуће чиниоце. Погрешан приступ у покушају стварања функционалне Босне и Херцеговине управо почива на покушају разарања националног идентитета Републике Српске као равноправног ентитета установљеног Дејтонским мировним споразумом. Исходи оваквих покушаја супротно од очекиваног појачавају осјећај националне припадности и потребе заштите и очувања националног идентитетског оквира јер не представљају резултат слободних одлука народа или политичких одлука донесених путем домократски изабраних представника власти Републике Срспке. Такође нису ни резулатат неких економских развојних детерминанти које доводе до успостављања новог вриједносног оквира у коме национални стихијски опада. Отпор који пружа Република Српска одлукама које покушава да наметне страни фактор упориште налазе у уставно-правном оквиру као и у надлежностима које припадају ентитетима као такве. Управо та чињеница појачава осјећај учвршћивања националног идентитета у покушају његове разградње јер није израз слободе нити слободне воље која се налази у основи демократских начела а на којима управо међународне институције инсистирају. Претпоставка је да страни фактор рачуна да ће дугогодишњим дјеловањем кроз систем нарушавања институционалних надлежности, одузимањем државне имовине, наметање одређених одлука итд., ослабити национални отпор и створити осјећај опште незаинтересованости за национална питања. Међутим, супротно таквим могућим очекивањима Република Српска не мијења своје ставове и води конзистентну политику заштите територијалног интегритета и националног суверенитета чије упориште налазимо у колективним сјећању српског народа и чињеници да историјски посматрано незапамћена страдања доминантно српског народа кроз два свјетска рата на простору Балкана и покушаја суживота са онима од којих је српски народ масовно страдао и који у исходу није био одржив, утичу на јачање колективне свијести Срба о очувању самосталности и слободе унутар оквира Дејтонског мировног споразума.

Управо супротно импутирњу „страног фактора“ да Република Српска након завршетка рата кроз политику коју води нарушава стабилност и безбједност Босне и Хрецеговине и њених грађана кроз наводно подстицање етнонационализма, она кроз конзистентну политику коју води ради на очувању надлежности и граница које су дефинисане Општим оквирним споразумом за мир. Очување нације њених вриједности унутар територијалног оквира не може да буде фактор стварања национализма и подстицања етничке нетрепељивости међу различитим народима у Босни и Херцеговини јер управо оно на чему истрајава Република Српска јесте дефинисано Дејтонским споразумом па бисмо могли закључити да уколико “страни фактор“ инсистира на оваквом тумачењу, доводи у питање смисао, валидност и суштину доношења Оквирног споразума за мир.

Различитим политикама „страног фактора“ усмјереним на Републику Српску покушава се наметнуту систем европских вриједности какве се пацификацијом стварају унутар чланства Европске уније. Међутим, упркос успостављању нових система вриједности у Европској унији, свака чланица тежи да задржи национална обиљежја и територијални оквир. Очекивати да се Република Српска наведеног одрекне, која извјесно још дуги низ година неће бити чланица овог европског савеза сматра се беспредметним и у случају када се кроз покушај унижавања њеног националног идентитета и интеграцију у грађанску државу Босну и Херцеговину желе постићи други политички циљеви.

Стварање европског идентитета какав евидентно постоји у чланицама Европске уније није се могао десити без промјене свијести грађана Европе о њиховом идентитеу. Чланице ЕУ се често одричу једног дијела својих надлежности на добровољном нивоу и даље задржавајући своје државне оквире. „Постоји увјерење да премда држава-нација добровољно пребацује своје неке функције и овласти на институције Уније или друге наднационалне институције, она не престаје бити (потпуно) суверена држава већ се само одриче својих извршних овласти које припадају сувереним државама. [...] но чак и када одређене институције преузимају улогу државе, улога државе је у великој мјери ограничена, а њена аутономија смањена.“[15]. Сач (*Such*) даље наводи да се овакав губитак националног идентитета (прије бисмо могли рећи његова трансформација) дешава и одвија онда када економски развој напредује том брзином да потискује заинтересованост за политичким или неким другим разликама. Другачије

[15] J. Such, „Nacionalni identitet naspram europskog identiteta“, *Politička misao* 37/2000, 84–85.

речено, политика у таквој ситуацији има улогу да чини све уступке економском развоју и у том смислу она се суштински мијења. „Економска рационалност прелази границе нација и држава“. Европљанима је економски развој важнији од политичких проблема. Али се поставља питање да ли се одређено политичко дјеловање може занемарити онда када је економски развој у директој вези са политичким одлукама. Економски развој два ентитета условљен је одређеним надлежностима које они имају. Односно, у погледу надлежности, у Уставу је дефинисано да оно што није у надлежности Босне и Херцеговине припада ентитетима. У том смислу сваки пренос надлежности у директно би се могао одразити на економски развој енетитета па његово насилно отимање противно одлукама Народне скупштине Републике Српске схвата се као слабљење националног идентитета српског народа и блиског народа Републике Србије. Дакле, посматрајући однос земаља Европске уније и Републике Српске уочавају се одређене суштинске разлике. Као прво, слабљења националних идентитета земаља чланица узроковано је прије свега чланством у поменутој унији у којој је дошло до изградње заједничких европских вриједности (које као такве нису препознате а нерјетко ни прихваћене у вриједносном систему нашег националног кључа) и добровољног односно спонтаног одрицања једног дијела својих надлежности у корист наднационалних институција које доприносе јачању економског односно привредног развоја. У таквом окружење висок животни стандард европских земаља и потрошчка култура постоју нови вриједносни систем који надјачава националне идентитетске вриједности. Са друге стране у Републици Српској покушај преноса надлежности против воље народа Републике Српске подрива евентуалну могућност изградње толерантних и политички коректних односа између два ентитета. Такође, економски развој директно је условљен посједовањем одређених надлежности и вођењем унутрашње развојне политике усклађене са законским и територијлним оквиром Републике Српске. Економски развој и након 30 година послије рата није достигао просјечни животни стандард чланица земаља ЕУ што је свакако једним дијелом изазвано ратним дешавањима, процесима као што су транзиција, дерегулација, децентрализација и приватизација. Док „страни фактор“ управо економску и привредну ситуацију тумачи као израз вођења националних или етнонационалних политика, узроке поменутог стања свакако треба тражити и у константним притисцима међународне заједнице да створи унитарну Босну и Херцеговину што отежава процес њеног привредног и економског развоја јер се догађа да национални развојни пројекти бавају оспорени с обзиром да долазе из другог ентитета. У овом конкретном случају мијешање страног фактора у унутрашње односе и надлежности два ентитета, са једне

стране има за циљ централизацију Републике Српске са БиХ али и денационализацију на начин да се она представља као дестабилизујући фактор мира и развоја Босне и Херцеговине док је заправо политичко дјеловање демократски изабраних представника и воље парламентарне већине углавном усмјерено на очување њене Уставне позиције и гарантованог територијалног оквира који је потврђен Дејтонским мировним споразумом.

Може се закључити да се национални идентитет Републике Српске на основу притисака који долазе од стране „стрног фактора“ показује као уточиште или сигурна лука и својеврсни отпор наметању одређених одлука и наводних рјешења. Као што је већ речено с обзиром да су идентитети флуидни и подложни промјенама, те да грађани допровољно бирају припадност неком националном идентитету а на основу одређених заједничких вриједности, културе језика, колективних представа и заједничке историје, онда се под истим условом може радити на његовој разградњи. Дакле, добровољно и слободном вољом грађани могу да национални идентитет напуштају односно да под одређеним околностима долазе до спознаје да национални идентитет не игра битну ни пресудну улогу у њихом животу нити у систему вриједности (као што је случај са стварањем новог колективног идентитета европских земаља и напуштања појединачних националних идентитета код великог броја грађана ЕУ). Док год он јесте чврсто инкорпориран у лични осјећај припадности, задирање у национални идентитет и покушај његовог слабљења, супротно доводи до учвршћивања као израза отпора према наметању воље „страног фактора“ и са друге стране потребе да се очувају суштинске па и историјске те вриједносне разлике између српског народа и оних који су кроз претходне ратове утицали на његово масовно уништење.

Системски притисци високих представника којима је Република Српска адекватно одговорила на конкретном примјеру очувања полиције Републике Српске 2008. године показују случај мјешања страног фактора у унутрашњи уставноправни поредак једне земље и система њених надлежности. Смјена те забрана политичког рада и друштвеног дјеловања изабраних народних представника и јавних личности директора и руководиоца, директан је атак не само на слободе и права грађана него и на демократска начела, иста она на којима инсистира међународна заједница. Ово је типича примјер покушаја у оба случаја тзв. обезглављивања једног народа и покушаја успостављања осјећаја страха и немоћи пред притисцима Међународне заједнице и њеним изасланицима. Међутим, рефлексија поменутих догађаја супротно очикиваном учвршћује национални идентитет као ујединујући оквир кроз који се Република Српска брани и чува и који представља синте-

тизујући чинилац политичких супротности. Потреба да се један народ остави без сигурне заштите (као што је случај са полицијом) или политички прогон свих релевантних лица политичког и друштвеног естаблишмента представља пут ефикасног слабљења положаја, позиције и вриједносног оквира једног народа.

Најгрубљи до сад виђен начин уплитањам “страног фактора“ у уставноправни поредак једне земље јесте покушај одузимања државне имовине неопходне за функционисање јавне власти. Радић истиче да је високи представник Валентин Инцко на почетку свог мандата потврдио ставове Републике Српске супротно пресудама Уставног суда БиХ у вези са пољопривредним земљиштем, шумама итд. Тадашња канцеларија високог представника у предмету У-1/11 од 22. 4. 2011 године навела је да се споразум о сукцесији не може схватити као споразум којим се уређују појединачна права институција БиХ него да се ради искључиво о нормативном праву држава насљедница у погледу њиховог узајамног односа.[16] Дакле ради се о томе да је Венецијанска комисија указала да Споразум о сукцесији одређује шта од имовине припада БиХ у односу на друге бивше југословенске државе. Имовина у БиХ се дијели по територијалном принципу, указује Радић. Уставни суд у предмету У-5/98 по апелацији Алије Изетбеговића наводи да Република Српска има искључиву надлежност да уређује облигационе и својинско правне односе. Након неколико година Суд мијења одлуку по којој Република Српска није надлежна да уређује власништво када су у питању шуме, пољопривредно земљиште, воде итд. Приватизација је урађена по територијалном принципу и сагласност на исто дало је Правно одјељење ОХР-а, а и Венецијанска комисија. У погледу наведеног одузимање земљишта и имовине неопходне за функционисање јавне власти, директно и најгрубље задире у национално питање будући да се територија, суверена јавна власт као и становништво сматрају елементима државности. Дејтонским споразумом формирана је федерална држава са елементима конфедерације те је кључ њеног опстанка управо јасно дефинисање њених надлежности, а не насилно одузимање истих. Дакле, уколико припадници једног народа осјећају јаку националну идентификацију са њеним територијалним оквиром који има своју историјску конотацију обојену ратним страдањем, потпуно је јасно да се задирање у питање државне имовине третира као покушај разградње националног идентитета ради лакшег успостављања жељених политика.

[16] Д. Радић, „Концепт „државне имовине“ у пракси Уставног суда Босне и Херцеговине“, *Зборник радова са 34. међународног научног скупа – Копаоничка школа природног права „Примена права и правна сигурност“* (ур. Ј. Петровић Вујачић), Београд 2021, 317–332.

Посебно је значајно размотрити у ком контексту особа која није легално изабрана као високи представник, односно именовање није потврђено одлуком Савјета безбједности има легитимитет да поништава законе које доноси Народна скупштина Републике Српске као највиши законодавни орган једне земље. Разматрајући дубље овај проблем јасно је да високи представник нема улогу наметања рјешења или одузимања надлежности него се његова улога односила на спровођење цивилног дијела мировног рјешења. Позивање да тзв. Савјет за имплементацију мира (*PIC* – ПИК) који има овлашћења да предлаже односно именује високе представнике или им даје овлашћења, тотално је неутемељено. Као прво ПИК је самоизабрано тијело, самоизабраних држава. Не постоји нити један орган међународне заједнице које имановао ПИК или му одредио оснивачки акт. ПИК је заоставштина мировне конференције Југославије још из 90-тих година. Карл Билт истиче да се ПИК формирао 1995. године од министара спољних послова и одбране осам нација у управљајућој групи а на чије чело су поставили високог представника чија је мисија требала да траје годину дана.[17] Бонска овлашћења представљају измишљено дату надлежност високом представнику од ПИК-а по међународном праву нелегалног самоизабраног тијела које се бави улогом и овлашћењима високог представника. ПИК-а је у Бону 1997. године разматрао питања из домена људских права, правних реформи, ратних зличина, избјеглица и расељених лица, питање медија, избора, економских реформи итд. У закључку разматраних питања ПИК поздравља намјеру високог представника да искористи своја крајања овлашћења у регији у вези са тумачењем Анекса 10. Међутим касније на интернет страници канцеларије ОХР-а закључци ПИК-а по састанку у Бону добили су другачију одредницу у којој стоји да се од високог представника тражи смјена званичника који крше законски преузете обавезе по Дејтонском мировном споразуму.[18] Ово је само био увод у наводна даља овлашћења да се високи представник мијеша у законске и друге регулативе једне земље.

Врхунац потребе да се дисциплинује један народ по мјери страног фактора, међународне заједнице и њене воље оличене у лику и дјелу високог представника, представља покретање кривичног поступка у тужилаштву Босне и Херцеговине против демократски изабраног предсједника Републике Српске и вршиоца дужности директора Службеног гласника Републике Српске. Предсједник Републике Српске

[17] О Анексу 10 Дејтонског мировног споразума – Високи представник у Босни и Херцеговини и злоупотреба Међународног споразума, Глас Српске, Бања Лука 2021, 21.

[18] О Анексу 10 Дејтонског мировног споразума, 23–25.

законски је испоштовао одлуку Народне скупштине у погледу „неизвршавања одлуке високог представника“ а која се односи на питање државне имовине. Поставља се питање по ком правном механизму Република Српска има обавезу да поштује одлуке високог представника који нема легитимитет јер његово именовање није потврђено у Савјету безбједности у погледу забране објављивања Закона о непокретној имовини у Службеном гласнику Републике Српске које је усвојила Народна Скупштина као највиши законодавни орган овог ентитета. Такође, присуство страних судија у правосудном систему Босне и Херцеговине говори о својеврсном протекторату који треба да омогући лакше и брже успостављање интересне доминације западних сила на простору на коме се Република Српска и Србија показују као територијално-географске тачке отпора.

У суштини сваки притисак страног фактора на Републику Српску правда се као покушај стварање финкционалније Босне и Херцеговине спремне да узме учешће у чланству Европске уније. Са друге стране сви поступци страног фактора, као на примјер покушај готово насилног развлашћивања Републике Српске или насилно одузимање државне територије Србије (кроз признавање Косова као самосталне државе) указују да су евроатланске интеграције српског народа са обе стране Дрине могуће једино ако претходно учинимо националну дезинтеграцију као услов за евроинтеграцију односно супранационалну интеграцију, напомиње Степић.[19]

5. ЗАКЉУЧАК

Очување националног идентитета Срба са обе стране Дрине представља значајно питање са аспекта очувања територијалног оквира, јер управо тај оквир јесте простор у коме се отјелотворују националне идентитетске вриједности поменутог народа. Некозинстентна политика, неједниство у погледу одбране и очувања уставноправне позиције Републике Српске олакшава могућност дјеловања страног фактора који кроз разградњу институционалне одрживости Републике Српске има могућност да олако реализује своје интересне сфере. Историја српског народа говори о вјековној историјској борби опстанка и преживљавања на овим просторима и у вријеме два свјетска рата али и раније кроз неколико вијекова владавине Османског царства. На тим вриједностима изграђен национални идентитет

[19] М. Степић, „Ревитализација просторног чиниоца српског идентитета у контексту супернационалних интеграција“, *Национални идентитет и етнички односи* (ур. Н. Радушки), Београд 2018, 269.

сасвим сигурно ствара одређену дозу нетрепељивости од стране европских и свјетских сила према релативно малом народу који је у готово немогућим условима успјевао да преживи и очува свој национални идентитет и који није дозволи да далеко веће и моћније силе успоставе политичко правну и економску доминацију. Отпор који се пружа успостављању апсолутне доминације, прије свега политичких и економских интереса свјетских сила јесте управо инсистирање на поштовању Дејтонског мировног споразума који омогућује територијални и институционални оквир интегрисања српског народа унутар Босне и Херцеговине. Истрајавање на њеној територијалној односно *per se* национално идентитетској разградњи значи повећану могућност успостављања апсолутне доминације интересних сфера свјетских сила и нужно доводи до погоршавања етничких односа народа који живе на територији Босне и Херцеговине. Према томе очување Републике Српске и њеног националног идентитета представља се као услов опстанка Босне и Херцеговине чија је територијалан организација и уставноправни поредак дефинисана Дејтонским мировним споразумом.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Anderson, Benedikt, *Nacija: zamišljena zajednica – razmišljenje o porijeklu i širenju nacionalizma*, Školska knjiga Zagreb 1990;
2. Бодрожић, Ђуро „Српски национални идентитет: извори и основи“, *Национални интетрес* 1/2012, (8/13);
3. Деспотовић, Љубиша, Ђурић, Живојин, „Разградња националне државе: национална држава у процесима денационализације, детериторијализације и десуверенизације“, *Српска политичка мисао* 2/2012;
4. Korunić, Petar, „Nacija i nacionalni identitet“, *Revija za sociologiju* 36/2005:
5. Мијалковић, Саша и Амиџић, Горан, „Екстремни национализам и безбедност савременог друштва“, *Социолошки преглед,* 46/2012;
6. О Анексу 10 Дејтонског мировног споразума – Високи представник у Босни и Херцеговини и злоупотреба Међународног споразума, Глас Српске, Бања Лука 2021;
7. Радић, Дарко, „Концепт „државне имовине“ у пракси Уставног суда Босне и Херцеговине“, *Зборник радова са 34. међународног научног*

скупа – Копаоничка школа природног права „Примена права и правна сигурност“ (ур. Ј. Петровић Вујачић), Београд 2021;

8. Радушки, Нада, „Језичка и религијска компонента националног идентитета становништва Србије“, *Национални идентитет и етнички односи* (ур. Н. Радушки), Београд 2018;
9. Smit, Adam, *Nacionalni identitet*, Biblioteka XX vek, Beograd 2010;
10. Степић, Миломир, *Косово и Метохија: постмодерни геополитички експеримент*, Институт за политичке студије, Београд 2012;
11. Степић, Миломир, „Ревитализација просторног чиниоца српског идентитета у контексту супернационалних интеграција“, *Национални идентитет и етнички односи* (ур. Н. Радушки), Београд 2018;
12. Стојадиновић, Миша, „Геополитички изазови српском националном идентитету у процесу међународних интеграција“, *Национални идентитет и етнички односи* (ур. Н. Радушки), Београд 2018;
13. Such, Jan „Nacionalni identitet naspram europskog identiteta“, *Politička misao*, 37/2000;
14. Habermas, Jurgen, *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*, Boston 1984;
15. Cvetković, Vladimir N., „Nacionalni identitet i (re)konstrukcija institucija u Srbiji (ideologija, obrazovawe i mediji)“, *Filozofija i društvo* 19–20/2020.

Associate Professor Ranka Perić Romić, LL.D.

Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka

AN ATTEMPT OF DISSOLUTION OF ETHNIC IDENTITY OF SERBIAN PEOPLE UNDER THE INFLUENCE OF ‘FOREIGN FACTOR’

Summary

This paper examines the concept of ethnic identity through the lens of various theoretical concepts and approaches, critically examining the impact of actions by 'the foreign factor' in Bosnia and Herzegovina, specifically the Republic of Srpska, to underscore the importance of preserving ethnic values. The author employs the inductive methodological approach to highlight how 'the foreign factor' implements concrete measures aimed at dissolving ethnic identity elements to establish a unitary state in Bosnia and Herzegovina, while the deductive approach explores the impact of these measures and their potential outcomes. The primary goal of the paper is to highlight the fact that the preservation of the ethnic identity of the

Serbian people, predominantly within the borders of the Republic of Srpska, depends on the following two elements: reducing the power of ‘the foreign factor’ to a minimum level through taking a consistent political course of action, free of any particular political interests, and strengthening the awareness of the Serbian people on possible consequences of weakening the Serbian ethnic identity.

Key words: *Ethnic identity; Foreign factor; International community; High Representative; Values; Power*.

UDC/УДК 340.134(497.13)"1941/1945"
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Assistant Professor Miloš Zdravković, LL.D.

Faculty of Law, University of Belgrade

FULLER'S THEORY IN USE – THE INDEPENDENT STATE OF CROATIA LEGISLATION ANALYSIS[1]

Determining the morality of a legal order, in the end, is not an immediate subject of legal science, but of ethics. Therefore, it is possible to analyze the legality of the Ustasha order without questioning its moral assumptions, exclusively on the basis of generally accepted, strictly legal values, that is, from a purely legal point of view. Without resorting to the methods and results of other scientific disciplines such as historiography, sociology, ethics, psychology, political science, etc., but only on the basis of the concepts and values that the legal profession has been building since its existence, it is possible to determine quite precisely how a specific order corresponds to the legal concept. In this regard, a very useful and therefore very widely accepted concept was offered by the famous American legal theorist, Lon Fuller, and it will be used as the basis of the analysis. Fuller made a departure from basing the validity of law on its substantive compliance with morality, according to the formula lex iniusta non est lex. The impossibility of determining indisputable moral criteria for assessing the content of law, as well as the fact that such an assessment is performed externally, outside the framework of legal science, prompted Fuller to find the criteria of the moral correctness of law within himself. Fuller argues that the internal morality of law is embodied in eight requirements (generality of legal rules, prohibition of retroactivity, clarity, efficiency and non-contradiction of rules, etc.) that a normative order must fulfill in order to be recognized as legal. The conducted analysis shows that the system of rules that was valid in the Independent State of Croatia does not meet any of the criteria of Fuller's theory, and its character of legality must be contested.

Keywords: Independent State of Croatia (NDH); Lon Fuller; Inner morality of law; Legal system.

Miloš Zdravković, *milos.zdravkovic@ius.bg.ac.rs.*

[1] This paper results from research conducted within The Horizon Twining project "Advancing Cooperation on The Foundations of Law – ALF" (project no. 101079177). This project is financed by the European Union.

1. INTRODUCTORY CONSIDERATIONS

Although the Second World War ended almost eighty years ago, it seems that the traumatic past has not been overcome yet on the territory of former Yugoslavia. The reasons are numerous, such as autocratic character of the political regime of the Second Yugoslavia, that promoted the ideology of brotherhood and unity among Yugoslav peoples and prohibited opening of painful issues from the common past from pre-war and war period, so as not to disturb the black and white conceptions of socialist society. In addition, final disintegration of Yugoslav state in the civil war, opened the old and created new wounds and traumas, preventing upraisal of a discourse on those issues to an objective and neutral scientific level.

For the legal professionals, one of the most complicated, therefore the most challenging issue from this historical period is the question of the character of the order of the Independent State of Croatia (NDH) order. The existence of the NDH between 1941 and 1945 is an undisputable historical fact. Nevertheless, the answer to the question what the NDH was, remains disputable. Numerous authors, not only scientific researchers such as historians and legal professionals, but also writers, poets, film directors and other artists, politicians, chroniclers, journalists, publicists, etc. tried to provide the answers and offer their views on those events. However, there is still no clear conception of the true nature of NDH, and what was happening during 49 months of its existence. The perceptions of that historical period differ, they are often mutually exclusive, mainly blurred.

This short analysis is an attempt to provide answer to the question whether the NDH had a character of a legal order, from the neutral, legal and scientific standpoint. The common approach to the analysis of the legality of the nazi and fascist state phenomenon, as well as of the satellite states created under their patronage as was the case with the NDH, reveals that the legality of their orders are disputed from the iusnaturalistic point of view. Essentially, the attitude of the classical nature law school may be expressed with a phrase *Lex iniusta non est lex*, that is, that an unjust law is not law at all. The problem with such evaluation position is reflected in the fact that in each legal system, there are cases of unjust legal solutions, wherefore, it does not prove that those are not legal orders. A distinguished German jurist, Gustav Radbruch, was well aware of it, so he, after the end of the Second World War, offered one of the most influential criticism of the Nazi regime, contesting the very legality of that order.

After the end of war, Radbruch somewhat modified, in fact, complemented his pre-war conception of the legal order, which was, in essence,

positivist. Being the witness of horror done in the name of his country,[2] Radbruch introduced a new element in his theory, known as "Radbruch's Formula", in his two prominent articles ("Five Minutes of Legal Philosophy" from 1945, and "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" from 1946), without fundamentally changing his pre-war positivist standpoint. In his first article, following previously developed idea about the law as a will for justice, Radbruch says: "If laws deliberately betray the will to justice – by, for example, arbitrarily granting and withholding human rights – then these laws lack validity, the people owe them no obedience, and jurists, too, must find the courage to deny them legal character".[3] In his second article, Radbruch, analyzing a new post-war practice of German courts, based on several characteristic judgments, follows his attitude that the idea of legal security has the advantage over unjust or inexpedient laws "unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as 'flawed law', must yield to justice".[4] In this way, Radbruch corrected his pre-war standpoint in that part, introducing content element in his theory, by double negative qualification, "intolerable degree" and "equality renunciation".[5]

The Ustasha regime was established on the 10th April 1941, when the armoured units of German Army entered Zagreb. It owed its establishment to its true ideological creator – Nazi Germany. It emulated nazi and fascist order in many ways. It had the leader, Ante Pavelić, its legislation was formed according to the nazi model, it had internal enemies (enemies of the state). The Ustashas operatively launched hostilities against them, almost immediately after proclaiming their state and took over. They represented a kind of avant-garde of the "new world order", since they began the implementation of their "final solution" months before their older

[2] Radbruh personally experienced that horror since he was the first Professor to be removed from the University for political reasons, after the establishment of Nazi regime. Not wishing to permanently leave his homeland, he continued to develop his scientific work on the furthest margin, working in the library. During the war, he suffered the worst personal tragedy, his son was killed in the Battle of Stalingrad, in 1942.

[3] G. Radbruch, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)", *Oxford Journal of Legal Studies* 1/2006a, 14.

[4] G. Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 1/2006b, 7.

See also B. H. Bix, "Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory", *Rechsteheorie* 37/2006, 140-142.

[5] "Legal character is also lacking in all the statutes that treated human beings as subhuman and denied them human rights, and it is lacking, too, in all the caveats that, governed solely by the momentary necessities of intimidation, disregarded the varying gravity of offences and threatened the same punishment, often death, for the slightest as well as the most serious of crimes. All these are examples of statutory lawlessness". G. Radbruch, (2006b), 8.

German colleagues who needed, by the way, nine years to reach that decision after constitution of the nazi rule.

The figures of victims under the Ustasha's regime, prove an exceptional volume of organized crime. Such scope of terror the ustashas were capable of committing, especially during 1941 and 1942, implied enactment of a whole new legislation that totally deprived numerous population categories, institution of permanent and mobile martial courts network, forming special security units, organization of camp system and railway transport, engaging state apparatus beyond its regular scope of activities, formation of ustasha militia, etc. That mechanism was used with the aim of achieving ethnically clean state, which was the main goal of the Ustasha movement from its very foundation in fascist Italy in 1932.[6] The result of its operations, measured by the number of the converted, imprisoned, deported and killed Serbs,[7] Jewish,[8] Roma[9] and disloyal Croats,[10] proves how the Ustasha regime enjoyed the monopoly of physical force. Thus, it could be argued in favour of the thesis that the NDH had all symbols of statehood, that is, that beside the territory and population, it had internationally recognized government that had the power to implement main goals of its politics.[11]

On the other hand, according to the "Radbruch's Formula", it can be easily argued that such system could not have been legal since it renounced the equality to an intolerable degree. That Epigonian variant of the Nazi order fundamentally trampled elementary values of law and morale through its legislation, but a lot more by brutally excercising force even beyond such monstrous legislative framework. Radbruch's post-war conception, that still demonstrates its attractiveness,[12] served as a good meth-

[6] F. Jelić-Butić, *Ustaše i Nezavisna Država Hrvatska 1941–1945*., Sveučilišna naklada Liber – Školska knjiga, Zagreb 1977, 26.

[7] See N. Bartulin, "The Ideology of Nation and Race: The Croatian Ustasha Regime and Its Policies Towards Serbs in Independent State of Croatia", *Croatian Studies Review (Sydney-Split-Waterloo-Zagreb)* 5/2008, 75-102.

[8] See R. Blažević, A. Alijagić, „Antižidovsko i rasno zakonodavstvo u fašističkoj Italiji, nacističkoj Njemačkoj i ustaškoj NDH", *Zbornik Pravnog fakakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2010, 879–916.

[9] See N. Lengel-Krizman, „Prilog proučavanju terora u tzv. NDH: Sudbina Roma 1941-1945.", *Časopis za suvremenu povijest* 1/1986, 29–42.

[10] F. Jelić-Butić, 26.

[11] T. Marinković, „'Takozvana' Nezavisna Država Hrvatska", *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 75–106, T. Jonjić, „Pitanje državnosti Nezavisne Države Hrvatske", *Časopis za suvremenu povijest* 3/2011, 667–698.

[12] I. Vuković, „Poredak zločina – krivično pravo Nezavisne Države Hrvatske", *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 145–183.

odological instrument for disputing legality of the Nazi order, as well as its Epigonian variants.

2. FULLER'S CONCEPTION OF THE INNER MORALITY OF LAW

As opposed to the long tradition of the natural law thought, that had its ephemeric reincarnation in the years after the Second World War, concisely personified in "Radbruch's Formula", there is a distinctive conception of a well-known American legal theorist, Lon Fuller. Intuitively, majority of people are not going to perceive the system as legal, which is, according to the essence of its activities, contrary to their moral comprehension. The same idea can also be found in the basis of natural law teachings, personified in the sentence – *Lex iniusta non est lex*. However, the problem of such evaluation of an order lies in the impossibility to determine indisputable critera of that evaluation. If they were really universal, as the followers of natural school claim, then, their opinions would be more or less harmonized and not mutually exclusive, as it often happens.[13] That is why Fuller offered his law theory conception that remains distant from content issues of morale and justice.

From their beginnings, natural law teaching has belonged more to ethics, as a philosophical discipline, than to the science of law. Still, the analysis of legality of the order of the Independent State of Croatia is possible to accomplish without interference in moral conceptions, but only on the grounds of generally accepted, strictly legal values. Therefore, the examination of the NDH legislation may be carried out based on the Fuller's theory from purely legal viewpoint, without resorting to methods and results of other disciplines like historiography, sociology, ethics, psychology, politicology. Based on the principles that legal profession has been building up from its very beginnings, it can be quite precisely determined how much a concrete order complies with the legal notion.

Contrary to the law theorists inclined to natural law reflections, who, based on certain moral standards they declared universal, evaluate law validity and in the content of legal norms discovered its grounds of validity, Fuller set on a different route. That other road meant simultaneous relying on natural law tradition, and at the same time distancing from grounding law validity in its content harmonization with morale. Impossibility to determine undisputable moral criteria of the evaluation of law content, as well as the fact that such evaluation is conducted externally, beyond the frame of the science of law, prompted Fuller to find the criteria

[13] See W. T. Stace, *A Critical History of Greek Philosophy*, Macmillan Press, London 1972, 106-126.

of moral correctness within himself. Anyhow, it is politics which ultimately determines the law content. The questions of dead penalty, eutanasia, progressive taxing, quantity of social benefits, abortion, religious freedom, etc. are the expression of political will and that is why Fuller, for good reasons, believes that they lie beyond the frames of jurisprudence. Nevertheless, it does not mean that the law is morally indifferent. The difference is that its correctness is determined according to the criteria built within the legal profession and not outside of it. That is why the subject of his research is internal, not external quality of a legal order. That particular quality Fuller names the internal morality of law.

Fundamental distinction between traditional natural law approach and that of Fuller's, reflects in the fact that Fuller exclusively engages himself in the issues of institutional and procedural correctness of law, while classical natural law deals with the very content of the law in terms of main goals it desires or needs to achieve, as well as their moral correctness. Fuller claims that internal morality of law is contained in eight requirements a normative order has to fulfill in order to have legal quality, that is, law characteristics, recognized. They are: generality, public promulgation, non-retroactivity, sufficient clarity of rules made, non-contradiction, not asking the impossible, constancy of law and congruence between what written statute declare and how officials enforce those statutes.[14]

Those eight requirements may seem to be fully neutral ethically, at least when it comes to external goals of the law. Still, as Fuller says "the law is a prerequisite of the rule of law",[15] which further implies that the requirements of internal morality of law cannot inherently secure legal order, but they can secure the grounds on which it will be built. They are necessary, but not sufficient requirement for achieving a morally correct order.

According to his opinion, the requests of inner morality of law do not say anything about its substantial goals, but that does not mean that their connection with morale can be disputed. The order based on them, provides to the people certainty and security that they may create permanent identity throughout their life and therefore represent the basic value of predictability, necessary for correct realization of main, substantial goals of the law. In the order where those requirements are fulfilled, one has the possibility to define his/her own, and his or her dignity is guaranteed to, at least, some extent. That implies that internal morality of law has signifi-

[14] L. Fuller, *Morality of Law*, Yale University press, Fredericksburg 1969, 46-91.
[15] *Ibid*., 176.

cant link with and outcome in morale, by very appreciation of human dignity.[16]

3. THE APPLICATION OF FULLER'S MODEL

The analysis based on Fuller's model, shall be directed only to normative system that the ustashas established when they took over in Croatia on the 10th April 1941. Also, the examples from the NDH legislation shall be presented for each of the eight Fuller's requirements, that normative order has to fulfill in order to be considered legal.

3.1. Breach of the first Fuller's requirement – generality of rules

The first Fuller's requirement is generality of rules, which means that the cases are solved based on general rules, and not *ad hoc*. Fuller points out in his book "The Morality of Law" that "the fact is that many legal systems, large and small, suffer grievously from a lack of general principle"[17], which is, he claims, inherent to human race, even to animals.[18] Here is an example of such failure:[19]

LEGAL PROVISION

which extends legal provision as of 19th September 1941

No. CCCVII-1485-Z. p.-1941

§1.

Legal provision about taking over the property of »Serbian institute and institutions« in Hrvatski Karlovci to the ownership of the Independent State of Croatioa as of the 19th September 1941, No. CCCVII-1485-Z. p.-1941, shall extend in whole to the property of »Karlovačka gimnazijska zaklada kuća No. 833 from »Srijemski« Karlovci, as a scholarship trust of Nikola Vasiljković«, registered in the folio No. 903; to the property of »Srpsko pravoslavne« Great Grammar School in Srijemski, now Hrvatski Karlovci, registered in the folio No. 916; to the property Karlovačke gimnazijalne zaklade kuće No. 264 from »Srijemski« Karlovci, registered in folio ul. br. 269; to the property of Gymnasium fond in »Srijemski« Karlovci, registered in folios Nos. 914, 919, 920 i 1637, all in tax municipality of Srijemski, now Hrvatski Karlovci, and to all mobile property of mentioned owners.

[16] J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 2006, 270-271.

[17] L. Fuller, 48.

[18] *Ibid.*

[19] All laws and legal provisions of the NDH are stated according to the official edition *Nezavisna Država Hrvatska – Zakoni, zakonske odredbe i naredbe (knjiga I – L)* (ed. A. Mataić), Tisak i naklada knjižare St. Kugli, Zagreb 1941–1944.

§2.

This legal provision shall become effective on the day of its announcement in Narodne novine, and its enforcement is entrusted with the Minsitry of Education.

Zagreb, 1st October 1941

Poglavnik (the Head)
of the Independent State of Croatia:
Dr. Ante Pavelic, v.r.[20]

The abovementioned example may be individual, but under no circumstance general legal act, that is, the Law.

3.2. Breach of the second Fuller's requirement – Public Promulgation

Public promulgation of general rules that make them accessible to other subjects they refer to, is the second Fuller's requirement. Its disregard is easy to observe in a sequence of legal regulations that came into force even before they were published in "Narodne novine", for example:

Article 5 Legal provisions for Defence of People and the State as of the 17 April 1941: "This legal provision shall enter into force immediately".[21]

Article 11 The Orders about motor vehicles reporting and handover as of the 21 April 1941: "This Order shall enter into force immediately".[22]

Article 3 The Orders about enforcement of Legal Provision on Punishment of Hoarding and Price Increases as of 17 April 1941, brought on 19 April: "This Order shall come into force immediately".[23]

[20] Zakonska odredba kojom se proširuje zakonska odredba od 1941. broj CCCVII-1485-Z.p.-1941: §1. Zakonska odredba o preuzimanju imovine »srbskih zavoda i ustanova« u Hrvatskim Karlovcima u vlastničtvo Nezavisne Države Hrvatske od 19. rujna 1941. broj CCCVII-1485- Z. p.-1941. proteže se u cielosti i na nekretnine »Karlovačke gimnazijske zaklade kuće broj 833 iz »Srijemskih« Karlovaca kao stipendialne zaklade Nikole Vasiljkovića«, upisane u gr. ul. broj 903; na nekretnine »Srpsko pravoslavne« velike gimnazije u Srijemskim sada Hrvatskim Karlovcima, upisane u gr. ul. br. 916; na nekretnine karlovačke gimnazijalne zaklade kuće broj 264 iz »Srijemskih« Karlovaca, upisane u gr. ul. br. 269; na nekretnine Gimnazijskog fonda u »Srijemskim« Karlovcima, upisane u gr. ul. broj 914, 919, 920 i 1637, sve to u poreznoj općini Srijemski, sada Hrvatski Karlovci, te na svu pokretnu imovinu spomenutih vlastnik §2. Ova zakonska odredba stupa na snagu danom proglašenja u Narodnim novinama, a provedba se njezina povjerava ministarstvu nastave.

[21] Čl. 5 Zakonske odredbe za obranu naroda i države od 17 aprila 1941: „Ova zakonska odredba stupa odmah na snagu."

[22] Čl. 11 Naredbe o prijavi i predaji motornih voila od 21. aprila 1941: "Ova Naredba stupa odmah na snagu."

[23] Čl. 3 Provedbene naredbe Zakonske odredbe o kažnjavanju sakrivanju i povisavanja cijena živeža od 17. aprila 1941, doneta 19. aprila: „Ova naredba stupa odmah na snagu."

Unusual urgency is noticeable in the Ustasha legislation, wherefore a great number of published laws became effective immediately, not leaving the inhabitants of the NDH any period of time to be informed about them. In the first law of the NDH, in Article 10 of the Law on the formation of Army and Navy of the NDH, the following reads: "This law shall enter into force on the day of its publication in the "Narodne Novine". The Commander of the whole defence force shall provide, when needed, the authentic law interpretation."[24]

Article 10 specifies that the Law enters into force on the day of its publication in the ustasha official gazette, which is how the last article of the NDH legal provisions usually looked like. Under regular circumstances, the Law provides *vacatio legis* – the period of time during which the law enters into force, starting from the day of its publishment. Some period is left for the interested subjects to get introduced to the provisions of law and adjust to them. When the law enters into force on the day of its publishment, it means that there is the situation which deviates from the regular one, when the urgency is required in order to prevent unwanted consequences or achieve wanted effects. So, on the very same day, on the 10 April 1941, when the formation of the Independent State of Croatia was announced, the first Law of NDH was passed – the Law on the formation of the Army and Navy of the State of Croatia, which was published in the first number of "Narodne Novine" on the following day, wherefore it is obvious that no period of time existed for getting introduced or for the adjustment to the rules made.

3.3. Breach of the third Fuller's principle – prohibition of retroactivity

The third principle is prohibition, i.e., the requirement that rules apply only to future cases. Ustasha legislation is full of examples of violating the prohibition of retroactivity. Even in the legislative provision adopted on 17 April 1941, the departure from the principle of legality was complete. By the legal provision for the defense of the people and the state, the prohibition of retroactivity was violated, as Pavelic used both the present and the past tense ("or has violated"),[25] thereby extending its validity to a period

[23] Čl. 10 Zakona o osnutnu vojske i mornarice NDH: „Ovaj zakon stupa na snagu danom proglašenja u 'Narodnim Novinama'. Zapovjednik cijele obrambene snage davat će po potrebi autentična tumačenja zakona."

[25] "Anyone who in any way violates or has violated the honor and vital interests of the Croatian people or in any way jeopardizes the survival of the Independent State of Croatia or state authorities, even if the act remains only an attempt, shall be considered guilty of the crime of high treason."

before its adoption. Second, due to its extreme vagueness, this legal provision could not represent any guidance for the residents of the Independent State of Croatia in their behaviour. Phrases like "anyone who in any way violates," "the honor of the Croatian people," "the vital interests of the Croatian people," "anyone who in any way jeopardizes," "the survival of the NDH," are, to put it simply, maliciously and not particularly imaginatively concocted clichés under which any human behaviour could be subsumed, making the Ustashe the entire population of the NDH potential perpetrators of the crime of high treason.

Among the plethora of examples, there are also those that are almost banal. For example, Article 49 of the School Disciplinary Regulations for students of commercial academies, two-year commercial schools, commercial-maritime academies, Women's professional teaching and professional domestic teaching schools, as well as all women's professional and domestic schools, as of 1 October 1941, overlooked: "These school disciplinary regulations shall come into force from the beginning of academic year 1941-1942 and thus all existing disciplinary regulations in secondary vocational schools shall cease to be valid."[26] The problem is that these disciplinary regulations for academic year 1941-42 were published in Narodne novine on 21 October 1941, issue 158, when the school year was already well underway, meaning that they retroactively applied.

As an example of disregarding this Fuller's principle, Article 10 of the aforementioned Law on the Foundation of the Army and Navy of the State of Croatia can serve: "This law shall enter into force on the day announcements in the "Narodne Novine". The commander of the entire defence force shall provide, as necessary, authentic interpretations of the law,"[27] which foresees a special kind of retroactivity. Since the interpretation of law is an activity carried out by judges, not lawmakers, this involves retroactive legislation because the legislator can amend the law after it has come into force under the pretext of its clarification. These changes have a retroactive effect, i.e., they apply backward from the moment the law came into force, not from the moment the "authentic interpretation" was given.

[25] Čl. 49 Školskih stegovnih propisa za učenike i učenice trgovačkih akademija, dvorazrednih trgovačkih škola, trgovačko-pomorskih akademija, ženskih stručnih učiteljskih i stručnih kućanskih učiteljskih škola, kao i svih ženskih stručnih i kućanskih škola od 1. oktobra 1941: „Ovi školski stegovni propisi stupaju na snagu od početka školske godine 1941.–1942. i time prestaju vrijedeti svi dosadašnji stegovni propisi u srednjim stručnim školama."

[26] Čl. 10 Zakona o osnutku vojske i mornarice Države Hrvatske: „Ovaj zakon stupa na snagu danom proglašenja u 'Narodnim Novinama'. Zapovjednik cijele obrambene snage davat će po potrebi autentična tumačenja zakona."

3.4. Breach of the fourth Fuller's condition – clarity of enacted rules

Fuller emphasizes that "the desideratum of clarity represents one of the most essential ingredients of legality".[28] He also says that "to put a high value on legislative clarity is not to condemn out of hand rules that make legal consequences depend on standards such as "good faith" and "due care." Sometimes the best way to achieve clarity is to take advantage of, and to incorporate into the law, common sense standards of judgment that have grown up in the ordinary life lived outside legislative halls".[29] Therefore, the idea of the fourth condition is to formulate rules so that the largest number of subjects can understand them, which is contrary to the following examples from NDH legislation.

Article 1 of the Legal Provisions on the Punishment of Hoarding and Price Increases of April 17, 1941: "Hoarding and putting out of circulation of any goods necessary for life are prohibited, as well as the purchase and sale of such goods to an extent exceeding the regular most essential need."[30]

Article 1 of the Legal Provisions on Prohibited and Null Contracts for Prices of Goods and Labor of September 24, 1941: "All agreements and contracts regarding the prices of essential foodstuffs, clothing, or items necessary for life, or regarding the prices and wages for services and labor necessary for the production of all mentioned items or necessary for orderly life are prohibited and nullified if by such agreement or contract those involved in the agreement or contract or that they will not work for such prices."[31]

In addition to a few mentioned examples of highly indefinite and unclear definitions of legal obligations, Ustasha legislation is also full of various other similar clichés such as: "the welfare of the Croatian people," "the liberation of Croatia," "the honor of the Croatian people," "readiness

[28] L. Fuller, 63.

[29] *Ibid*., 64.

[30] Čl. 1 Zakonske odredbe o kažnjavanju sakrivanja i povisivanja cijena živeža od 17. aprila 1941: „Zabranjuje se sakrivanje i stavljanje izvan prometa svake robe neophodno potrebne za život, kao i kupnja i prodaja te robe u mjeri, koja prelazi redovitu najnužniju potrebu".

[31] Čl. 1 Zakonske odredbe o nedopuštenom i ništavom ugovaranju ciena za robu i rad od 24. septembra 1941: „Zabranjuju se i ništavi su svi sporazumi i pogodbe o cienama živežnih namirnica, odjevnih predmeta ili predmeta neobhodno potrebnih za život, ili o cienama i plaćama za službe i rad, koji je potreban za proizvodnju svih spomenutih predmeta ili koji jepotreban za uredan život, ako se tim sporazumom ili pogodbom oni, koji kod tog sporazuma ili pogodbe sudjeluju, obvezuju, da ne će prodavati spomenute predmete izpod tih ciena ili da ne će raditi izpod tih ciena."

to serve loyally," etc., leaving ample room for arbitrary behavior and abuse.

3.5. Breachlation of the fifth Fuller's condition – consistency of prescribed rules

Article 21, paragraph 2 of the Lawyers Act of 17 March 1929, as amended and supplemented on 8 March 1941, and 29 October 1941, states that a lawyer is: "obliged to represent the party who has engaged him in accordance with the law, and to defend the interests of that party against anyone zealously, faithfully, and conscientiously."[32] Contrary to this rule, in a series of legal provisions regulating proceedings before summary courts, a rule is repeated which is in conflict with the previous one: "Proceedings before the summary court are public and oral. The trial before the summary court begins with the oral accusation of the state prosecutor."[33]

Article 1 of the Criminal Code taken from the previous state: "No one shall be punished for an act unless the law, before it was committed, prescribed that it would be punished and how the person committing it would be punished." Article 1 of the Legal Provisions for the Defense of the People and State: "Anyone who in any way violates or has violated the honor and vital interests of the Croatian people or in any way jeopardizes the survival of the Independent State of Croatia or state authorities, even if the act remains only an attempt, shall be considered guilty of the crime of high treason."[34]

Of course, modern legal systems are so extensive and longstanding that it is not uncommon for some legal rules to occasionally collide. Contradictions are resolved according to (often unwritten, but implied) principles of legal profession, such as *Lex posterior derogat legi priori*, or *Lex specialis derogat legi generali*, etc. However, since the legislation of the NDH is full of such examples, it seems that the intention was precisely to create legal contradictions. For example, Article 6 of the Law on the Foun-

[32] Čl. 21, st. 2 Zakona o odvjetnicima od 17. ožujka 1929. s izmjenama i dopunama od 8. ožujka 1941. i od 29. oktobra 1941, određuje da je advokat „dužan zastupanje, koga se primio, vršiti po zakonu i prava svoje stranke braniti protiv svakoga revnosno, verno i savesno."

[33] "Postupak pred prijekim sudom je javan i usmen. Rasprava pred prijekim sudom počinje usmenom optužbom državnoga tužitelja."

[34] Čl. 1 KZ-a: „Niko ne može biti kažnjen za delo, za koje nije zakon, pre nego što je učinjeno, propisao da će se i kako će se kazniti onaj koji ga učini". Čl. 1 Zakonske odredbe za odbranu naroda i države: „Tko bilo na koji način povrjedi ili je povrjedio čast i životne interese hrvatskog naroda ili na bilo koji način ugrozi opstanak Nezavisne Države Hrvatske ili državne vlasti, pa makar djelo i ostalo samo u pokušaju, čini se krivcem zločinstva veleizdaje."

dation of the Army and Navy of the Independent State of Croatia clearly states that: "All previous military regulations that were valid in the Kingdom of Yugoslavia [...] to the extent that their structure is not contrary to the state of Croatia and this law, remain in force until amended"[35], only to immediately in Article 7 once, and in Article 8 twice, provide: "regardless of previous regulations."

3.6. Breach of the sixth Fuller's condition – prohibition of norming behavior that is impossible to comply with

LEGAL PROVISION

on the Expansion of Literacy in the Population and the Maintenance of Literacy Courses

§1.

All illiterate Croats in the Independent State of Croatia, who are exempt from attending regular public school according to the law on public schools due to their age, but are mentally and physically capable and not older than 50 years, must learn to read and write within 6 years. This duty is considered honorable and national.

§ 2.

An illiterate person is also considered to be someone who has completed a part of public school, or who has not completed a literacy course completely, and has consequently forgotten how to read and write.

§ 3.

The illiterates, as envisaged in §1, will be taught in literacy courses. Attendance is mandatory. Unjustified absences will be punished according to the law on public schools. [...]

In Zagreb, on September 11, 1941

Poglavnik

of the Independent State of Croatia:

Dr. Ante Pavelić[36]

[35] Čl. 6 Zakona o osnutku vojske i mornarice Države Hrvatske: „Svi dosadašnji propisi, koji su važili u Kraljevini Jugoslaviji […] u koliko nisu protivni ustrojstvu Države Hrvatske i ovom zakonu, ostaju na snazi dok se ne izmene."

[36] Zakonska odredba o širenju pismenosti u narodu i održavanju tečajeva za nepismene, čl. 1: „Svi nepismeni Hrvati i Hrvatice u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj, koji su po zakonu o pučkim školama oslobodjeni od polaženja redovite pučke škole poradi svoje dobi, a sposobni su duševno i tjelesno i nisu stariji od 50 godina, moraju u roku od 6 godina naučiti čitati i pisati. Ova dužnost smatra se častnom i narodnom". Čl. 2: „Nepismenom smatra se i ona osoba, koja je svrsila jedan dio pučke škole, ili koja nije podpuno svršila tečaj za nepismene, pa je poslie toga zaboravila čitati i pisati." Čl. 3: „Nepismeni, predvidjeni u § 1.,

Likewise, in Article 1 of the School Disciplinary Regulations for students of commercial academies from October 1, 1941: "Students of vocational schools are obliged to behave in school and outside of school in such a way that their enthusiasm for everything beautiful and good can be inferred from their behavior. Youth must be aware of their future role in the Croatian nation, in their Independent State of Croatia. Every advice and regulation of the school authorities will be welcomed with an open heart and will thus enable proper school work and proper order as a prerequisite for successful teaching. [...]."[37]

3.7. Breach of the seventh Fuller's condition – constancy of laws over time

An excellent example of disregarding the seventh Fuller's requirement is provided by the Law on the Oath of Loyalty to the State of Croatia, which was enacted by Slavko Kvaternik on behalf of the Poglavnik in the early hours of the NDH. In Article 5, it is provided: "For public notaries: I swear to Almighty God that I will be faithful to the State of Croatia and to the Poglavnik, as the representative of its sovereignty, that I will respect its constitutional provisions and laws, and that I will faithfully, accurately, and conscientiously perform my duties as a notary public according to the laws and legal provisions. So help me God!"[38] Just a week later, in the official gazette of the NDH, public notaries could read the following:

poučavat će se u tečajevima za nepismene. Polazak tečaja je obvezatan. Neopravdani izostanci kaznit će se po zakonu o pučkim školama. [...]"

[37] Čl. 1 Školskih stegovnih propisa za učenike i učenice trgovačkih akademija od 1. oktobra 1941: „Učenici i učenice srednjih stručnih škola dužni su se u školi i izvan škole vladati tako, da se iz vladanja može zaključiti na njihov polet i oduševljenje za sve, što je lijepo i dobro. Mladost mora biti svijesna svoje buduće uloge u hrvatskom narodu, u svojoj Nezavisnoj Drzavi Hrvatskoj. Svaki savjet i propis školskih oblasti primat će otvorena srca i na taj način omogućit će pravilan školski rad i valjan red kao preduvjet za uspješnu nastavu. [...]."

[38] Čl. 5 Zakona o prisezi vjernosti Državi Hrvatskoj: „Za javne bilježnike: Prisižem Bogu Svemogućemu, da u Državi Hrvatskoj i Poglavniku, kao predstavniku njenog suvereniteta vjeran biti, da u njene ustavne odredbe i zakone poštovati, da ću kao javni bilježnik vršiti svoju dužnost po zakonima i zakonskim odredbama vjerno, točno i savjestno. Tako mi Bog pomogao!"

MINISTRY OF JUSTICE

Number: 19180-1941.

Upon the proposal of the Minister of Justice, I prescribe and proclaim

LEGAL PROVISION

on the abolition of notary public services

1. Notary public services are abolished, and the Law on Notaries Public of September 11, 1930, with all its amendments and supplements, is hereby repealed.

2. All public notaries are required to submit all their notarial documents, registers, and seals for safekeeping to the competent district court within eight days after the entry into force of this Legal Provision, as well as for depositing with the court and cashing by the parties, deeds, and items of value. The competent judge shall inform the parties about the deposit.

3. The implementation of this Legal Provision is entrusted to the Minister of Justice.

4. This Legal Provision shall enter into force on the day of its publishment in the ,,Narodne Novine" and on that day all regulations contrary to this Legal Provision shall be repealed.

Zagreb, April 18, 1941.

Poglavnik of the Independent State of Croatia:

Dr. Ante Pavelić.[39]

3.8. Breach of the eighth Fuller's requirement – congruence between the law as declared and as applied

The final Fuller's requirement relates to the effectiveness of the legal order as a measure of the relationship between prescribed rules and their actual implementation. The rules of NDH legislation expressed the basic political ideas of that movement, which undertook to solve the Croatian

[39] Zakonska odredba o ukidanju javnog bilježništva čl. 1: „Javno bilježništvo se ukida, a Zakon o javnim bilježnicima od 11. rujna 1930. godine sa svim njegovim izmjenama i dopunamastavlja se izvan snage." Čl. 2: „Svi javni bilježnici imaju predati sve svoje javnobilježnicke spise, registre i pečate radi čuvanja nadležnom kotarskom sudu u roku od osam dana nakon stupanja na snagu Zakonske odredbe, a isto tako radi stavljanja u sudbeni polog i gotovinu stranaka, isprave i predmete od vrijednosti. Nadležni sud će o sudbenom pologu obavijestiti stranke." Čl. 3: „Provedenje ove Zakonske odredbe povjerava se Ministru pravosudja." Čl. 4: „Ova Zakonska odredba stupa na snagu danom proglašenja u ,,Narodnim Novinama" i tim danom se stavljaju izvan snage svi propisi, koji su protivni ovoj Zakonskoj odredbi."

issue in a hitherto unknown manner, resulting in tension between proclaimed rules and the actual situation in the NDH. As the question of the effectiveness of the NDH regime is too extensive, only a rough overview will be provided here.

Like the Nazis, the Ustasha authorities aimed to implement a final solution to the Serbian question by extreme methods. However, significant differences emerged because the Ustasha leadership neither had the same power as the Third Reich, nor were all parts of the Ustasha organization and state structures as robust and coordinated. Above all, proportionally speaking, there were many more Serbs in the territory of the NDH than Jews in the Third Reich, and many lived in concentrated areas. After the initial pogroms, the trust between Serbs and the NDH authorities was permanently shattered.[40] Fleeing from rampant terror, they quickly began to offer organized resistance, and the first partisan and Chetnik groups were formed. Since the norms of NDH legislation, and especially their implementation by Ustasha authorities, did not ensure the survival of a large number of people but actually jeopardized their existence, those affected had no reason to respect such rules anymore. In those parts of the NDH where the concentration of those whose lives were endangered was large enough, the motive for survival not only influenced the refusal to obey laws and authorities of the NDH but also led to the formation of a new order to ensure that survival. This is the key to understanding why effective control of the territory by the NDH authorities gradually diminished over time.

4. CONCLUSION

Based on the conducted exemplary analysis, it can easily be determined that, from the perspective of Fuller's theory of internal morality of law, the NDH regime cannot even conditionally be called legal. From the above examples (abundant in NDH legislation), it is clear that this regime did not fulfill the formal conditions to be considered legal. Countless cases

[40] In the report of the German general Hefner dated August 7, 1941, it was written: "Since the Serbian population, absolutely the largest, was exposed to nightly bandit and executioner attacks by the Ustashas, it was driven from its villages into the forests, where there are no conditions to sustain for a longer period, it was necessary to resist force, which is now being attempted to suppress with the pretext of a supposed Serbian uprising. It is not about Serbs fighting against the Croatian state, nor are they either Chetniks or communists, but simply persecuted people who, driven to desperation, would rather die with a weapon in hand, even if it were just a piece of wood or stone, which was indeed the case during the last battles around Krupe, than to be slaughtered like cattle from night to night, or to starve to death in the forests". V. Kazimirović, *NDH u svetlu nemačkih dokumenata i dnevnika Glez fon Horstenau 1941-1944*, Nova knjiga – Narodna knjiga, Beograd 1987, 112.

were not resolved based on general rules, but rather *ad hoc*. Additionally, although legal provisions were published in the "Narodne novine", they were not accessible to the majority of subjects, and even if they were, no time was given for interested parties to align their actions with them. Furthermore, the prohibition of retroactivity was grossly violated throughout the existence of the NDH. The rules were generally unclear and demanded behaviours that were difficult to ascertain. As already mentioned, there existed a contradiction between formal rules, as well as a lack of congruence between the law as proclaimed and its actual application. Therefore, the NDH regime, from Fuller's perspective, does not fulfill any of the 8 requirements of the internal morality of law. And for that reason, its legal character must be challenged.

Today, modern natural law theory has moved considerably away from these murky questions of determining the legality of a certain regime. This is easily understandable when considering the context in which contemporary natural law was developed, namely the regular framework of functioning of a legally regulated, liberal-democratic state in which its most prominent representatives operate. In that regard, they have relativized the traditional stance of *lex iniusta non est lex* as excessive, emphasizing the thesis that laws that are not in accordance with justice in their content are still laws provided they are enacted in a predetermined manner, regularly applied by the courts, and commonly referred to as laws.[41] Such reasoning is appropriate for legal systems that realize values such as legal security, certainty, safety, political and other equality, etc. On the other hand, such developed concepts prove to be unsuitable models for assessing the legality of regimes such as the Ustasha regime in the NDH. It is precisely for this reason that Fuller's peculiar approach, rooted in the heritage of the basic tenets of the legal profession developed over the past two and a half millennia, reveals a kind of enduring charm and appeal.

[41] J. Finnis, *ibid*., 363-366. L. Weinreb, "The Moral Point of View", *Natural Law, Liberalism and Morality* (ed. by R. George), Oxford University Press, Oxford 2002, 195-209.

LIST OF REFERENCES

1. Bartulin, Nevenko, "The Ideology of Nation and Race: The Croatian Ustasha Regime and Its Policies Towards Serbs in Independent State of Croatia", *Croatian Studies Review*, Sydney-Split-Waterloo-Zagreb 5/2008;
2. Blažević, Robert, Alijagić, Amina, „Antižidovstvo i rasno zakonodavstvo u fašističkoj Italiji, nacističkoj Njemačkoj i Ustaškoj NDH", *Zbornik Pravnog fakakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2010;
3. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 2006;
4. Fuller, Lon, *Morality of Law*, Yale University press, Fredericksburg 1969;
5. Jelić-Butić, Fikreta, *Ustaše i Nezavisna Država Hrvatska 1941–1945*., Sveučilišna naklada Liber – Školska knjiga, Zagreb 1977;
6. Kazimirović, Vasa, *NDH u svetlu nemačkih dokumenata i dnevnika Glez fon Horstenau 1941-1944*, Nova knjiga – Narodna knjiga, Beograd 1987;
7. Lengel-Krizman, Narcis, „Prilog proučavanju terora u tzv. NDH: Sudbina Roma 1941-1945.", *Časopis za suvremenu povijest* 1/1986;
8. Marinković, Tanasije „'Takozvana' Nezavisna Država Hrvatska", *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017;
9. *Nezavisna Država Hrvatska – Zakoni, zakonske odredbe i naredbe (knjiga I – L)* (ed. A. Mataić), Tisak i naklada knjižare St. Kugli, Zagreb 1941–1944;
10. Radbruch, Gustav, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)", *Oxford Journal of Legal Studies* 1/2006a;
11. Radbruch, Gustav, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 1/2006b;
12. Stace, Walter Terence, *A Critical History of Greek Philosophy*, Macmillan Press, London 1972.
13. Vuković, Igor, „Poredak zločina – krivično pravo Nezavisne Države Hrvatske", *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017;
14. Weinreb, Lloyd L, "The Moral Point of View", *Natural Law, Liberalism and Morality* (ed. by R. George), Oxford University Press, Oxford 2002.

Доц. др Милош Здравковић
Правни факултет Универзитета у Београду

ФУЛЕРОВА ТЕОРИЈА НА ДЕЛУ – АНАЛИЗА ЗАКОНОДАВСТВА НЕЗАВИСНЕ ДРЖАВЕ ХРВАТСКЕ

Сажетак

Утврђивање моралности неког правног поретка, у крајњој линији, није непосредан предмет правне науке, већ етике. Анализу правности усташког поретка могуће је зато спровести без преиспитивања његових моралних претпоставки, искључиво на основу општеприхваћених, строго правних вредности, дакле, са једног, чисто правничког становишта. Без посезања за методама и резултатима других дисциплина попут историографије, социологије, етике, психологије, политикологије итд, већ само на основу појмова и вредности које је правничка струка изграђивала од када и сама постоји, може се прилично прецизно одредити колико неки конкретан поредак одговара појму правног. У том погледу, веома употребљиву и зато веома широко прихваћену концепцију, понудио је чувени амерички теоретичар права, Лон Фулер и она ће ове бити искоришћена као основ анализе. Фулер је извршио отклон од заснивања важења права у његовој садржинској усклађености с моралом, према формули *lex iniusta non est lex*. Немогућност одређивања неспорних моралних критеријума процене садржине права, као и чињеница да се таква процена врши споља, ван оквира правне науке, понукала је Фулера да критеријуме моралне исправности права пронађе у њему самом. Фулер аргументује да је унутрашња моралност права оличена у осам услова (општост правних правила, забрана ретроактивности, јасност, ефикасност и неротивречност правила итд.) које неки нормативни поредак мора да испуни да би уопште могао да му се призна правни квалитет. Спроведена анализа показује да систем правила који је важио у Независној Држави Хрватској не задовољава ниједан критеријум Фулерове теорије, те му се мора оспорити карактер правности.

Кључне речи: *Независна Држава Хрватска; Лон Фулер; Унутрашња моралност права; Правни систем.*

UDC/УДК 341.231.14
341.645.5
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Senior Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – A CONSTITUTIONAL COURT OF EUROPE?

The European Court of Human Rights (ECtHR) is the protector of the European Convention on Human Rights (ECHR) with jurisdiction to "ensure the observance of the engagements" on this act, which represents the base of European law on human rights and freedoms. Important questions about this institution and this act are related to their nature. Some authors think that the Convention and the Court resemble the constitution and the constitutional court, respectively. This article seeks to review this conception by analyzing two questions: (1) Is the ECHR a Constitution of Europe, and (2) is the ECtHR a European Constitutional Court? In seeking answers to these questions, we will describe the typical characteristics of a constitution (materia constitutionis) and compare them with the characteristics of the ECHR. Afterwards, we will describe the typical characteristics of constitutional courts and their reasoning in order to compare them with the ECtHR's institutional role and its reasoning. In particular, the effect of the decisions of the constitutional courts and the ECtHR will be analyzed, as well as the criteria (which are not necessarily legal) used by these institutions in the process of reasoning. Regardless of the nature of this act and this institution, this paper tends to show that the ECHR and decisions of the ECtHR have an important role in the constitutionalization of legal orders of European countries.

Keywords: European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights; Human rights and freedoms; Constitutional Court; Materia constitutionis; Constitutionalization.

1. INTRODUCTION

Constitutional courts are not a rarity in European countries, but some authors stress that the European Court of Human Rights (hereinafter: EC-

Brano Hadži Stević, *brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba*.

tHR) can be described as the Constitutional Court of Europe. Although this institution has a very important place in almost all European countries, the question of the nature of the ECtHR is not doubtless. In order to answer the question about its nature, it is necessary to preliminary reconsider the nature of the European Convention on Human Rights (hereinafter: the ECHR). This article seeks to analyze two questions: (1) is the ECHR the Constitution of Europe, and (2) is the ECtHR European constitutional court? In seeking answers to these questions, we will describe the typical characteristics of a constitution (*materia constitutionis*) and compare them with characteristics of the ECHR. Afterwards, we will describe the typical characteristics of constitutional courts and their reasoning in order to compare them with the ECtHR's institutional role and its reasoning. In particular, the effect of the decisions of the constitutional courts and the ECtHR will be analyzed, as well as the criteria (which are not necessarily legal) used by these institutions in the process of reasoning, i.e., decision-making and justification process. Regardless of the nature of this act and this institution, this paper tends to show that the ECHR and decisions of the ECtHR have an important role in the constitutionalization of legal orders of European countries.

2. EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS – A EUROPEAN COUNSTITUION?

Some authors claim that the ECHR represents "the embryo of a European Constitution",[1] other authors stress that this document is the European Constitution,[2] while the ECtHR itself described the ECHR as "a constitutional instrument of European public order".[3] But in order to explain whether the ECHR is a constitution, it is necessary to explain the typical characteristics of a constitution.

[1] Ryssdal adds that "our responsibility" is to complete the task and ensure that the ECtHR "will succeed on the way" to become the Constitutionl Court of Europe. R. Ryssdal, „On the Road to a European Constitutional Court", *Collected Courses of the Academy of European Law* 2/1991, 9, 20.

[2] S. Greer, L. Wildhaber, "Revisiting the Debate about 'constitutionalising'the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* 4/2013, 674 and J. L. Jackson, "*Broniowski v. Poland*: A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court", *Connecticut Law Review* 39/2006, 804.

[3] See *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) Application no. 15318/89 (1995), para. 75. Available at: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57920*.

2.1. Typical characteristics of a constitution

According to the constitutional law doctrine, a document can be described as a constitution if it has some of the typical characteristics. In order to explain the nature of a constitution, it is important to distinguish between a formal and a material concept of a constitution. On one side, a *constitution in a formal sense* represents the act that is brought by the constitution maker (*pouvoir constituant*) in a special constitution-making procedure and contained in one document (codified constitution).[4] A *constitution in a material sense* refers to the regulation of some of the most important questions that represent so-called *materia constitutionis*.[5] There are, at least, four typical characteristics[6] of a constitution. *Firstly*, a constitution regulates the organization and functioning of state power. *Secondly*, a constitution guarantees human rights and freedoms,[7] so it represents the "catalogue of fundamental rights".[8] *Thirdly*, a constitution regulates the socio-economic organization of a state. *Fourthly*, a constitution regulates the territorial organization of a state. It is not possible to imagine a state without a constitution in a material sense, while there are states without a

[4] Constitutions in the narrowest sense represent "the fundamental laws of the modern sovereign nation state as expressd in a single formal document" (S. Greer, L. Wildhaber, 666).

[5] According to Ratko Marković, a constitution is related to two groups of issues. The first group deals with state power, while the second group of issues is related to society and citizens. See. R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2016, 40.

[6] See G. Marković, *Ustavno pravo*, Istočno Sarajevo 2021, 43. If we consider concepts as prototypes, then we take into account their characteristics, which are neither necessary nor sufficient, but typical, i.e., they are more often present in individual specimens that fall under a certain concept. See about that, G. Dajović, *Ogledi o metajurisprudenciji*, Belgrade 2015, 48–49. On prototypical concepts, see M. Jovanović, *The Nature of International Law*, Cambridge 2019, 48–51.

[7] According to Goran Marković, material constitutions must encompass norms about rights and freedoms because they are instruments for "limiting the state power and ensuring the protection of individuals from the arbitrariness of state power" and from arbitrariness of other power holders (G. Marković, 45).

[8] J. Velaers, "Constitutional Versus International Protection of Human Rights: Added Value or Redundancy? The Belgian Case, in the Light of the Advisory Practice of the Venice Commission", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2/2016, 265 and further (*https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2016-2-page-265.htm*); *Human Rights and Constitutional Making*, New York–Geneva 2018, 74 (*https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/ConstitutionMaking_EN.pdf*); C. Binder, P. Janing, "The ECHR as a constitutional rights catalogue: compliance in Austria", *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law* (eds. R. Grote, M. Morales Antoniazzi, D. Paris), Cheltenham–Northampton 2021, 42–57; G. Repetto, "Rethinking a Constitutional Role for the ECHR. The Dilemmas of Incorporation into Italian Domestic Law", *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic And European Law. An Italian Perspective* (ed. G. Repetto), Cambridge–Antwerp–Portland 2013, 52; R. Ryssdal, 14.

formal constitution (for example, the United Kingdom). Consequently, a constitution in a material sense is sometimes built into one document (codified constitution, formal constitution), but that is not necessary because different legal acts can regulate *materia consitutionis* and form a constitution in a material sense. That means the following: one act can regulate the organization of state power, another act can regulate the territorial organization, the third can be devoted to the human rights and freedoms, etc.

2.2. The nature of the ECHR in the light of typical characteristics of a constitution

Which of the typical characteristics from the previous section has the ECHR? Firstly, it is irrefutable that the ECHR is not a constitution in a formal sense, but the question is whether it represents a constitution in a material sense. Mostly, the ECHR is an international treaty that represents the catalogue of fundamental rights and freedoms, and, besides that, this document regulates the role of the ECtHR. Hence, the first and (partially) second typical characteristics of *materia constitutionis* are noticeable (although the ECtHR is not a national state institution), while the third and fourth characteristics are not related to the ECHR. At first glance, the ECHR has some typical characteristics of a constitution, and it could be understood as a constitution in a material sense, but it is necessary to provide more information about this document in order to explain its nature. *Firstly*, the ECHR is an international treaty (or a regional treaty)[9] and its purpose is not to serve as the supreme legal document in a state, but to be the framework for the protection of fundamental rights and freedoms in the member states of the Council of Europe (hereinafter: the CoE). In the Preamble of the ECHR, it is stated that the aim of the Council is "the achievement of greater unity between its members", and one of the methods to achieve that is "the maintenance and further realization" of rights and freedoms through the ECHR. The member states, according to the Preamble, are resolved to "take the first step for collective enforcement" of rights and freedoms from Universal Declaration" through the ECHR. That shows that the ECHR is not meant to be a constitution, and the nature of this document indicates that it is not possible.[10] *Secondly*, only states have

[9] "Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting states. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a collective enforcement". See *Ireland v. The United Kingdom*, application No. 5310/71 (1978), at para. 239. See at: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-181585*.

[10] Greer stresses that the central issue of the ECHR is related to the "distribution of responsibility for rights protection" between non-judicial and judicial institutions that act

the supreme legal act – a constitution, while international (or regional) organizations (like the CoE), don't have a constitution.[11] *Thirdly*, the ECHR is not adopted by the *pouvoir constituent* but by the Parliamentary Assembly of the CoE (and afterwards it was ratified in member-states). In Raz's opinion, a constitution is: (1) a constitutive act of the legal and political structure that is (2) stable, (3) written, (4) superior law, (5) justiciable, (6) entrenched, and (7) expresses a common ideology.[12] The ECHR is not a constitutive act of the legal and political structure because it does not define "the constitution and powers of the main organs of the different branches of government"[13] and it is not the superior law, although it is written and expresses a common ideology. If we summarize the analyzed characteristics, we can conclude that the differences between the ECHR and a constitution prevail over the similarities.

The position that will be defended in this paper is that the ECHR is *not* the Constitution of Europe.[14] But the question that arises is what the ECHR is, if it is not a constitution? According to the ECtHR, the ECHR is "a constitutional instrument of European public order".[15] According to Jackson, the ECtHR view that the ECHR is a constitutional instrument is consistent with the view that a convention can "generate a sort of constitution" because the role of a constitution is to "distribute and limit power" and to balance interests.[16] So, the ECHR is an act that is not absolutely different from *the idea* of a constitution, and the *raison d'être* of a constitution is connected with the limitation of state power. Hence, in a conceptual sense,

"in accordance with the rule of law". See S. Greer, "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2003, 410.

[11] On the doubt related to the existance of a constitution without demos, see J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009, 21.

[12] J. Raz, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford 2009, 324–325. About the ECHR in the light of Raz's doctrine on a constitution, see W. Sadurski, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Human Rights Law Review* 3/2009, 447.

[13] J. Raz, 324. For Jackson, the ECHR is "a specific constitutional system" (J. L. Jackson, 779).

[14] In Nußberger's opinion, the ECHR is not a constitution for three reasons: the non-existence of a state, the non-existence of regulations on state organization, and the non-existence of a final word. See. A. Nußberger, "The European Convention on Human Rights: A Constitution for Europe?", *Europe and Asia as a Legal Area for Fundamental Rights* (ed. M. Deguchi, K. Yakushiji), Singapore 2023, 139. Peters claims that the ECHR is not the Constitution of Europe because "much that belongs to the body of global or regional constitutional law is not codified" in the ECHR, so he refuses those "visions of macro-constitutionalization" (J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 203).

[15] *Loizidou v. Turkey*, para. 75.

[16] J. L. Jackson, 778.

both the ECHR and a constitution share the same feature: they tend to limit the arbitrariness of a state's power, especially through human rights and freedom's catalogue. In Greer's opinion, the constitutional character of the ECHR lies in "the values and principles upon which it is founded", and some of them are explicit, while others are "implicit in the text and jurisprudence".[17] Some authors point out that "human rights litigation" in a state is regularly "constitutional, because it raises fundamental questions" (for example, the distribution of benefits and burdens, the limits of public power, etc.).[18] But the nature of a dispute is an important but not sufficient sign of the nature of a specific document – the ECHR in this particular case. There are different international documents that aim for the protection of human rights, so some authors stress that an international constitution does not exist, but there is a corpus of "global constitutional law, dispersed in numerous instruments".[19] If we understand it as a claim about different instruments of constitutionalization, the ECHR is definitely the part of "global constitutional law". However, it is noticeable that the ECHR is "increasingly acquiring constitutional status in member states".[20] In some countries, the ECHR has the same legal force as a constitution; in other countries, the ECHR has subconstitutional but superstatutory status; and in some countries, the ECHR has the same legal force as other statutes.[21] For example, in Bosnia and Herzegovina, the ECHR has an intermediary position because it has higher legal force in comparison with statutes (Article II 2), while in Germany, the ECHR has the same status as an ordinary statute.[22] In Austria and Slovenia, the ECHR holds constitutional

[17] S. Greer, (2003), 407.

[18] S. Greer, L. Wildhaber, 667.

[19] J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 203.

[20] S. Greer, L. Wildhaber, 668. Not only the ECHR but also the ECtHR interpretations have been getting the form of constitutional norms. In Wildhaber's opinion, "the Convention has a lot in common with European constitutions" because they "share the same basic democratic ideals as the Convention" (L. Wildhaber, *Oppening speech at the International Conference: The Position of Constitutional Courts Following Integration into the European Union*, Bled 2004, 33, available at: *https://www.us-rs.si/media/zbornik.pdf*).

[21] German Federal Constitutional Court stated that in exceptional cases, the legislature could disregard international agreements if this represents the "only way in which a violation of fundamental principles of the constitution can be averted". Although the Basic Law of Germany "aims to integrate Germany" into the international community, it "does not waive the sovereignty contained in the last instance in the German constitution". See. Decision *2 BvR 1481/04*, para. 35. Available at: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/-SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html*.

[22] See the decision of the Federal Constitutional Court of Germany, BVerfGE 74, 358 (para. 370). Available at: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrint-Version&Name=bv074358*. On the "duty to consider" rather than "duty to comply" of the ECtHR jurisprudence (*Berücksichtigungs- statt Befolgungspflicht*) see R. Kunz, *Richter über internationale Gerichte?*, Berlin–Heidelberg 2020, 176–180.

status. According to the Article 90 of Türkiye, international agreements (like the ECHR) "carry the force of law", but there is no possibility of judicial review of them.[23] The constitutional provisions are always, while the ECHR provisions are often, *higher-order norms* in comparison to the other provisions, and that is one of the links between these documents. Moreover, Jacksons states that the ECHR provisions are "higher order norms" that are "designed to protect human rights within a constitutional framework".[24] This means that "national constitutions indeed share the same basic democratic ideals as the Convention".[25] The comparative law denotes that the ECHR cannot substitute a constitution, but it can upgrade it through enrichment of a constitution's catalogue of human rights and freedoms. In other words, the ECHR can contribute to the idea of constitutionalization.

2.3. The constitution vs. constitutionalization

In the previous section, it was concluded that the ECHR is not the Constitution of Europe, but it is one of the important instruments of constitutionalization of state power in every CoE member state. So, what is the difference between a constitution and the constitutionalization? The difference rests, firstly, on the fact that constitutions are not necessary a personification of the limitation of state power, because a constitution can have provisions that allow slavery or proclaim that a head of state can render a death penalty verdict when he deems it necessary to protect the state interest. On the other side, it is important to stress that a constitution can proclaim different human rights and freedoms, but that is not a necessary sign of their realization. So, constitutionalism refers to the realization of proclaimed limits, i.e., constitutionalization is the idea that state power must be *truly limited*, and that limitation is particularly realized through the hu-

[23] See: *European Convention on Human Rights and national constitutions*, *https://rm.coe.int/european-convention-on-human-rights-and-national-constitutions-/1680aaa9ff*.

[24] See J. L. Jackson, 798. Also, Jackson points out, in our opinion, the partly acceptable idea that constitutions have "the effect of transforming" legal and moral norms into norms that have "deontological status". It follows that constitutional norms are "higher moral order norms or metanorms" (*Ibid*., 779). This view is true if we understand the codification of human rights and freedoms as the codification of moral norms into a constitution. But the connection between morality and law is not necessary but contingent, because, for example, a form of government (republic or monarchy) does not have any connection with morality. Similarly, Klabbers points out that "morality cannot be created by a stroke of the pen", i.e., "it cannot be legislated". From that claim, he draws the conclusion that there is no necessary connection between law and morality because morality is "indifferent" to questions like the driving side or the number of witnesses that need to confirm the validity of the will. See J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 109.

[25] L. Wildhaber, 2004, 33.

man rights and freedoms catalogue and application of them. Ikenberry writes about "constitutional orders" that are based on "legal and political institutions that operate to allocate rights and limit the exercise of power", but the existence of a constitutional document or charter is not a sign of the existence of a constitutional order.[26] This means that Ikenberry speaks about constitutionalism, i.e., the true limitation of state power. In Ikenberry's opinion, there are three main characteristics of constitutionalism (constitutional political order): (1) shared agreement on basic principles and rules, (2) the existence of binding and authoritative limits on the exercise of power, (3) the rules and institutions are "entrenched in the wider political system" and they are not easily revisable.[27] In short, constitutionalism rests on the motto that "politics may decide", but "it cannot overstep the bounds of law".[28]

Today, the majority of constitutions are the instruments of constitutionalization since the limits of state power are written in them and they are more or less realized.[29] Those limits are internal (for example, relations between different institutions based on the checks and balances principle) and external (limitation of the state power through human rights and freedoms).[30] It is extraordinarily important that the main limits of state power are codified in a constitution (or in several constitutional documents), and only the concretization of them should be delegated to the legislator in order to avoid frequent changes of those limits. Ikenberry points out that constitutions represent "a form of legal constraint on politics", and holders of power "must exercise that power" in accordance with the "institutionalized political process".[31] Following those grounds, the ECHR is also a form of legal constraint on politics, i.e., an instrument of constitutionalization[32] since it represents the catalogue of human rights and freedoms. The

[26] J. Ikenberry, *Institutions, Strategic Restraint, and the Rebuilding of Order After Major Wars*, Princeton–Oxford 2001, 29.

[27] *Ibid*., 2001, 30–32.

[28] J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 27.

[29] Constitutionalization is "the process by which a constitution is framed and institutionalized" (S. Greer, L. Wildhaber, 666).

[30] Today, it is usual to speak about the rule of law as an idea that is related to the limitation of state power. The rule of law refers to "no one and no organ is beyond the law", the absence of arbitrary power, equality before the law, and the existence of independent courts that protect rights (J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 60).

[31] Ikenberry, 31. Different states have found "mechanisms to keep politics in check", and one of them is the creation of rights catalogues. See J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 19.

[32] If we reject the constitutionalization thesis, it is not easy to answer the following question: how the ECHR has such status at the national, but not at the transnational level (S. Greer, L. Wildhaber, 668). "The unevenness of a constitutional process" is not necessarily a sign of deprivation of "its constitutional character". See. *Ibid*., 685. Some authors speak about "international constitutionalism" (J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 20).

ECHR is "a pan-European agreement" related to the fundamental rights "deemed worthy of constitutional protection on both a domestic and supranational level".[33] According to some authors, international institutions exercise functions that are „comparable to functions of national constitutional organs", and that phenomenon can be called "international constitutionalization", while the interference of international institutions in the powers of national constitutional institutions can be described as "transnational constitutionalization".[34] The important difference between a constitution and the ECHR lies in the range of those legal documents – the ECHR is an instrument of constitutionalization in a significant number of countries (at least in 46 member states), while one constitution can be an instrument of constitutionalization just in one state. Therefore, "we have neither an international constitution, nor a transnational constitution",[35] but we *do have* different legal instruments of constitutionalization. In Klabber's opinion, "multilevel constitutionalism appears as an oxymoron" if we take into account that the term "constitution" refers to ultimate authority because "only one authority can be ultimate".[36] But this opinion is not based on the crucial difference between constitution and the constitutionalism, and it must be modified by denying the existence of *multilevel constitutions* in one state but accepting the fact that different instruments of constitutionalization can be simultaneously present in one state. If we try to find the position of the ECHR, we can say that it is part of international constitutional law, i.e., the ECHR is an instrument of constitutionalization that coexists with other similar instruments (for example, constitution, the UN Charter, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, etc.).[37]

[33] J. L. Jackson, 777.

[34] G. Ulfstein, „The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?", *PluriCourts Research Paper* 8/2014, 1.

[35] According to Ulfstein, national legal systems and international legal system are not in a hierarchical relationship, and consequently, there is neither an international nor a transnational constitution. See: *Ibid*., 1.

[36] J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 22.

[37] Greer and Wildhaber claim that there are two kinds of transition of the ECtHR: constitutionalization (that is already underway) or stagnation or collapse' under applications. Although constitutionalization is already underway, that process is unfolding "hesitantly and slowly" (S. Greer, L. Wildhaber, 671). Sadurski claims the contrary: The significant differences between the member states of the Council of Europe show that "deconstitutionalisation" is on the way because the existence of a constitution and constitutionalism implies "a degree of homogeneity" (W. Sadurski, 400).

3. THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – A CONSTITUTIONAL COURT OF EUROPE?

In this section, we will try to explain the nature of the ECtHR in order to answer the following question: is the ECtHR a constitutional court? Before giving an answer to this question, it is necessary to display the typical characteristics of constitutional courts and the characteristics of the ECtHR, i.e., we will, firstly, display the institutional role of these institutions. Is it noticeable that there are some similarities between them, especially related to the decision-making style, so the second subsection will be devoted to the way of reasoning of constitutional courts and the ECtHR.

3.1. Typical characteristics of constitutional courts and the ECtHR – institutional role

As Sadurski stresses, it has become fashionable to claim that the ECtHR has become (or is becoming) the European constitutional court.[38] The ***institutional role (function)*** of any constitutional court (hereinafter: CC) is the protection of a constitution, especially through judicial review of challenged statutes. Therefore, it is popular to claim that a CC is the guardian of a constitution. If a CC declares that a statute is unconstitutional, it will (usually)[39] declare the unconstitutionality and null/void the statute in question. Hence, a CC removes the unconstitutional statute from a legal order. Comparative law shows that constitutional courts have other important functions (besides judicial review of the conformity of a statute with a constitution), such as the protection of constitutional rights and freedoms, impeachment of the head of state, concrete judicial review, resolving federal, election and institutional disputes, forfeiture of basic rights, etc. On the other side, the institutional role of the ECtHR and its main function is the protection of human rights and freedoms guaranteed in the ECHR. But the options that are available to the ECtHR (at least according to the ECHR) are not similar to the CC's possibility to declare the challenged legal act null and void. More precisely, the ECtHR role is to *declare* the unconventionality of it, and the CoE member state has an obligation to remedy the breach.

The protection of human rights and freedoms is exactly the spot where the institutional roles of the ECtHR and constitutional courts intersect. In contrast to constitutional courts, this is the *only* task of the ECtHR. If we

[38] *Ibid*., 398.

[39] Removing an unconstitutional law from legal order is a usual way to react to the unconstitutionality, but the CCs worldwide have developed a number of ways to avoid the declaration of unconstitutionality or to remedy the unconstitutionality of a specific statute. We will discuss some aspects of this in subsection 3.2.

compare the ECtHR and any constitutional court that has jurisdiction to protect constitutional rights and freedoms, we could claim that the role of both is to limit state power.[40] So, both of these institutions are in some way charged to ***check other institutions*** on behalf of a legal act (a constitution or the ECHR) while other subjects are charged to create those acts. Others (*pouvoir constituent* or the ECHR member states) set frame for the ECtHR and CCs decision-making, respectively. But there is an important ***distinction in the legal effects of the judgments*** of these institutions that derives from the origin of these institutions. While CC's decisions are final and binding, the ECtHR decisions represent an international obligation to a member state.[41] Hence, at first glance, the decisions of a CC have a greater (direct) impact. But it is necessary to stress that both CC and the ECtHR enjoy huge authority and, consequently, their decisions have at least the ***same factual influence***.[42] Although the decisions of the ECtHR are not directly applicable in member states, (1) they are not only advisory (because the member state can, after all, be suspended from the CoE if it does not fulfill its obligations and ECtHR decisions)[43] and (2) the substitute for that is the authority of this institution and its unquestionable influence on all national institutions.[44] Also, the decisions of the ECtHR and a CC are different considering the ***type of challenged legal acts*** because the primary task of a CC is to review the constitutionality of a *general* legal act, while the ECtHR reviews the conventionality (the conformity with the ECHR) of an *individual* legal act. Therefore, the ECtHR cannot, e.g., review the con-

[40] Some authors point out that judicial review equals constitutionalism because "judicial review aims to tame the beast of politics". See J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 27.

[41] We do not relativize the international obligations of any state because our intention is only to emphasize that the decision of a CC is sufficient for the invalidation of a legal act, while the ECtHR decision is not sufficient, although Article 46 of the ECHR prescribes that contracting parties "undertake to abide by the final decisions" of the ECtHR "in any case to which they are parties".

[42] Due to the factual influence of the national constitutional courts and the ECtHR on national authorities, the political branches cannot easily resist it and this creates "a truly constitutional dimensions" of the ECtHR (W. Sadurski, 452).

[43] According to Article 3 of the Statute of the Council of Europe, every member state of this organization must accept the principles of the rule of law and ensure the enjoyment of human rights and freedoms. If any member state "seriously" violates Article 3, it "may be suspended from its right of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw". If the country concerned does not comply with the request, the Committee "may decide that it has ceased to be a member of the Council". See Statute of the Council of Europe, *https://rm.coe.int/1680306052*.

[44] In addition to that, not only a significant number of countries give the ECHR a higher rank in comparison with statutes, but many institutions (primarily the CCs) are making decisions on the basis of the ECtHR judgments. We will go back to this in subsection 3.2.

ventionality of a statute, and *a fortiori* cannot nullify a statute.[45] But a CC reviews the constitutionality of an individual legal act when it determines whether constitutional rights and freedoms are breached. *Grosso modo*, we could claim that the institutional role of the CCs is connected to *in abstracto* reasoning, while the institutional role of the ECtHR is related to *in concreto* reasoning.

If we take into consideration the above-mentioned differences and similarities between a CC and the ECtHR, the following question arises: is the ECtHR a CC? It is noticeable in the doctrine that there are different opinions about the nature of the ECtHR, and we could divide them into five groups: (1) the ECtHR *is* a CC or quasi-constitutional court, (2) the ECtHR *is not* a CC, (3) the ECtHR is CC *in statu nascendi*, (4) the ECtHR is a *sui generis* institution, (5) the ECtHR is a supranational court that participate in the constitutionalization of the member states of the CoE.

Some authors think that the ECtHR is a CC or at least a quasi-constitutional court. A group of authors stress that the ECHR "serves as the Constitution of the Court",[46] while Drezemczewski claims that the ECtHR has similar functions as constitutional courts.[47] Greer remarks that "it cannot be denied that" the ECtHR is "already a constitutional, or 'quasi-constitutional' court".[48] The role of the "ECtHR is that of constitutional court", claims Jackson, and this institution is interested in contributing to "enhancing the protection of human rights" and ensuring the ECHR's "living with a consciousness of the present moment" although the ECtHR's caseload decreases its "ability to function as a constitutional court".[49] According to Wildhaber, although the ECtHR is "maybe not a constitutional court in the proper sense of the term", this institution has "indeed many things in common" with the European constitutional courts.[50] Sadurski claims that the ECtHR jurisprudence shows a "shift to a quasi-constitutional role" which means "going beyond the simple identification of wrong individual decisions" in order to "point to *systemic* legal defects".[51] The national (constitutional) courts form "a *de facto* alliance" with

[45] Former president of the United Kingdom Supreme Court, David Neuberger, remarked that the idea of overruling the parliament's decision by the ECtHR decision is "a little short of offensive" to Britain "notions on constitutional propriety" (G. Ulfstein, 4).

[46] M. W. Janis, R. S. Kay, A. W. Bradley, *European Human Rights Law. Texts and Materials*, Oxford 2000, 64.

[47] A. Z. Drezemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*: A comparative Study, Oxford 1983, 33.

[48] S. Greer, "Protocol 14 and the Future of the European Convention on Human Rights", *Public Law* 83/2005, 105. See also S. Greer, L. Wildhaber, 670.

[49] J. L. Jackson, 804.

[50] L. Wildhaber, 2004, 30.

[51] See W. Sadurski, 398.

the ECtHR, which "pierces the veil of the State"[52] and consequently positions this institution as a „quasi-constitutional judicial body at the pan-European level".[53] Both of those courts "criticize domestic legal framework" in order to get "complete compliance with the standards… shared by both courts". Thanks to this alliance, the national constitutional court provides "the grounds of legitimacy for the ECtHR" pilot decisions.[54] For Jackson, the ECtHR is a constitutional court because it is "the final authoritative judicial tribunal".[55] According to Sadurski and Rysdal, the ECtHR is on the way to become a CC, i.e., this institution is ***in statu nascendi* CC**.[56] Some authors state that it is not necessary that the ECtHR become a constitutional court because it is already one, but that position should be "more formally acknowledged and more consistently performed".[57] Keller and Stone Sweet stress that the ECtHR protects the ECHR in different ways because it functions as a ***sui generis* institution** that emanates the high cassation court in cases of procedures, an "international watchdog" in the case of "grave human rights violation" or "massive breakdowns in rule of law", and as an "oracle of constitutional rights interpretation" from several of the ECHR's articles.[58] Ulfstein points out that the ECtHR differs from national constitutional courts because the ECtHR respects the margin of appreciation of member states and "combines its constitutional function with being an international court".[59] The views about the *sui generis* nature of the ECtHR are not completely false because the ECtHR sometimes indeed resembles a CC, especially when it ascribes the meaning to the vague ECHR provisions or when it guides the domestic institutions to conventionally acceptable solutions.

We hold the position that **the ECtHR is *not* a constitutional court**, for several reasons. Primarily, (1) this institution has the jurisdiction just to *declare* that the ECHR is (not) breached, while it does not have jurisdic-

[52] That is the ability of the supranational tribunal to penetrate the surface of the member state which consequently creates the direct relationship between the ECtHR and domestic institutions (especially domestic courts) against the national legislature or executive. See *Ibid*., 421.

[53] *Ibid*., 398.

[54] *Ibid*., 420–421.

[55] J. L. Jackson, 779.

[56] See R. Ryssdal, 9, 20 and W. Sadurski, 398.

[57] S. Greer, L. Wildhaber, 674.

[58] H. Keller, A. Stone Sweet, "Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems", *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (eds. H. Keller, A. Stone Sweet), Oxford 2008, 695.

[59] G. Ulfstein, 5. About the "stamp of supranationality" and the claim that the ECtHR "occupies a position… between an international tribunal and the domestic legal organs", see J. L. Jackson, 776–777.

tion to annul/void statutes or to produce systemic effects (although there are rare exceptions in so-called pilot judgments). A constitutional court has jurisdiction to *invalidate* (null or void) the challenged legal act or its provision. In order to answer whether the ECtHR is a constitutional court, Sadurski applies exactly this criterion: its power and authority to declare the laws unconstitutional and to strike them down.[60] That is a significant difference between a CC and the ECtHR because the ECtHR decisions "do not have the immediate effect" and the duty to implement its decision is an international duty, i.e., a treaty-based obligation.[61] For the first time, the ECtHR "departed from its traditional declaratory role" in case *Broniowski vs. Poland* and decided that Poland must either change existing legislation in order to enable the affected citizens to enjoy their property rights, or compensate those citizens.[62] But this and other pilot judgments are exceptions, i.e., they do not represent the typical characteristic of the ECtHR decision-making. Also, pilot judgments do not have the effect of invalidating of a statute, but they do represent an impulse for legislator to make a decision that will be in accordance with the ECHR's standards. (2) The constitutional courts have the main jurisdiction to protect the constitution from unconstitutional statutes, while the ECtHR has jurisdiction to decide only if the national institutions do not fulfill their obligations under the ECHR. Besides that, CCs have other common functions, including human rights litigation, while the ECtHR does not have other CC's typical functions. (3) The ECtHR's margin of appreciation doctrine leaves for national organs "a range of equally Convention-complaint national norms, institutions, and processes",[63] if the European consensus is absent.[64] On the other

[60] W. Sadurski, 448. According to Sadurski, the ECtHR is not a rival of national constitutional courts because the ECtHR cannot declare a national statute inconsistent with the ECHR with the direct effect of invalidating the statute (*Ibid*., 441). "The central constitutional issue raised by the Convention is, therefore, how its basic purpose can be realized institutionally." – S. Greer, L. Wildhaber, 668.

[61] W. Sadurski, 448.

[62] According to Jackson, this decision was completely in accordance with the margin of appreciation doctrine because Poland had "complete discretion" in the process of a choosing solution for the breach of the ECHR. He stresses that the ECtHR is "a supervisory, subsidiary institution" that employs "a judicially-created doctrine known as the 'margin of appreciation'" and endeavors to find a European consensus, and in the case of a lack of it "usually results in recognition of a wider margin of appreciation". See. J. L. Jackson, 762, 773 and *Handyside v. United Kingdom*, App. No. 5493/72, para. 48, available at: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499*.

[63] J. L. Jackson, 674. Margin of appreciation is "a constitutional principle" that regulates the relationship between the ECtHR and national constitutional institutions, i.e., according to Andrew Legg it is "the practice of the ECtHR assigning weight to the respondent state's reasoning on the basis of three factors: (i) democratic legitimacy; (ii) the common practice of states; and (iii) expertise." See G. Ulfstein, 2.

side, CCs sometimes leave a significant space for other institutions to remedy the declared unconstitutionality while sometimes they decide instead of competent institution (e.g., they substitute legislator) and that is judicial activism. More precisely, CCs worldwide have developed a number of decisions they make in the judicial review process, while the ECtHR is not always self-restrained but CC's jurisprudence is diverse because CCs have much more competencies. While CCs impose final solutions to specific legal problems, this could not be said for the ECtHR's decisions since the final word is on national institutions. Also, as Sadurski claims (4) "there can be no constitutional court unless there is a constitution".[65] Since the ECHR is not a constitution, then the ECtHR is not a constitutional court.[66]

But **what the ECtHR *is***, if we concluded that it is not a CC. In our opinion, the ECtHR is a supranational court that participate in the constitutionalization of the member states of the CoE. The understanding of the ECtHR as a supranational court is self-evident because it is not a court of a state but a judicial institution of a number of states that are members of an international organization – the CoE.[67] On the other side, the understanding of the ECtHR's role in the constitutionalization process is related to its jurisdiction. Human rights and freedoms are, in some way, the opposite of state power. Paradoxically, the state power (especially legislator) both protects and restricts (in constitutionally provided terms) the rights and freedoms of citizens, and that fact demands the existence of a protector of rights and freedoms from the state power itself. Domestic guardians of human rights and freedoms are courts (including a CC when it comes to constitutional rights and freedoms), while the supranational protector is the ECtHR. In the litigations that are decided by the ECtHR, the defendant is a member state of the CoE and that fact shows that the ECtHR renders a verdict against the member state for the sake of protecting human rights and freedoms, i.e., the verdict is an instrument of constitutionalization. To put it differently, the ECtHR limits the state power of the respective coun-

[64] Otherwise, if a solution is "generally recognized across Europe", the ECtHR decides in a more active manner in order to enforce that solution in those places "where it is still resisted". See M. Bošnjak, K. Zajac, "Judicial Activism and Judge-Made Law at the ECtHR", *Human Rights Law Review* 3/2023, 13.

[65] W. Sadurski, 447.

[66] According to Torbjørn Jagland, former Secretary General of the Council of Europe, the ECHR is not intended to be the Constitution of Europe and the ECtHR does not represent an institution "like any existing national constitutional court". See. A. Mowbray, "The Interlaken Declaration The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?", *Human Rights Law Review* 3/2010, 523.

[67] According to Ulfstein, the key question about the ECtHR is related to its role "as part of a consistent rule of law-system across the international/national division" (G. Ulfstein, 2).

try, and this role of the ECtHR positions it as a participant in the process of constitutionalization. This is exactly the spot where the institutional role of both the ECtHR and a CC intersects, since this paper, *inter alia*, tends to highlight the consequences of the reasoning of this institution. Although the ECtHR is not a CC, the participation of both of these institutions in the constitutionalization process is not incompatible. As Greer and Wildhaber point out, the recognition of the ECtHR's constitutional character does not represent a threat to the independence of national constitutional courts because their functions "are complementary and not antagonistic".[68] Therefore, the overlap between a CC and the ECtHR exists, but it is not a sign that the ECtHR is a CC because the differences are predominant in comparison with the similarities.[69] Sadurski stresses that the question is not whether the ECtHR is constitutional one hundred percent but whether it is more constitutional than before, and, in his opinion, the ECtHR has become more constitutional than before. Pilot judgments represent "an important symbolic step on this path to a growing 'constitutionalisation'… of Convention, and… the Court".[70] Furthemore, the ECtHR itself, in the *Loizidou v. Turkey* case, stresses that the ECHR is "a constitutional instrument of European public order", and in this way, the ECtHR recognizes that his role is to participate in the constitutionalization process.[71]

Since we have determined the aim that both the ECtHR and CC are striving for, it is time to describe how these institutions reason in order to fulfill that goal. Some authors emphasize that, to a large extent, the ECtHR and constitutional courts not only decide "the same kind of issues", but they do it "in largely similar ways".[72] Hence, the next subsection will be devoted to the way of reasoning of these judicial institutions, as well as to the effects of the ECtHR and CCs decisions.

3.2. The way of reasoning and effects of decisions as *genus proximum* of constitutional courts and the ECtHR

(Non)legal reasons in argumentation. Although the national constitutional courts have a different institutional role than the ECtHR, it is notice-

[68] S. Greer, L. Wildhaber, 675.

[69] If we compare the ECtHR to an „ideal model of a constitutional court", it is noticeable that there are some analogies as well as dissimilarities. W. Sadurski, 399.

[70] *Ibid.*, 449–450.

[71] The ECtHR's claim about the ECHR's nature, in Jackson's opinion, means that the ECtHR "implicitly recognized itself as being a constitutional court" (J. L. Jackson, 777). According to Sadurski, if the ECtHR can identify systemic defects and prescribe legislative actions to the domestic legislator, the ECtHR "self-perception as a 'constitutional court' of sorts is quite clear" (W. Sadurski, 422).

[72] S. Greer, L. Wildhaber, 668.

able that both of them decide about the violation of human rights, both apply similar criteria (vague principles) and reason in a similar way, deciding not only on the basis of legal reasons. In Kratochwil's opinion, the law is not primarily a system of rules but rather a style of reasoning that differs from non-legal reasoning because legal reasoning deals with "the finding and interpretation of the applicable norms and procedures". It means that the main characteristic of the legal reasoning is whether some interpretation of the fact-pattern is "acceptable rather than true", i.e., *legally* acceptable.[73] This claim is especially true regarding the interpretation of both constitutions and the ECHR. Considering that the ECHR is "worded in broad and general terms", it is not surprising that this document remains in force through the living-instrument-interpretation approach,[74] although this approach has its limits because "new rights cannot be created by judicial interpretation of the Convention".[75] *A contratio*, additional protocols to the Convention are the instruments used "to expand the existing catalogue of rights and freedoms",[76] while constitutional amendments/laws are instruments of constitutional revision. But the case-law of the ECtHR, to some degree, does not fit into this *lege artis* conception[77] and *mutatis mutandis* is with a number of decisions of CCs regarding judicial review, although both of these institutions strive to achieve legitimate goals. For example, in *Rantsev v. Cyprus and Russia*[78] the ECtHR derived the prohibition of trafficking from the ECHR prohibition of slavery and forced labor.[79] The EC-

[73] F. V. Kratochwil, *Rules, Norms, and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*, Cambridge 1989, 42.

[74] According to Viljanen, the "dynamic and evolutive approach is necessary element of any human rights interpretation" but it requires "an interpretative support" from other national, regional and international actors. See J. Viljanen, "The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 62–63/2008, 251.

[75] About the constitutional principles of interpretation of the ECHR, see S. Greer, 2003, 408–409. Although some authors claim that the Preamble text of the ECHR, which talks about "further realization of human rights" is a mandate for judicial law-making, that is not true because the only way for "further realization" are subsequent international treaties. See K. Wojtyczek, "The European Court of Human Rights and judicial law-making", *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. M. Florczak-Wator), New York 2020, 228.

[76] R. Ryssdal, 14. According to Wojtyczek, it is doubtless that the ECtHR "established numerous principles which go beyond the letter of the ECHR" (K. Wojtyczek, 233).

[77] Wojtyczek claims that the ECtHR "creates legal rules, which complement" the ECHR and the ECtHR's rules. Hence, the ECtHR is "an important actor of judicial law-making". See *Ibid*., 221.

[78] See the decision at: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-1142*.

[79] Similarly, in the *Golder v. the United Kingdom* case, the ECtHR derived the right of access to a tribunal from the Preamble text which mentions "rule of law" claiming that this

tHR stressed that "increasingly high standards" of human rights and freedoms protection demand "greater firmness" when evaluating violations of the "fundamental values of democratic society" (para. 277). The Court further states that trafficking "has increased significantly in recent years" and points out international acts that refer to the evolution of the "traditional concept" of slavery, which now includes "contemporary forms of slavery" and points out the presence of "the increasing recognition" of trafficking and "the need for measures to combat it" (para. 278–280). Since the trafficking rests on treating human beings as "commodities to be bought and sold" (para. 281), it is doubtless, according to the ECtHR, that it represents a treat to human dignity which is incompatible with a democratic society and values from the ECHR (para. 282).[80] On the other side, the Constitutional Court of Italy in the decision 409/1989 annulled the challenged provision, pointing out that it is unconstitutional because it prescribes a prison sentence of two to four years *instead* of prescribing a prison of six months to two years. The Italian CC analyzed two statutes and concluded that they prescribe different sanctions for more-less same felony, although it is „disproportionate and obviously irrational" and contrary to the constitutional principle of equality (Article 3 of the Italian Constitution).[81] More precisely, the legislator "irrationally contradict the assessment previously made" (in prior statute) because it evaluates "in a very different way" the same or similar actions that "harm, in similar objective ways, the same interest".[82] In legal doctrine, the term "judicial activism" is occasionally used in order to describe the ECtHR and CCs way of decision-making in some cases.[83] Indeed, both of these institutions oc-

right rests on "universally recognized fundamental principles of law" (para. 34–35). See at: *https://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57496*.

[80] The ECtHR's interpretation of the rights and freedoms guaranteed in the ECHR "has to be consistent" with its "general spirit" because the ECHR role is related to maintaining and promoting "the ideals and values of democratic society" (*Soering v. The United Kingdom* case, no. 14038/88, 7 July 1989, para 87. Available at: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619*.). About the ECtHR's law-making through its rules see K. Wojtyczek, 228–230.

[81] Compare Article 151 of the Codice penale militare di pace (*https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.versione=1&art.idGruppo=24&art.flagTipoArticolo=1&art.codiceRedazionale=041U0303&art.idArticolo=151&art.idSottoArticolo=1&art.idSottoArticolo1=10&art.dataPubblicazioneGazzetta=1941-05-06&art.progressivo=0*) with Article 8 of Legge 15 dicembre 1972, n. 772 (*https://www.gazzettaufficia-le.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1972-12-18&atto.codiceRedazionale=072U0772*).

[82] The decision 409/1989 is available at: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1989&numero=409&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*.

[83] Some authors claim that the term "judicial activism" is "highly politicized", thrown to courts in case of disagreement with its decision and it is not "well suited for an international court" such as the ECtHR. Hence, these authors stress that term "judicial law-making" is

casionally decide in a similar way, especially regarding the *type* of reasons used in argumentation, because they are not necessary *legal* reasons (for example, the claim that trafficking has increased significantly in recent years is not a legal argument, and the same goes for the argument of irrationality).[84] The main attribute of the legal reasoning is that it rests on the legal reasons (considerations) and those are "arguments that can be linked to legal texts", while non-legal considerations "do not originate directly from legal texts".[85] And disregarding the limits set by law is not compatible with the idea of the constitutionalization, although the decisions of the ECtHR and CCs are predominantly a contribution to limitation of legislator since they strive to achieve politically legitimate (desireable) goals.

But the explanation of the non-legal reasoning of the ECtHR and CCs lies, *inter alia*, in (1) the human rights and freedoms nature since they have moral origin and (2) both the ECtHR and CCs are understood as the protectors of human rights and freedoms.[86] Hence, moral and other substantial reasons are frequently present in the argumentation of their decisions. Wojtyczek claims that the apologists of this approach frequently defend it on the basis of "political philosophy arguments rather than on the purely legal considerations"[87] and this is also a good description of the nature of some arguments used in the ECtHR and CC decisions. Both the ECtHR and a CC are deciding about the meaning of the open-texture and essential-

appropriate. Lord Denning pointed out that judges create law every day although "it is almost heresy to say so". See M. Bošnjak, K. Zajac, 2–3.

[84] In Wojtyczek's opinion, the "highly abstract and vague" terms in the ECHR require "concretization and detailization in the case law". The principle of legal certainty requires the elimination of "application *a casu ad casum*". Therefore, their application is "creative by nature", but controversies arise when such concretization is not compatible with "the wording of Convention" but goes "beyond the limits stemming from the text". See K. Wojtyczek, 233. In Dzehtsiarou's opinion, although the ECtHR uses "non-legal considerations in its case law", they are not "the key ones in determining the outcome of a case". See K. Dzehtsiarou, "What is Law for the European Court of Human Rights?", *Georgetown Journal of International Law* 1/2017, 91.

[85] Also, Dzehtsiarou states that decision-making in hard cases is "a product of interaction between legal and non-legal considerations" and legal considerations are divided into internal and external. See *Ibid*., 94–96.

[86] Some authors claim that the nature of the ECHR (a charter of individual rights) implies that it must be "construed generously" and the consequence of that approach is "an enhanced accumulation of judge-made law" (M. Bošnjak, K. Zajac, 6). Also, an important reason for judicial activism in some cases is legislative inactivity which "inevitably leads to courts stepping up and filling that void". See *Ibid*., 11.

[87] K. Wojtyczek, 239. Dzehtsiarou highlights some non-legal reasons such as: political sensitivity of the given case, moral attitudes of the judges, internal managerial reasons, backlash from stakeholders, etc. See K. Dzehtsiarou, 95.

ly contested concepts (e.g., rule of law,[88] democracy,[89] privacy, dignity, fair trial, freedom of expression, discrimination, etc.). In order to answer, e.g., whether privacy is violated or not,[90] different non-legal arguments are used and the consequence of it is the creation of new rights and freedoms on the basis of the existing ones. When the ECtHR interprets the ECHR, it starts from the position that conventional provisions must be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective[91] and every interpretation must be in accordance with the "general spirit" of the ECHR as an instrument created to "maintain and promote the ideas and values of a democratic society".[92] Regarding the right to privacy, the ECtHR concluded in the *Mikulić v. Croatia* case (para 54) that the right to respect for private and family life (Article 8 of the ECHR) contains the right to establish details of own identity because that is *important* (moral reasoning) for "formative implications of his or her personality", i.e., it is applicant's "vital interest" (para. 64). The CC of Italy pointed out in the decision 10/2015 that the provision related to the effects of its decisions that prescribe retroactivity cannot be interpreted without exceptions. *In concreto*, the CC rendered that his decision has prospective (*pro futuro*) effect because retroactive effect (prescribed by the Constitutional and statute) would cause "a serious violation of the budgetary balance" during an economic and financial crisis (economical reasoning). We can conclude that the way of reasoning of the ECtHR and CCs is indeed similar regarding argumentation, but what is about the influence of their decisions?

Influence. According to Sadurski, the national constitutional courts sometimes create "a *de facto* alliance"[93] with the ECtHR which "pierces

[88] For example, the rule of law for the ECtHR requires: generality of rules, observance of them in practice, effective supervision over them in application, quality requirements (accessibility, foreseeability, precision in the scope of powers, etc.). See *The Doctrines and Methodology of Interpretation of the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (ed. J. McBride), Strasbourg 2021, 17–20. See at: *https://rm.coe.int/echr-eng-the-doctrines-and-methodology-of-interpretation-of-the-europe/1680a20aee*.

[89] According to the ECtHR, "democracy is without doubt a fundamental feature of the European public order" and it is the "only political model contemplated by Convention and… only one compatible with it". See. *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, available at: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58128*, para. 45.

[90] About the meaning of the "private life" concept see K. Wojtyczek, 234.

[91] See *Soering v. The United Kingdom*, para. 87.

[92] See *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, para 53. Available at: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57509*.

[93] About the *Hutten-Czapska v Poland* case (available at: *https://hudoc.echr.coe.-int/eng?i=001-75882*), based on the alliance between the Poland Constitutional Court and the ECtHR (one judge asserted that Poland has two constitutional courts), see W. Sadurski, 414–426, 452.

the veil of the State" in order to remedy the serious breaches of rights and freedoms.[94] What the ECtHR and the CC have in common is that both of them exert more influence over other institutions, in comparison with their officially specified roles. Neither a CC decides in a binary (yes/no) way whether a statute is unconstitutional or whether a verdict violates human rights, nor does the ECtHR declares only that the ECHR is violated. Both of these institutions participate in guiding other institutions (e.g., legislator or ordinary courts)[95] and sometimes they replace the competent law-maker (for example in the above-mentioned decision 409/1989 of the Italian CC or the German CC decision about abortion[96] which was an instrument of German Criminal Code's provision revision).[97] Hence, we could claim that sometimes CCs revise constitutions/statutes, and often the ECtHR supplements the ECHR. Furthermore, the ECtHR has emphasized that it has jurisdiction to "elucidate, safeguard, and *develop* the rules instituted by the Convention".[98] For example, in the *López Ostra v. Spain* case,[99] the ECtHR essentially created a right to a healthy environment on the basis of the right to respect for private and family life from Article 8 of the ECHR, claiming that "severe environmental pollution may affect individuals' well-being" and prevent them from "enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely" (para. 51). The ECtHR's decision "establishes or reiterates general principles" which are followed by this institution and every decision has "de facto an *erga omnes* effect".[100]

[94] See *Ibid*., 421.

[95] Ulfstein emphasizes that national courts take into account the ECtHR judgments, and he calls that process "consistent interpretation", i.e., interpretation of national law in accordance with international law, which is part of transnational constitutionalization (Ulfstein, 5). For example, in the *Hutten-Czapska v Poland* case, the ECtHR referred to and quoted some parts of the Constitutional Court of Poland's decision, so this demonstrates that influence between the ECtHR and constitutional courts is not one-way.

[96] See the decision *BVerfGE* 39, 1 at: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?-Command=ShowPrintVersion&Name=bv039001*.

[97] Pilot judgments (analyzed later in this section) are an important instrument of the ECtHR used for guiding domestic institutions, while CCs primarily guide legislators using so-called admonitory decisions or *obiter dictum* statements. For example, the Italian CC ordered to the Italian parliament to amend the legislation in a certain way (decision 212/1986) and "threatened" that in case of failure, the challenged provision will be declared unconstitutional (see at: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet-?anno=1986&numero=212&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*).

[98] See *Ireland v. United Kingdom*, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, para. 154. According to Viljanen, the ECtHR is "a developer of legal doctrines on human rights" and its role is based on "the object and purpose of Convention" (J. Viljanen, 249).

[99] See at: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905*.

[100] K. Wojtyczek, 239.

In some cases, the margin of appreciation of a competent institution is not respected, and it is problematic especially when it comes to CC's decisions[101] because (1) they are final and binding and (2) they are issued by an institution that has huge authority. In such cases, a CC decides *instead* of the competent institution (e.g., legislator) and CC's decision is *de facto* an amendment of that act (e.g., statute), as we shown analyzing decision 409/1989. Hence, the CC influence on other institutions (especially to the legislator) is sometimes explicit, but sometimes implicit (*obiter dictum* statements), while the ECtHR influence is primary implicit and derived from its authority related to international importance. The soft power of the ECtHR is noticeable even in decisions of CCs when we analyze the CC's decisions, since CCs often refer to the ECtHR case law,[102] they use ECtHR decisions as an argument in legal reasoning and they change their case law in order to harmonize it with ECtHR standards. Although the ECtHR and the ECHR refer to the margin of appreciation doctrine, many of the ECtHR's (political) views are built in domestic statutes or other legal acts. It is not necessary to say explicit that, e.g., a legislator must change a statue because the *obiter dictum* views of a CC or the ECtHR are subtle instruments of guiding the legislator and they operate as a precedent for other institutions. In many analyzed cases a CC or the ECtHR intrude, more or less, in political questions. Some authors point out that courts, especially the ECtHR, often make political decisions, and "decisions fused with policy" which are sometimes necessary in order to ensure "the survival of the Convention as an efficacious instrument for protection of human rights".[103] Also, it is important that the ECtHR's has an important impact on harmonizing the standards of the rights and freedoms protection in member states. According to Greer, the main function of the ECtHR is to ensure constitutional justice (ensuring that legal processes in member states conform to the ECHR standards) rather than individual justice (ensuring that every applicant gets proper legal protection). It means that the ECtHR has the task related to the building of European public order trrough judgments of principle,[104] and the same is true of some CC decisions.[105] In *Marckx v.*

[101] A significant resorting to the margin of appreciation doctrine is not compatible with the purpose of a constitutional court which is the personification of the possibility of null legislation (W. Sadurski, 401).

[102] The established case law of the ECtHR "may be a source of legitimate expectations" protected under the ECHR provisions in the same way that citizens base their expectations on the domestic court's case law (K. Wojtyczek, 2020, 223–224, 232).

[103] J. L. Jackson, 802.

[104] See S. Greer, 2003, 405–406.

[105] For example, the Austrian CC proclaimed the main principles of future statute in decision VfSlg 14.473/1996 proclaiming the crucial principles of performing the sovereign

Belgium, the Court announced that its judgment is essentially declaratory and leaves to the member state the choice of the means to be utilized in its domestic legal system for the performance of its obligation. But in the same decision the ECtHR points out that its role is not to "undertake an examination *in abstracto* of the legislative provisions complained of" although "it is inevitable that the Court's decisions will have effects extending beyond the confines of this particular case" *a fortiori* since the violation stem from the disputed provisions but not from their application. Nonetheless, the decision of the ECtHR "cannot of itself annul or repeal these provisions" (para. 58).[106]

Pilot judgments.[107] An especially important instrument of the ECtHR's influence on national institutions are so-called pilot judgments.[108] Those judgments refer to systemic and widespread (repetitive) violations of the ECHR, and in those cases the ECtHR orders the state in question to take appropriate measures to remedy the violation.[109] CCs apply a similar way of reasoning because they sometimes render decisions that declare only the *incompatibility* with the constitution *without declaring the unconstitution-*

state powers affairs by private organizations (see at: *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/-Vfgh/JFT_10039686_94B02113_00/JFT_10039686_94B02113_00.html*).

[106] See the *Marckx v. Belgium* decision at: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57534*.

[107] The normative embryo of pilot judgments is the Resolution 2004/3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem in which this institution called the ECtHR to "identify…systemic problem and the source of this problem" in order to "assist states in finding the appropriate solution…" See Resolution at: *https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190*.

[108] Some authors stress that the accession of Central and Eastern European countries to the CoE radically changed the ECtHR role from a "fine-tuner" of national systems to a role of "policing the national systems" especially through "pilot judgments" (W. Sadurski, 401–402). Why the ECtHR sometimes includes its finding about systemic defects in operative parts of the judgments but sometimes not and why it reaffirmed the margin of appreciation doctrine regarding transition states, see *Ibid*., 427, 430.

[109] The first pilot judgment was rendered in the *Broniowski v. Poland* case (the summary of this case see at: *https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_eng*). In this judgment the ECtHR deviated from its traditional role of rendering declaratory judgments saying: "Although it is in principle not for the Court to determine what remedial measures may be appropriate to satisfy the respondent State's obligations under Article 46 of the Convention, in view of the systemic situation which it has identified, the Court would observe that general measures at the national level are undoubtedly called for in the execution of the present judgment, measures which must take into account the many people affected. Above all, the measures adopted must be such as to remedy the systemic defect underlying the Court's finding of a violation so as not to overburden the Convention system with large numbers of applications deriving from the same cause" (para. 193, available at: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61828*). Jackson points out that this decision's goal was to "ensure the elimination of a systemic problem" that threatened the efficacy of the ECHR and the ECtHR's role "as a supranational constitutional court" (J. L. Jackson, 803).

ality,[110] or they give the guidelines to the legislator or they create a legal framework that should be concretized by the legislator (e.g., decisions 212/1986 and VfSlg 14.473/1996). In Sadurski opinion, the pilot judgments produce that the ECtHR "behave in a more constitutional mode" because of 1) special circumstances which suggest a strong intervention, 2) it has ally in member state institutions (especially in domestic constitutional court), 3) there is a serious possibility that the pilot judgment will be implemented and 4) the member state have "structural, ideological and political" reasons to accept the "European quasi-constitutional adjudication" without protest and questioning.[111] According to the ECtHR, the *raison d'etre* of the pilot judgments lies in the "large numbers of repetitive cases that derive from… the same structural of systemic problem".[112] Once the ECtHR identifies the systemic defect,[113] the national authorities, under the supervision of the Committee of Ministers, need to take the *appropriate* measures,[114] so that the ECtHR does not have to repeat its finding in a series of comparable cases.[115] So, the ECtHR task is to "facilitate the most speedy and effective resolution of a dysfunction" in human rights protection in a member state.[116] Sadurski claims that the pilot judgments contain identification of "fundamental omission in the law itself", i.e., the problem

[110] The German Federal CC in decision *BVerfGE* 81, 363 declared that the challenged provision (related to the salaries of civil servants) is not compatible with the constitution (the Basic Law) but the provision was not declared unconstitutional because otherwise civil servants would remain without salaries for a certain period. See the decision at: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv081363*.

[111] W. Sadurski, 429.

[112] See the *Hutten-Czapska v Poland* case, para. 234. Sadurski points out: it is desirable that individual and general redress go hand in hand, in order to gain the effective functioning of the ECHR (W. Sadurski, 420).

[113] When the ECtHR receives a number of applications that have "the same root cause", one of them may be choose as a pilot judgment and it will serve as an instrument of identification of the systemic problem and an indication to the domestic authorities of what remedial measures should be applied. For example, in the *Broniowski v. Poland* around 80.000 people were affected by Poland government legislation contrary to the ECHR. See "Pilot judgments", 1, *https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_eng*.

[114] According to Article 61 of the Rules of the ECtHR, it can render a pilot judgment if it identifies a systemic problem "which has given rise or may give rise to similar applications". In such cases, the ECtHR will identify "the systemic problem or other dysfunction" as well as "the type of corrective measures" that the contracting party needs to apply at the domestic level. The Rules are available at: *https://www.echr.coe.int/-documents/d/echr/Rules_Court_ENG*.

[115] Some authors notice that well before the pilot judgments, a significant number of states were changing their legislation in order to harmonize it with the implicit or explicit ECtHR decisions, while the ECtHR "never hesitated" to identify "the real source of individual violations" using "quite abstract assessments" (W. Sadurski, 413).

[116] *Broniowski v. Poland*, para. 193.

does not lie in the bad administration of the law.[117] The ECtHR does not stop at saying what is wrong with the given law, but proposes how the domestic legislation should be amended in order to ensure the protection of the conventional rights. For example, in the *Broniowski v. Poland* case, the ECtHR said that the respondent state should take "retroactively if appropriate… the necessary remedial measures" or to ensure the redress for all affected persons (para. 193). Therefore, the ECtHR, claim some authors, acts "more as a general and prospective lawmaker than as a judge whose reach is primarily particular and retrospective".[118] The ECtHR decisions that rest on the guidelines on national authorities to apply the appropriate measures to remedy the violation through amending the legislation are undermining, in the judge's Zagrebelsky opinion, "the relationship between the two pillars" of the ECHR system – the ECtHR and the Committee of Ministers. Furthermore, those decisions represent the "entering to the realm of politics" and the ECtHR's indications are "beyond its jurisdictional competence".[119] Similarly, the ECtHR in the *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* case[120] declared that the Bosnia and Herzegovina's constitutional provisions are not in accordance with the ECHR's prohibition of discrimination, and proclaimed power-sharing mechanisms for resolving those issues. Essentially, the ECtHR claims that society has stabilized and it is time to change the Constitution of Bosnia and Herzegovina in order to eliminate the discriminatory provisions of the Others, i.e., non-constituent peoples, since (para. 50) there is no "objective and reasonable justification for them" (arguments of political sensitivity of the given case, i.e., political purposefulness).

4. CONCLUSION

It is doubtless that the ECHR represents an extraordinarily important instrument for human rights protection in Europe. Also, the ECtHR is the most important supranational European judicial institution. Although the ECHR and the ECtHR have an important role in the European human rights law system, it is not necessary, and not true in our opinion, to describe them as a constitution and a constitutional court, respectively. The ECtHR is neither a negative legislator that only declares what is unconventional nor an active law-maker as constitutional courts often are. Therefore, its institutional role is not comparable with Kelsen's view about the role of

[117] W. Sadurski, 425. Every ECtHR's judgment that strives to cause the amending of legislation makes this institution "more obviously constitutional" and those "constitutional tendencies" represent a departure from design from the 1950s (W. Sadurski, 432).

[118] H. Keller, A. Stone Sweet, 703.

[119] Partly dissenting opinion of judge Zagrebelsky in the *Hutten-Czapska v. Poland* case.

[120] See the decision at: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-96491*.

a CC (which says what is *not* in accordance with higher law), but it is also not comparable with the diverse CC decision-making modalities.

The ECtHR's role sometimes recalls to some aspects of CCs decision-making, and both of them say what is not lawful (unconstitutional/unconventional), but the differences prevail over the similarities. The ECtHR's decisions have an important influence on domestic institutions, but its word is not final, while CC's word is final. The reasoning of CCs and the ECtHR is similar, both decide on the basis of vague provisions, but the competence to declare is not equivalent to a CC's competence to null or void a statute. Also, since the ECHR is not a constitution, the ECtHR cannot be a CC. The CCs regularly reason *in abstracto*, while the ECtHR regularly reasons *in concreto*. Finally, the CC's intruding in the margin of appreciation of the domestic institutions (primarily to the legislator) in incomparable with the ECtHR's because CCs sometimes say yes/no, sometimes guide legislator but sometimes are true legislator, while this last way of decision-making could not be connected with the ECtHR.

Whether the ECtHR will one day become a CC depends not only on its decisions but also on whether it will eventually become a state institution that protects its constitution. At the moment, neither the CoE is a state, nor the ECHR is a constitution, nor the ECtHR is a CC. But their nature is not crucial for evaluating their significance all over Europe. Furthermore, the ECHR and the ECtHR have at least the same significance in many countries as their constitutions because they set and extend human rights and freedoms standards by participating in the constitutionalization of state power. The essence of the constitutionalization is that state power is indeed limited and the contribution of the ECHR and the ECtHR's case law in this process is exceptional. Hence, the idea of limiting state power lies at the core of both the ECHR and CCs decisions about human rights and freedoms, and their decisions are part of multilevel constitutionalism.

Besides this good sides of their decisions, it is not less important the question of legality of their decision-making. Sometimes, the ECtHR and CCs decisions are not based only on legal criteria, and sometimes CC lacks the jurisdiction to decide in a certain way, although those decisions strive for a legitimate goal.[121] But any court is not competent to say what is politically desirable, but what is prescribed by law, and it is not acceptable to derive legality from legitimacy, but *vice versa*. Although human rights should be sovereign in democratic state and although we do not need omnipotent legislator, the question is do we need the omnipotent courts?

[121] A purely procedural criterion of the validity of law "would allow nasty, odious law" – J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, 110.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Binder, Christina, Janing, Philipp, "The ECHR as a constitutional rights catalogue: compliance in Austria", *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law* (eds. R. Grote, M. Morales Antoniazzi, D. Paris), Cheltenham–Northampton 2021;
2. Dajović, Goran, *Ogledi o metajurisprudenciji*, Belgrade 2015;
3. Drezemczewski, Andrew Z., *European Human Rights Convention in Domestic Law*: A comparative Study, Oxford 1983;
4. Dzehtsiarou, Kanstantsin, "What is Law for the European Court of Human Rights?", *Georgetown Journal of International Law* 1/2017;
5. Greer, Steven, "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2003;
6. Greer, Steven, "Protocol 14 and the Future of the European Convention on Human Rights", *Public Law* 83/2005;
7. Greer, Steven, Wildhaber, Luzius, "Revisiting the Debate about 'constitutionalising'the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* 4/2013;
8. *Human Rights and Constitutional Making*, New York–Geneva 2018;
9. Ikenberry, G. John, *Institutions, Strategic Restraint, and the Rebuilding of Order After Major Wars*, Princeton–Oxford 2001;
10. Jackson, Joshua L., "*Broniowski v. Poland*: A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court", *Connecticut Law Review* 39/2006;
11. Janis, Mark W., Kay, Richard S., Bradley, Anthony W., *European Human Rights Law. Texts and Materials*, Oxford 2000;
12. Jovanović, Miodrag, *The Nature of International Law*, Cambridge 2019;
13. Keller, Helen, Stone Sweet, Alec, "Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems", *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (eds. H. Keller, A. Stone Sweet), Oxford 2008;
14. Klabbers, Jan, Peters, Anne, Ulfstein, Geir, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009;
15. Kratochwil, Friedrich V., *Rules, Norms, and Decisions*. *On the conditions of practical and legal reasoning in international refations and domestic affairs*, Cambridge 1989;
16. Kunz, Raffaela, *Richter über internationale Gerichte?*, Berlin–Heidelberg 2020;
17. Marković, Goran, *Ustavno pravo*, Istočno Sarajevo 2021;
18. Marković, Ratko, *Ustavno pravo*, Beograd 2016;
19. Mowbray, Alastair, "The Interlaken Declaration The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?", *Human Rights Law Review* 3/2010;

20. Nußberger, Angelika, "The European Convention on Human Rights: A Constitution for Europe?", *Europe and Asia as a Legal Area for Fundamental Rights* (ed. M. Deguchi, K. Yakushiji), Singapore 2023
21. Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford 2009;
22. Repetto, Giorgio, "Rethinking a Constitutional Role for the ECHR. The Dilemmas of Incorporation into Italian Domestic Law", *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic And European Law. An Italian Perspective* (ed. G. Repetto), Cambridge–Antwerp–Portland 2013;
23. Ryssdal, Rolv, „On the Road to a European Constitutional Court", *Collected Courses of the Academy of European Law* 2/1991;
24. Sadurski, Wojcech, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Human Rights Law Review* 3/2009;
25. Ulfstein, Geir, „The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?", *PluriCourts Research Paper* 8/2014;
26. Velaers, Jan, "Constitutional Versus International Protection of Human Rights: Added Value or Redundancy? The Belgian Case, in the Light of the Advisory Practice of the Venice Commission", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2/2016;
27. Viljanen, Jukka, "The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 62-63/2008;
28. Wildhaber, Luzius, *Oppening speech at the International Conference: The Position of Constitutional Courts Following Integration into the European Union*, Bled 2004, *https://www.us-rs.si/media/zbornik.pdf*.

Decisions and internet sources

1. Codice penale militare di pace;
2. Decision of Austrian Constitutional Court VfSlg 14.473/1996, *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10039686_94B02113_00/JFT_10039686_94B02113_00.html*;
3. Decision of German Federal Constitutional Court *2 BvR 1481/04*, para. 35. Available at: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html*;
4. Decision of German Federal Constitutional Court *BVerfGE* 39, 1 at: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv039001*;
5. Decision of German Federal Constitutional Court BVerfGE 74, 358, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv074358*;
6. Decision of Italian Constitutional Court 212/1986, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1986&numero=212&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*;

7. Decision of Italian Constitutional Court 409/1989, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1989&numero=409&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*;
8. ECtHR, *Broniowski v. Poland*, *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61828;*
9. ECtHR, *Golder v. the United Kingdom*, *https://hudoc.echr.coe.int/rus-?i=001-57496*;
10. ECtHR, *Handyside v. United Kingdom*, App. No. 5493/72;
11. ECtHR, *Hutten-Czapska v Poland*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75882*;
12. ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978;
13. ECtHR, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57509*;
14. ECtHR, *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) Application no. 15318/89 (1995) ;
15. ECtHR, *López Ostra v. Spain* case, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905*;
16. ECtHR, *Marckx v. Belgium*, *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57534*;
17. ECtHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* case, *https://hudoc.-echr.coe.int/fre?i=001-96491*;
18. ECtHR, *Soering v. The United Kingdom* [P], no. 14038/88, 7 July 1989;
19. ECtHR, *United Communist Party of Turkey and others v Turkey*, available at: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58128*;
20. *European Convention on Human Rights and national constitutions*, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Report, *https://rm.coe.-int/european-convention-on-human-rights-and-national-constitutions-/1680aaa9ff*;
21. Legge 15 dicembre 1972, n. 772;
22. *Pilot judgments*, *https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot-_judgments_eng*;
23. Resolution 2004/3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem, *https://search.coe.int/cm/Pages/result_-details.aspx?ObjectId=09000016805dd190*;
24. Rules of the ECtHR, *https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/-Rules_Court_ENG*;
25. Statute of the Council of Europe, *https://rm.coe.int/1680306052*;
26. *The Doctrines and Methodology of Interpretation of the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (ed. J. McBride), Strasbourg 2021, *https://rm.coe.int/echr-eng-the-doctrines-and-methodology-of-interpretation-of-the-europe/1680a20aee*.

Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА – УСТАВНИ СУД ЕВРОПЕ?

Сажетак

Европски суд за људска права (ЕСЉП) је заштитник Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП) надлежан да „осигура поштовање обавеза" из овог акта који представља темељ европског права људских права и слобода. Значајна питања у вези с овом институцијом и овим актом тичу се њихове природе. Неки аутори сматрају да конвенција и суд наликују на устав односно на уставни суд. Овај рад смера ка испитивању ове концепције анализирајући два питања: (1) да ли је ЕКЉП европски устав и (2) да ли је ЕСЉП европски уставни суд? Трагајући за одговорима на ова питања, описаћемо типична својства устава (*materia constitutionis*) и упоредићемо их са својствима ЕКЉП. Након тога, описаћемо типична својства уставних судова и њиховог расуђивања с циљем да их упоредимо с институционалном улогом и расуђивањем ЕСЉП. Нарочито ће да се анализира дејство одлука уставних судова и ЕСЉП, као и мерила по којима ове институције одлучују, а која нису нужно правног карактера. Без обзира на природу датог акта и дате институције, овај рад настоји да покаже да ЕКЉП и одлуке ЕСЉП имају значајну улогу у конституционализацији правних поредака европских држава.

Кључне ријечи: *Европски суд за људска права; Европска конвенција о људским правима; Људска права и слободе; Уставни суд; Materia constitutionis; Конституционализација.*

СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА РАДОВА ОБЈАВЉЕНИХ У ЗБОРНИКУ РАДОВА „ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА“, У ПЕТ ТОМОВА СА XII НАУЧНОГ СКУПА ПОВОДОМ ДАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
који је одржан 28. октобра 2023. год. на Палама
(по азбучном реду, са назнаком државе из које су)

1. Аврамовић, Драгутин, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
2. Алихоџић, Јасмина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
3. Амповска, Марија, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев” у Штипу, Сјеверна Македонија;
4. Бабић, Илија, редовни професор у пензији, Београд, Република Србија;
5. Бановић, Божидар, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
6. Барбаљи, Аларико, ванредни професор Универзитета „Велика Грчка” у Катанцару, Република Италија;
7. Благић, Драган, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
8. Божић, Радомир, редовни професор Економског факултета, Пале, Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
9. Бојић, Филип, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
10. Брковић, Радоје, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
11. Буха, Милијана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
12. Васиљевић, Драгана, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
13. Васиљевић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
14. Вековић, Владимир, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
15. Видић, Марија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
16. Вилић, Драгана, редовни професор Економског факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;

17. Влашки, Бојан, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
18. Влашковић Вељко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
19. Врањеш, Невенко, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
20. Вујовић, Огњен, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
21. Вучетић, Дејан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
22. Вучић, Михајло, виши научни сарадник, Институт за међународну политику и привреду, Београд, Република Србија;
23. Говедарица, Младенка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
24. Голијанин, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
25. Голубовић, Срђан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
26. Гоцевски, Драган, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
27. Грубешић, Ивана, доцент Правног факултета Универзитета у Зеници, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
28. Грујић, Здравко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
29. Дамјановић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
30. Даниловић, Дамјан, ванредни професор Економског факултета Универзитета и Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
31. Демировић, Рамајана, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;
32. Димитријевић, Предраг, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
33. Димовски, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
34. Дмичић, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
35. Дујмовић, Ана, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;

36. Думан, Џамна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
37. Дураковић, Анита, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
38. Ђерић, Бранко, редовни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
39. Ђокић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
40. Ђорђевић Алексовски, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
41. Ђурђевић, Ненад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
42. Ђурђић Милошевић, Тамара, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
43. Ђурђић, Војислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
44. Етелвина Леон, Марија де ла Казас, редовни професор Правног факултета Универзитета Лагуна, Тенерифе, Шпанија;
45. Илић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
46. Иринеску, Луција, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Александар Јоан Куза“ у Јашију, Румунија;
47. Јашаревић, Сенад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
48. Јовичић, Катарина, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
49. Јотановић, Раденко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
50. Југовић, Сретен, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
51. Јурковић, Цвија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
52. Камбовски, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета "Гоце Делчев" у Штипу, Сјеверна Македонија;
53. Карбоне, Маријатереза, редовни професор Универзитета „Велика Грчка” у Катанцару, Република Италија;
54. Кнежевић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
55. Кнежевић, Саша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија
56. Ковачевић, Љубинка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

57. Ковачевић, Славиша, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
58. Костић, Милан, редовни професор Економског факултета у Крагујевцу, Република Србија;
59. Краљић, Сузана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Марибору, Република Словенија;
60. Крећа, Миленко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
61. Крешталица, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
62. Крстић, Новак, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
63. Кулаузов, Маша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
64. Лалић, Срђан, ванредни професор Економског факултета Брчко Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
65. Лепетић, Јелена, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
66. Лобрано, Ђовани, редовни професор, Папски католички универзитет у Перуу, Универзитет у Сасарију, Република Италија;
67. Лончар, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
68. Лукић, Наталија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
69. Марић, Бојан, ванредни професор Саобраћајног факултета, Добој, Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
70. Марјановић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
71. Марковић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
72. Марковић, Иванка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
73. Матић Матешковић, Инес, доцент Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Република Хрватска;
74. Мехмедовић, Емир, ванредни професор Факултета за управу Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
75. Миковић, Борјана, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
76. Милинковић, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
77. Милић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;

78. Милотић, Иван, редовни пофесор Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Република Хрватска;
79. Милошевић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
80. Мирјанић, Жељко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
81. Михес, Кристијан Думитру, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Орадеу, Румунија;
82. Мораит, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
83. Мујовић, Ранко, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора;
84. Настић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
85. Новаковић, Урош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија
86. Обрадовић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
87. Онида, Пјетро Паоло, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија;
88. Орловић, Слободан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
89. Пајић, Денис, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
90. Паламарчук, Евгениј Александрович, ванредни професор, Ростовски институт (одјељење) Сверуског државног универзитета правде у Ростову на Дону; Донски државни технички универзитет, Ростов на Дону, Руска Федерација;
91. Палачковић, Душица, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
92. Перић Ромић, Ранка, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
93. Перишић Ћеранић, Јелена, научни савјетник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
94. Перишић, Срђан, ванредни професор Филозофског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
95. Петров, Владан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
96. Петровић, Борислав, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина;

97. Петровић, Далибор, редовни професор Православног богословског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
98. Петровић, Стојана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
99. Пилиповић, Милан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
100. Планојевић, Нина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија
101. Поповић, Душан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
102. Поповић, Предраг, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
103. Прица, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
104. Пупић, Мирјана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
105. Радић, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
106. Радојевић, Мијодраг, научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд, Република Србија;
107. Раичевић, Небојша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
108. Ракић, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
109. Рачић, Ранка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
110. Ристивојевић, Бранислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
111. Родригез Ароха, Белинда, редовни професор Интеркултуралног универзитета Државе Пуебла, Мексико;
112. Розић, Иво, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
113. Савић, Матеј, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
114. Савић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
115. Савчић, Сања, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
116. Сакоћио, Антонио, редовни професор Правног факултета Универзитета „Сапјенца“ у Риму, Италија;

117. Самарџић, Сандра, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
118. Самарџић, Стефан, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
119. Симовић, Дарко, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
120. Симовић, Миодраг, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
121. Станковић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
122. Станковић, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
123. Станковић, Урош, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
124. Старчевић, Јелена, доцент, Министарство за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске, Босна и Херцеговина, Република Српска;
125. Стјепановић, Богдана, научни сарадник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
126. Стјепановић, Станка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
127. Стојановић, Здрава, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
128. Тасић, Анђелија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
129. Тот, Давид, доцент Правног факултета Универзитета у Печују, Мађарска;
130. Тузов, Данил Олегович, редовни професор Правног факултета Националног истраживачког универзитета „Висока школа економије“, Санкт Петербург, Русија;
131. Тучић, Борис, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
132. Ћорић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
133. Хајдаревић, Сунчица, доцент, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
134. Хаџић, Мехмед, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
135. Цветковић Ђорђевић, Валентина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
136. Цуцић, Вук, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

137. Чворовић, Драгана, ванредни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
138. Чворовић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
139. Челић, Душко, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
140. Чолаковић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
141. Чоловић, Владимир, редовни професор и научни савјетник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
142. Шаула, Валерија, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
143. Шетка, Гојко, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
144. Шикман, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска.

LIST OF REVIEWERS OF PAPERS PUBLISHED IN PROCEEDINGS
"LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW"
IN FOUR VOLUMES
WITH XII SCIENTIFIC CONFERENCE ON THE OCCASION OF THE DAY OF THE FACULTY OF LAW
which was held on 28 October 2023, at Pale
(in alphabetical order, with an indication of the country they are from)

1. Academician Full Professor Petrović, Borislav, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
2. Academician Full Professor Simović, Miodrag, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
3. Full Professor Alihodžić, Jasmina, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
4. Full Professor Antonio Saccoccio, PhD, Faculty of Law, University of "Sapienza" Rome, Republic of Italy;
5. Full Professor Avramović, Dragutin, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
6. Full Professor Babić, Ilija, PhD, Retired Professor, Belgrade, Republic of Serbia;
7. Full Professor Banović, Božidar, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies in Belgrade, Republic of Serbia;
8. Full Professor Božić, Radomir, PhD, Faculty of Economics, Pale, University of East Sarajevo,, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
9. Full Professor Brković, Radoje, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
10. Full Professor Carbone, Mariateresa, PhD, Magna Graecia University of Catanzaro, Republic of Italy;
11. Full Professor Čolaković, Maja, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
12. Full Professor Čvorović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
13. Full Professor Đerić, Branko, PhD, Faculty of Economics, Pale, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
14. Full Professor Dimitrijević, Predrag, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
15. Full Professor Dimovski, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
16. Full Professor Dmičić, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

17. Full Professor Gocevski, Dragan, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of Nort Macedonia;
18. Full Professor Đurđević, Nenad, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
19. Full Professor Đurđić, Vojislav, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
20. Full Professor Etelvina Leon, Maria de las Casas, PhD, University la Laguna, Tenerife, Spain;
21. Full Professor Golubović, Srđan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
22. Full Professor Govedarica, Mladenka, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
23. Full Professor Jašarević, Senad, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
24. Full Professor Jotanović, Radenko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
25. Full Professor Jugović, Sreten, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Republic of Serbia;
26. Full Professor Kambovski, Igor, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
27. Full Professor Knežević, Saša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia,
28. Full Professor Kostić, Milan, PhD, Faculty of Economics, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
29. Full Professor Kovačević, Ljubinka, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
30. Full Professor Kraljić, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Maribor, Republic of Slovenia;
31. Full Professor Kreća, Milenko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
32. Full Professor Kulauzov, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
33. Full Professor Lobrano, Giovanni, PhD, Pontifical Catholic University of Peru, University of Sassari, Republic of Italy;
34. Full Professor Lončar, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
35. Full Professor Marković, Goran, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
36. Full Professor Marković, Ivanka, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
37. Full Professor Milinković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

38. Full Professor Milošević, Goran, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
39. Full Professor Milotić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Republic of Croatia;
40. Full Professor Mirjanić, Željko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
41. Full Professor Morait, Branko, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
42. Full Professor Mujović, Ranko, PhD, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
43. Full Professor Nastić, Maja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
44. Full Professor Obradović, Goran, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
45. Full Professor Orlović, Slobodan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
46. Full Professor Palačković, Dušica, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
47. Full Professor Petrov, Vladan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
48. Full Professor Petrović, Dalibor, PhD, St. Vasilije Ostroški Faculty of Orthodox Theology in Foča, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
49. Full Professor Planojević, Nina, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
50. Full Professor Popović, Dušan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
51. Full Professor Račić, Ranka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
52. Full Professor Radić, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
53. Full Professor Raičević, Nebojša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
54. Full Professor Rakić, Branko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
55. Full Professor Ristivojević, Branislav, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
56. Full Professor Rodríguez Arrocha, Belinda, PhD, Intercultural University of the State of Puebla, Mexico;
57. Full Professor Rozić, Ivo, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
58. Full Professor Šaula, Valerija, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
59. Full Professor Savčić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;

60. Full Professor Šikman, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
61. Full Professor Simović, Darko, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
62. Full Professor Stjepanović, Stanka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
63. Full Professor Stojanović, Zdrava, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
64. Full Professor Tuzov, Danil Olegovič, PhD, Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", St. Petersburg, Russia;
65. Full Professor Vasiljević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
66. Full Professor Veković, Vladimir, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
67. Full Professor Vilić, Dragana, PhD, Faculty of Economics, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
68. Full Professor Vučetić, Dejan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
69. Full Professor Vujović, Ognjen, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
70. Full Professor, Principal Research Fellow Ćeranić Perišić, Jelena, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
71. Full Professor, Principal Research Fellow Čolović, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
72. Associate Professor Ampovska, Marija, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
73. Associate Professor Barbagli, Alarico, PhD, University of "Magna Graecia" of Catanzaro, Republic of Italy;
74. Associate Professor Blagić, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
75. Associate Professor Buha, Milijana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
76. Associate Professor Cucić, Vuk, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
77. Associate Professor Cvetković Đorđević, Valentina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
78. Associate Professor Čvorović, Dragana, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
79. Associate Professor Danilović, Damjan, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

80. Associate Professor Demirović, Ramajana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
81. Associate Professor Dujmović, Ana, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
82. Associate Professor Duman, Džamna, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
83. Associate Professor Duraković, Anita, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
84. Associate Professor Đurđić Milošević, Tamara, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
85. Associate Professor Grujić, Zdravko, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
86. Associate Professor Hadžić, Mehmed, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
87. Associate Professor Ilić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
88. Associate Professor Irinescu, Lucia. PhD, Alexandru Ioan Cuza University of Iasi, Romania;
89. Associate Professor Jurković, Cvija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Federation of Bosnia and Herzegovina, Bosnia and Herzegovina;
90. Associate Professor Knežević, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
91. Associate Professor Kovačević, Slaviša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
92. Associate Professor Krstić, Novak, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic Of Serbia,
93. Associate Professor Lalić, Srđan, PhD, Faculty of Economics Brčko, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
94. Associate Professor Lepetić, Jelena, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
95. Associate Professor Lukić, Natalija, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
96. Associate Professor Marić, Bojan, PhD, Faculty of Transport, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
97. Associate Professor Marjanović, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;

98. Associate Professor Mehmedović, Emir, PhD, Faculty of Administration, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
99. Associate Professor Mihes, Cristian Dumitru, PhD, Faculty of Law, University of Oradea, Romania;
100. Associate Professor Miković, Borjana, PhD, Faculty of Policital Sciences, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
101. Associate Professor Novaković, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
102. Associate Professor Onida, Pietro Paolo, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy;
103. Associate Professor Pajić, Denis, PhD, Faculty of Law, University "Džemal Bijedić" of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
104. Associate Professor Palamarchuk, Evgenii Aleksandrovitch, PhD, Rostov Institute (branch) All-Russian State University of Justice (RPA of the Ministry of Justice of Russia) in Rostov-on-Don; Don State Technical University, Rostov-on-Don, Russian Federation;
105. Associate Professor Perić Romić, Ranka, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
106. Associate Professor Perišić, Srđan, PhD, Faculty of Philosophy, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
107. Associate Professor Pilipović, Milan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
108. Associate Professor Prica, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
109. Associate Professor Savić, Matej, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
110. Associate Professor Savić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
111. Associate Professor Stanković, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
112. Associate Professor Stanković, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
113. Associate Professor Tasić, Anđelija, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
114. Associate Professor Vidić, Marija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
115. Associate Professor Vlašković Veljko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

116. Associate Professor Vranješ, Nevenko, PhD, Faculty of Political sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
117. Senior Research Fellow Jovičić, Katarina, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
118. Senior Research Fellow Radojević, Mijodrag, Institute for Political Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
119. Senior Research Fellow Vučić, Mihajlo, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
120. Assistant professor Bojić, Filip, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
121. Assistant Professor Čelić, Duško, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
122. Assistant Professor Ćorić, Dragana PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
123. Assistant Professor Damjanović, Dragana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
124. Assistant Professor Đokić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
125. Assistant Professor Đorđević Aleksovski, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
126. Assistant Professor Golijanin, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
127. Assistant professor Grubešić, Ivana, PhD, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
128. Assistant Professor Hajdarević, Sunčica, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federa-tion of Bosnia and Herzegovina;
129. Assistant Professor Krešталica, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
130. Assistant Professor Matić Matešković, Ines, PhD, Faculty of Law, University of Rijeka, Republic of Croatia;
131. Assistant Professor Milić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
132. Assistant Professor Petrović, Stojana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
133. Assistant Professor Popović, Predrag, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
134. Assistant Professor Pupić, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
135. Assistant Professor Samardžić, Sandra, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;

136. Assistant Professor Samardžić, Stefan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
137. Assistant Professor Šetka, Gojko, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
138. Assistant Professor Stanković, Uroš, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
139. Assistant Professor Starčević, Jelena, PhD, Faculty of Education, Bijeljina, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
140. Assistant Professor Toth, David, PhD, Faculty of Law, University of of Pécs, Hungary;
141. Assistant Professor Tučić, Boris, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
142. Assistant Professor Vlaški, Bojan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
143. Assistant Professor Vasiljević, Dragana, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
144. Research Fellow Stjepanović, Bogdana, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

34(082)

НАУЧНИ скуп поводом Дана Правног факултета "Правне празнине и пуноћа права" (12 ; 2023 ; Пале)
Зборник радова "Правне празнине и пуноћа права". Том 1 = Collection of Paper "Legal gaps and the completeness of law". Vol. 1 : XII Научни скуп поводом Дана Правног факултета, Међународни научни скуп одржан 28. октобра 2023. год. на Палама / [коуредници Димитрије Ћеранић ... [и др.]]. - Источно Сарајево : Правни факултет, 2024 (Лакташи : Графомарк). - XVI, 585 стр. ; 25 cm

Текст ћир. и лат. - Радови на срп., енгл. и рус. језику. - Тираж 70. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-99938-57-83-9

COBISS.RS-ID 141530625